

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**İŞVERENİN İŞ AKDİNİ
KÖTÜNİYETLİ FESHİ**

Yüksek Lisans Tezi

ZEKİ ONAT

İSTANBUL, 2018

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK PROGRAMI

Tezin Adı : İşverenin İş Akdini Kötüniyetli Feshi
Öğrencinin
Adı Soyadı : Zeki ONAT
Tez Savunma Tarihi : 26.04.2018

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Enstitü Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Program Koordinatörü

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

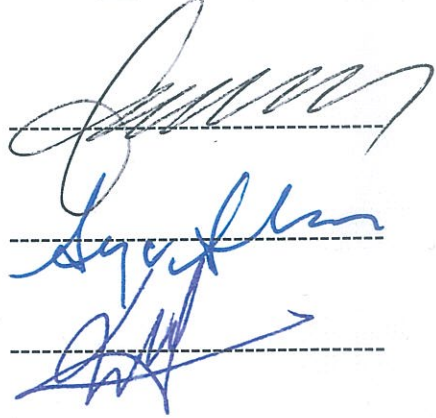
Jüri Üyeleri

Prof. Dr. A. Can TUNÇAY

Yrd. Doç. Arzu ERTÜRK

Dr. Zafer KAHRAMAN

İmzalar



Yrd. Doç.

ÖZET

İŞVERENİN İŞ AKDİNİ KÖTÜNİYETLİ FESHİ

Zeki ONAT

Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Nisan 2018, 290 sy.

İş Hukuku, sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan zayıf konumdaki çalışanların haklarını sosyal devlet ilkesine bağlı olarak korunması ilkesiyle yola çıkmış, üretim şekillerinin değişimi ve küreselleşmenin yarattığı rekabete bağlı olarak işletmenin varlığı ve çalışanın işini koruması da önemli bir kavram haline dönüşmüştür. Bu durum, günümüzde iş hukuku kurallarında yeni kavram ve kural arayışlarına neden olmuştur. Çalışmamızda, bu arayışın neticesi olarak işletme yararı ve zayıf konumda olan çalışanın korunması ve işine devamlılığının sağlanması adına iş sözleşmesinin sona erdirilmesi kavramlarına getirilen yeni perspektifler hakkın kötüye kullanımı kapsamında irdelenmiştir.

İş sözleşmenin sona ermesi, özellikle işveren tarafından yapılan fesihler, toplum hayatını ilgilendiren önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu durumun sosyal çalkantılar yaratmasının önüne geçilmesi adına işverenin fesih hakkı sınırlandırılmakta, hakkın kötüye kullanımını oluşturacak şekilde meydana gelmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır.

Birinci bölümde, iş sözleşmesinin tanımı, iş sözleşmesine hâkim olan prensipler kısaca ele alınmış, genel anlamda hakkın kötüye kullanımı kavramı üzerinde durularak sözleşmenin kurulması aşamasında hakkın kötüye kullanımının söz konusu olduğu durumlar irdelenmiş ve genel olarak iş sözleşmesini sona erdiren durumlara kısaca değinilmiştir.

İkinci bölümde, iş sözleşmesinin işveren tarafından fesih hakkı kullanılarak sona erdirilmesi, yasal dayanakları ve haklı nedenle fesih hakkını oluşturan nedenlerin Türk Borçlar Kanunu ve diğer iş kanunlarında nasıl düzenlendiği üzerinde durulmuş, ayrıca derhal fesih hakkından farklı olarak işverenin bildirimli fesih hakkı ve bu hakkın kullanımının iş güvencesi hükümleri karşısındaki son durumu ve nihayetinde bildirimli fesih hakkının yasaya aykırı kullanımının yaptırımı olan feshin geçersiz sayılmasının hüküm ve sonuçları incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, fesih hakkının kötüye kullanımının işverenin iş sözleşmesini fesih hakkına olan etkisi ve fesih hakkının kötüye kullanımının yaptırımı ile hangi hallerin işverenin fesih hakkının kötüye kullanımı niteliğinde olabileceğinin örnekleri Öğretideki değerlendirmeler ve Yargıtay kararları esas alınarak açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Dördüncü ve son bölümde ise işverenin iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanmasının hüküm ve sonuçları İşK., TBK ve özel İş Kanunları hükümleri göz önüne alınarak, ayrı ayrı değerlendirmek suretiyle yaptırım niteliğindeki tazminatların neler olduğu ve nasıl hesaplandığı, sendika üyesi ve temsilcisinin durumları da göz önüne alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İş Sözleşmesi, İşverenin Fesih Hakkı, Kötüniyet, Hakkın Kötüye Kullanımı, İş Güvencesi,

ABSTRACT

TERMINATION OF LABOR CONTRACT BY EMPLOYER IN BAD FAITH

Zeki ONAT

Institute of Social Sciences - Private Law

Thesis Advisor: Prof. Dr. A. Can TUNCAY

April 2018, 290 p.

Even Labor Law derived on the social state basis of protection of rights of employees in the weak position emerged by the industrial revolution, also survival of the business and employee's protection of his/her job have become an important concept as a result of the change of the production forms and the global competition. This condition has led to the searches for new concepts and rules in labor law rules today. In our work, we explored the new perspectives in the scope of abuse of right on the termination of the labour contract in order to ensure the benefit of the business and the protection of the employee in the weak position and the continuity of his/her work.

The termination of the labor contract, especially terminations by the employer, have important consequences that concern the public life. In order to prevent this from generating social turmoils, the employer's right to terminate is restricted and it is aimed to prevent him/her from coming to the line where s/he will get abuse of the right.

In the first section, the definition of the labor contract and the principles that are prevalent the labor contract were briefly discussed, the concept of abuse of the rights in general terms was considered, cases of abuse of the rights in the instance of conclusion of the contract were examined and the cases terminating the labor contract were briefly addressed in general.

In the second section, it was emphasized how the labor contract is terminated with the right of termination by the employer, the legal grounds and reasons consisting the rightful termination are addressed in the Turkish Code of Obligations and other labor laws, differently from the right of the immediate termination, the right of notified termination by the employer and the current circumstances of this right against the provision of employment security, and eventually, the provision and consequences of the null and void termination, which is the sanction of illicit use of the notified termination right were also discussed.

In the third section, examples of the abuse of the termination right, the impact of the employer to the right of termination of the labor contract and which conditions have the characteristics of the abuse of the termination right by the employer in connection with the sanction regarding the abuse of the termination right were being tried to be clarified on the basis of the doctrine and the Supreme Court decisions.

In the fourth and last section, provision and consequences of the abuse of the right to terminate the labor contract by the employer, sanction compensations and their calculations according to provisions of Labor Law, Turkish Code of Obligations and specific labor laws were assessed one by one considering the status of the union member or union agent as well.

Keywords: labor contract, Right of Termination, right of termination by the Employer, bad faith, abuse of the right, termination by employer in bad faith, employment security,

İÇİNDEKİLER

ÖZET	III
ABSTRACT	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR	X
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
İŞ SÖZLEŞMESİ VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI KAVRAMLARI	4
1. İŞ SÖZLEŞMESİ	6
1.1 Tanımı	7
1.2. Unsurları.....	11
1.2.1 İş Görme	12
1.2.2 Ücret	13
1.2.3 Bağımlılık.....	15
1.2.4 Zaman.....	19
1.3. Hukuki Niteliği.....	20
2. SÖZLEŞMELERE HAKİM OLAN PRENSİPLER	21
2.1. Sözleşme Serbestisi	22
2.2. Ahde Vefa İlkesi.....	24
2.3. İstisnası.....	25
3. GENEL OLARAK HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	26
3.1. Dürüstlük Kuralı (Objektif İyiniyet)	26
3.2. Hakkın Kötüye Kullanılması.....	29
3.3. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Unsurları	30
3.3.1. Hukuken Tanınmış Bir Hakkın Varlığı.....	31
3.3.2. Hakkın Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırı Olarak Kullanılması	31
3.3.3. Hakkın Kullanılması Sonucu Karşı Tarafın Zarar Görmesi ya da Bir Zarar Tehlikesinin Yaratılması	33
3.4. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Kısıtları	34
3.4.1. Hakkın Kullanılmasında Meşru Bir Menfaat Bulunmaması.....	34
3.4.2. Hakkın Kullanılmasında Hak Sahibinin Menfaatleri İle Başkasına Vereceği Zarar Arasında Aşırı Orantısızlığının Bulunması	35
3.4.3. Kendi Ahlaka Aykırı Davranışına Dayanarak Hak Elde Edilmesi	36
3.4.4. Uyandırılan Güvene Aykırı Davranışta Bulunulması	36

3.5. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Yaptırımı	37
4. SÖZLEŞME YAPMA HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI	39
4.1. Genel Olarak	39
4.2. Sözleşme Yapma Hakkının Kötüye Kullanılmasına Başlıca Örnekler	40
4.2.1. Muvazaa	40
4.2.2. Kanuna Karşı Hile	43
4.2.3. Gabin	44
5. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ	47
5.1. Sürenin Dolması	48
5.2. Ölüm	49
5.2.1. Çalışanın Ölümü	49
5.2.2. İşverenin Ölümü	50
5.3. Tarafların Anlaşması (İkale)	51
5.4. Fesih	56
İKİNCİ BÖLÜM	59
İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHİ	59
1. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI	59
1.1. İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı	59
1.2. İş Sözleşmesini Fesih Hakkının İş Kanunu ve Diğer Kanunlarda Düzenlenmiş Olmasının Fesih Hakkı Açısından Değerlendirilmesi	63
2. HAKLI NEDENLE FESİH HAKKI	65
2.1. Haklı Neden Kavramı	66
2.2. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı	68
2.3. Unsurları	69
2.4. Hukuki Niteliği	70
2.5. İşverenin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Derhal Fesih Sebepleri	71
2.5.1. Sağlık Nedenleri	74
2.5.1.1. Derli Toplu Olmayan Yaşamı veya Bağımlılık Nedeniyle Bir Hastalığa Yakalanması veyahut İşçinin Kasti veya Ağır Kusurlu Davranışı Neticesinde Kazaya Uğraması Sonrasında Engelli Hale Gelmesi	76
2.5.1.2. İşçinin Tedavi Edilemeyecek Bir Hastalığa Tutulması ve işyerinde çalışmasında Sakınca Bulunan Bir Hastalığa Tutulması	77
2.5.1.3. Çalışanın (a) Alt Bendinde Sayılan Sebepler Dışında Hastalık, Kaza, Doğum ve Gebelik Gibi Hallerde; İş K. 17. Maddedeki Bildirim Sürelerini Altı Hafta Aşacak Şekilde Devamsızlık Yapması	81
2.5.2. Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri	83
2.5.2.1. İşçinin İşvereni Yanıltması	86

2.5.2.2. İşçinin İşverenin Şeref ve Namusuna Dokunacak Söz ve Davranışları, Şeref ve Haysiyet Kırıcı Asılsız İhbar Ve İsnatları	88
2.5.2.3. İşçinin İşverenin Başka Bir İşçisine Cinsel Tacizde Bulunması	89
2.5.2.4. İşçinin Sataşması, İçki ve Uyuşturucu Madde Kullanma Yasağına Aykırı Hareketi	93
2.5.2.5. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışları	98
2.5.2.6. İşçinin İşyerinde Suç İşlemesi	102
2.5.2.7. İşçinin İşe Devamsızlığı	104
2.5.2.8. İşçinin, Hatırlatıldığı Halde Görevini Yapmamakta Israr Etmesi	109
2.5.2.9. İşçinin Kusuru ile İşin Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi, İşverene Zarar Vermesi.....	112
2.5.3. Zorlayıcı Nedenler	116
2.5.4. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması	118
2.6. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasında Süre	120
2.7. Haklı Fesih Hakkının Sınırlandırılması.....	122
2.8. Haklı Nedenle Feshin Hukuki Sonuçları.....	123
2.9. Haklı Sebep Fesih Hakkı Kötüye Kullanılabilir mi ?.....	125
3. SÜRELİ (BİLDİRİMLİ) FESİH	127
3.1.1. Süreli Fesih Hakkının Kullanılması	129
3.1.2. Süreli Fesih Hakkının Sınırlandırılması.....	131
3.1.3. Süreli Feshin Hüküm ve Sonuçları.....	137
3.1.4. Peşin Ödeme Suretiyle İş Sözleşmesinin Feshi.....	138
4. İŞ GÜVENCESİ.....	141
4.1. Genel Olarak	141
4.2. Türk Hukuku'nda İş Güvencesi	144
4.3. İş Güvencesi Kavramı ve Kapsamı	147
4.4. İş Güvencesinden Yararlanma Koşulları.....	150
4.4.1. İş Kanunu ve/veya Basın İş Kanunu'na Tabi Çalışan Olmak	150
4.4.2. İşyerinde Otuz veya Daha Fazla Çalışanın Bulunması	151
4.4.3. Çalışanın En Az Altı Aylık Kıdeminin Bulunması	163
4.4.4. Çalışanın İşveren Vekili Olarak Görev Yapmaması	169
4.4.5. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Fesih Edilmiş Olması	171
5. GEÇERSİZ FESİH.....	172
5.1. Geçerli Fesih Nedenleri.....	175
5.1.1. “Feshe Maruz Kalanın Borca Aykırı Hareketi” Nedeniyle.....	176

5.1.1.1. Çalışanın Yetersizliğinden Kaynaklanan	176
5.1.1.2. Çalışanın Davranışlarından Kaynaklanan	181
5.1.2. “Borca Aykırı Harekete Dayanmayan” Sebepler (İşletmenin, işyerinin veya İşin Gerekerinden Kaynaklanan Sebepler)	185
5.2. Bildirimli Fesihte Usul	190
5.3. Fesih Bildirimine İtiraz	192
5.4. İş Güvencesine Hâkim İlkeler	195
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	199
FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI	199
1. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ GEÇERLİ NEDENLE FESİH HAKKINI KÖTÜYE KULLANMASI	201
1.1. Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Unsurları	207
1.1.1. Fesih Hakkının Varlığı	207
1.1.1.1. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi	208
1.1.1.2. Bildirimli Feshin Usulsüz Olması	208
1.1.2. İş sözleşmesini fesih hakkının objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılması	209
1.1.3. İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Kullanılması Sonucu Karşı Tarafın Zarar Görmesinin Şart Olmaması	210
1.2. Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Ölçütü	211
1.3. Fesih Hakkını Kötüye Kullanılmasının Yaptırımı	213
1.3.1. İş Kanunu Kapsamında Çalışanlar Yönünden	214
1.3.1.1. İş Güvencesi Kapsamında Olan Çalışanlar Bakımından	214
1.3.1.2. İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan Çalışanlar Bakımından	214
1.3.2. Basın İş Kanunu Kapsamında Çalışanlar Yönünden	215
1.3.3. Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışanlar Yönünden	217
2. İŞYERİNİN KAPANMASI	218
3. SENDİKA ÜYELİĞİ	221
4. İŞÇİNİN İŞVEREN ALEYHİNE ŞAHİTLİK YAPMASI VEYA ŞİKAYET ETMESİ	228
5. DİĞER BENZERİ DURUMLAR	230
6. HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI NİTELİĞİNİ OLUŞTURMAYAN FESİHLER	233
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	237
İŞVERENİN FESİH HAKKINI KÖTÜYE KULLANMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI	237
1. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDAN DOĞAN TAZMİNATLAR	237

1.1.	Fesih Tazminatı	239
1.2.	Haksız Fesih Tazminatı	241
1.3.	Ek Tazminat Talep Hakkı	242
1.4.	Kötüniyet Tazminatı	243
2.	İŞ KANUNLARI'NDAN DOĞAN TAZMİNATLAR	245
2.1.	Kıdem Tazminatı	245
2.1.1.	4857 Sayılı İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı	247
2.1.1.1.	İş Kanunu'na Tabi Çalışan Olmak	248
2.1.1.2.	En Az Bir yıllık Kıdem Süresine Sahip Olmak	249
2.1.1.3.	İş Sözleşmesinin Kanunda Belirlenen Nedenlerle Sona Ermiş Olması	253
2.1.2.	Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı	255
2.1.3.	Deniz İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı	256
2.1.4.	Kıdem Tazminatının Hesaplanması	258
2.2.	İhbar Tazminatı	263
2.3.	Kötüniyet Tazminatı	264
2.4.	Maddi ve Manevi Tazminat	269
3.	ÇALIŞANIN İŞE İADESİ	270
4.	SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNUNDA DÜZENLENMİŞ BULUNAN YAPTIRIMLAR	277
4.1.	Sendikacılık Tazminatı ve İşe İade	277
4.2.	Sendika İşyeri Temsilcisinin Talep Edebileceği Tazminatlar	284
	SONUÇ	288
	KAYNAKÇA	291

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMGK	: Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu
Basın İşK.	: Basın İş Kanunu
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	: Bakınız/bakınız
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Deniz İşK.	: Deniz İş Kanunu
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILO	: International Labour Organization(Uluslararası Çalışma Örgütü)
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İşK.	: İş Kanunu
K.	: Karar
Legal İSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
md.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
Sicil İHD	: Sicil İş Hukuku Dergisi
STSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu

TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y	: Yargıtay



GİRİŞ

Sözleşme yapma hakkı Anayasal güvence altına alınarak Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48.maddesinin 1. fıkrası'nda "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" hükmü ile temel bir hak olarak tanımlanmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ 1. maddesindeki "*sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur*" düzenlemesinden yola çıkarak bir veya birden fazla kişinin² irade beyanının, hukuki sonuç doğurmak amacıyla bir araya getirerek somutlaştırdığı hukuki işlemleri³ sözleşme olarak tanımlayabiliriz. Bu anlamda kişilerin irade beyanlarına asli olarak hukuken önem verilmesi TBK'da hâkim temel ilke olan "irade özerkliği ilkesi"nin bir sonucudur. Bu ilke sayesinde kişiler kendi hukuki ilişkilerini ve bu ilişkilerin uzantısı hükmündeki hak ve borçlarını yaratabilmektedirler.

Ancak sözleşmeler "ahlaka ve genel adaba aykırı olmamak" kaydıyla ve yasaların izin verdiği ölçüde; kurulması, yerine getirilmesi ve sona erdirilmesi yasal düzenlemeler ile sınırları belirlenerek, taraflarının muratlarına ne şekilde ulaşabilecekleri belirlenmiş, hukuki güvence altına alınmıştır.

İş sözleşmesi bu yönüyle sözleşmenin kurulması, icra edilmesi ve nihayetinde sona erdirilmesi aşamalarında; zayıf konumda bulunan çalışanın korunması amacıyla kanun koyucunun diğer sözleşmelere oranla daha fazla olmak üzere taraf iradelerinin özerkliği ilkesinin sınırlandırıldığı bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹ RG. 04.02.2011, 27836.

² "...Hukuken kişi olmak her nevi hakları kazanabilmek ve borç altına girebilmek ehliyetlerini ifade eder" **Selahattin Sulhi TEKİNAY**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1984, s. 94

³ **Selahattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 1985, s.65; **Tamer İNAL**, Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, Ankara 2017, s.283;

Ekonomik ve sosyal hayatın gelişimi, hizmet görme şekillerinin de değişmesi sonucunu doğurmuş ve yeni hizmet şekillerinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Sözleşmenin kurulması, ifası ve nihayet sona ermesi bakımından diğer “iki tarafa borç yükleyen sözleşme” lerden ayrı özellikler taşıması nedeniyle; İş Hukuku, bu değişime bağlı ortaya çıkan sorunlara çözüm bulmaya yönelik yeni düzenlemelere daima ihtiyaç duymaktadır.

İş Hukuku, işçi hakları yönünden sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir. Bu anlayışın bir sonucu olarak, iş ilişkisinin kurulması, devamı ve sona erdirilmesi sırasında zayıf konumda bulunması nedeniyle işçinin korunması ilkesi egemen olmuş ve çalışanın iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını elde etmeye yönelik sorunlarının çözümüne dair kuralların daha ileriye götürülmesi hedeflenmektedir.

Nitekim Sanayi devriminin başlamasıyla önem kazanan hizmet sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturan çalışanın korunması anlayışı öncelikle sözleşmesel hakları elde etmesine yönelik olarak devamlı insani değerlere aykırı çalışma ortam ve koşullarının iyileştirilmesi ve nihayetinde iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi bakımından fesih hakkının sınırlandırılması gerektiği anlayışı, yaşanan insani ve sosyal sıkıntılara hukuken çözüm bulunması arayışının bir sonucu olarak doğmuştur.

Bu bakımdan her ne kadar çalışma konumuz “işverenin iş akdini fesih hakkının kötüye kullanması” başlığı altında 1976 yılında *Süzek* tarafından bir doktora tezi kapsamında ele alınmış ise de aradan geçen kırk yıllık süre içerisinde hukuk mevzuatımızda önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Öncelikle işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının “Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisi İle Sınırlandırılması” sistemini terk ederek çağdaş ve ileri bir koruma olan işverenin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu ve buna aykırı fesihlerin ise geçersiz kabul edilerek çalışanın işe iadesini öngören “İş Güvencesi” hükümlerinin uygulamaya

konulmuş olması ile işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Yine Türk Borçlar Kanunu'nun "hizmet sözleşmeleri" başlığı altında çalışma hayatını ilgilendiren; hizmet sözleşmesinin kurulması ve taraflarca feshine ilişkin yaptırımlarını düzenleyen hükümlerinin 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan daha geniş bir şekilde ele alarak düzenlemiş olması; bununla birlikte aynı zamanda İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olup da genel bir kanun olması nedeniyle İş Kanunu kapsamındaki çalışanların sorunlarına uygulanabilecek nitelikte bir takım yeni düzenlemeler içermesi karşısında gerek iş güvencesi kapsamı dışında kalan ve gerekse TBK hükümlerine tabi olarak hizmet sözleşmesiyle çalışanların işverenin iş sözleşmesini kötüniyetli feshi karşısındaki durumları iş sözleşmesinin kurulmasından işveren tarafından sonlandırılmasına kadar tüm evrelerde iş hukukuna hakim temel yaklaşımları da göz önüne alarak geniş bir perspektifte değerlendirilmeye çalışılmıştır.

İş güvencesi hükümlerinin otuz çalışan ile sınırlı olarak uygulanıyor oluşu ve TBK hükümlerine tabi çalışanların ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanamıyor olması karşısında işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının TMK'nın eski ama son derece önemli bir kuralı olan "Dürüstlük Kuralı" nın İş Hukukundaki özel görünümü olan hakkın kötüye kullanımı teorisiyle sınırlandırılmaya devam ediliyor olmasının hüküm ve sonuçları üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI KAVRAMLARI

Roma Hukuku'nda, toplumsal ilişkileri düzenleme aracı olan sözleşmelerin hukuki ve tarihi temelleri atılmış, borç ilişkisinin unsurları, ayrımları ve kaynakları belirlenmiştir¹. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğü Roma Hukuku'nda uygulanmamış; ius civile'de " tarafların rızaları" (consensus) borcun doğumu için "yeterli görülmemişken; zaman içerisinde ticari hayatın gerekleriyle birlikte istisnai olarak pretorlar faaliyetlerinde "rıza", borcun doğumu için yeterli kabul edilmiştir².

Roma'da, hizmet akdi çerçevesinde yapılabilecek işlerin ise köleler ve azatlılar tarafından yapılması söz konusu olduğu için bu akit hiçbir zaman önemli bir akit olarak görülmemiş, "operae illiberales" denilen alt düzeydeki işlere konu edilmiştir³.

Roma Hukukçuları; hukuki işlem çeşitlerini, bir başka ifade ile sözleşme hukukunun şartlarını ve özelliklerini, ortak olan noktalarını ayrıntılı olarak tek tek inceleyerek "uygulama" yoluyla tespit ederek yerleştirmişlerdir. Alman Pandekt Hukukçuları, belirli alanlarda yetersiz kalan ancak Roma Hukuku'nda yerleşmiş olan hukuki işlem kurallarını belirli bir sistem içerisinde toplayıp, süzüp damıtarak sözleşmeler hukukunu ekonominin, yeni ve ileri üretim şekilleriyle ortaya çıkan belirleyici ögesi "mal mübadelesi"nin yarattığı ilişkiler karşısında, bu ilişkilerin gereksinimleri ve beklentileriyle uyumlu hale getirmişlerdir⁴.

¹ Belgin ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, Üçüncü Basım, s. 1-99

²Arzu KÜÇÜKYALÇIN, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", AÜHFD, 2004, s. 103
(file:///C:/Users/USER/Desktop/makaleler/tez%20makale%20sözleşme%20özgürlüğü.pdf)

³ ERDOĞMUŞ, s.92

⁴ Rona SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul, 2007, s.21-22

“İrade özerkliği ilkesi” her bireyin kendi işgücü ve malına sahip bulunduğunu var sayarak feodal bağımlılık ilişkisine karşı savaş sloganı olarak yerini alırken aynı zamanda kapitalist ekonominin, bireyci serbest ticareti, “serbest rekabet” pazarında arz ve talep dengesinin kendiliğinden kurulması ve nihayetinde serbest iş gücü alım satımı gibi özel gerekliliklerine de imkân sağlamış, “sözleşmeyle bağlılık ilkesi”yle birlikte de yatırımlarının sonuçlarını önceden kestirebilme ve hesaplama yapabilmeye imkan tanımıştır. Bahsi geçen “İrade özerkliği” ile başlayan ve “sözleşme serbestliği” ile bütünleşip “sözleşmeyle bağlılık” ilkesiyle şekillenen, kendine özgü eşitlik anlayışına bağlı olarak karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde edimler arası bağlılık ve denge düşüncesiyle şekillenmiş ve sonuçta sömürülme (laesio enormis) nedeniyle edimin yerine getirilmemesine bağlı olarak ifadan kaçınma hakkı, sözleşmenin iptali veya feshi ve nihayet sözleşmeden dönme hakkını genel bir hak olarak doğal hukukun ortaya çıkardığını görmekteyiz⁵.

XVII. yüzyılın son yarısında başlayan endüstriyel devrimle birlikte ortaya çıkan üretim biçimlerinin çalışma koşullarında meydana getirdiği olumsuzlukları⁶ en aza indirmek ve hatta ortadan kaldırmak için günümüz modern hukuk sistemleri ve özellikle de İş Hukuku, Roma Hukuku’ndan farklı olarak iş sözleşmesinin kurulması, uygulanması ve sona erdirilmesi aşamalarında sözleşme özgürlüğü ilkesini bir başka ifade ile bireyin özgür iradesini temel almıştır. Modern İş Hukuku, eşitlik ve demokrasi ve sosyal devlet ilkesi gereğince, hukuki işleme özel bir önem atfederek korunmaya muhtaç güçsüzlerin güçlülere karşı hukuken korunmalarını amaçlamış, bir başka ifade ile hukuk düzenince bahşedilen ayrıcalık ile donatılmaları bu yönüyle de dengesizlik ve eşitsizliğin önüne geçilmesini sağlamıştır.

⁵ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 23-25

⁶ Eda MANAV, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s.16

Günümüz hukuk sistemlerinde ve özellikle İş Hukuku'nda, ekonomik ve sosyal devrim sonrası ortaya çıkan yeni tür esaretlere ve sömürülere karşı çalışan-işveren ilişkisinde karşılıklı hak ve borçlar belirlenirken “irade özerkliği” ilkesinden ayrılarak istisnai bir şekilde hukukun müdahalesiyle mücadele verilmekte; İş Hukukunun sosyal kamu düzeni sağlayıcılığı görevi gereğince de sınırları yasaıyla çizilen emredici veya nisbi emredici kurallarla -borçlar hukuku sözleşmelerinden ayrılarak⁷- çalışanın korunmasına yönelik getirilen hükümlerin sözleşmenin taraflarınca dürüstlük kuralı içerisinde uygulanması amaç edinilmiştir.

1. İŞ SÖZLEŞMESİ

İş görme amacını taşıyan sözleşmelerden olan hizmet sözleşmesi⁸, İşK.' da⁹ “iş sözleşmesi”, TBK'da “hizmet sözleşmesi”, “genel hizmet sözleşmesi”; Öğretide¹⁰ ve Yargıtay tarafından ise “iş sözleşmesi”, şeklinde ifade edilmekle birlikte “hizmet akdi” ile “hizmet sözleşmesi”, “iş akdi” ile “iş sözleşmesi” arasında içerik açısından hiçbir

⁷ Ayrıntılı açıklama için Bkz. **Kübra DOĞAN YENİSEY**,” İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011 Cilt I, s. 33-82

⁸ **Fikret EREN**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), 5. Baskı, Ankara 2017, s.533- 534; **Aydın ZEVLİLİLER / Emre GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Özel Borç. İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, s. 423; **Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN**, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 11. Baskı 2012, s. 384-425; **Öner EYRENCİ / Savaş TAŞKENT / Devrim ULUCAN**, Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 56

⁹ RG. 10.06.2003, 25134.

¹⁰ **Sarper SÜZEK**, İş Hukuku, 15. Baskı (Tıpkı Baskı), İstanbul 2018, s. 245; **Sarper SÜZEK**, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Kazancı Yayınları, Ankara 1976, s.5-6; **Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU / Muhittin ASTARLI/ Ulaş BAYSAL**, İş Hukuku (2014), 6. Baskı, Ankara 2014, s. 336; **Seza REİSOĞLU**, Hizmet Akdi (Mahiyeti-Unsurları- Hükümleri) Ankara HFY 1968, S.237, s.7; **Ünal NARMANLIOĞLU**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014, s.164; **Kenan ÖREN**, Bireysel ve Toplu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Basım, Ankara 2017, s.51; **Mustafa Halit KORKUSUZ**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçilere Etkisi, İstanbul 2017, s. 8

farkın olmadığı, “hizmet akdi” ifadesinin “iş sözleşmesi” ni de ifade etmek için kullanıldığı 4857 sayılı kanunun gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir¹¹.

1.1 Tanımı

İşK.’nın 2. maddesi 1. fıkrasında “*İşçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemede belirtilen “iş ilişkisi” deyimini ile “iş sözleşmesi” nin ifade edildiği kanunun madde gerekçesinde belirtilmiştir. İş sözleşmesi, yasanın ifadesiyle iş ilişkisi ile işçiyi¹², işverenin işyeri veya organizasyonunda, ona bağlı olarak iş görme borcu altına sokan ve işverenin de bu iş karşılığında işçiye belirli bir ücret ödeme yükümlülüğünü doğuran ve özgür irade ile kurulan bir anlaşma¹³ olarak tanımlanabilir.

Nitekim İşK.’nın 8.maddesinde iş sözleşmesi, “*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi*

¹¹Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. genel gerekçe “Tasarıda kanun metninin dil açısından Türkçeleştirilmesine olanaklar ölçüsünde özen gösterilmiş, bu arada "hizmet akdi", "hizmet sözleşmesi" ve "iş sözleşmesi" deyimlerinden kanun metninin bütünü içinde iş sözleşmesi deyimini tercih edilmiştir.”

¹² İş sözleşmesine dayanarak fikri ve bedeni emeğini ücret karşılığında işverenin emir ve talimatlarını yerine getirmek için tahsis eden gerçek kişiye işçi denir. Bu tanımla birlikte tüzel kişi işçi olarak kabul edilemeyecektir. **Mustafa KILIÇOĞLU**, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar (Temel Kavramlar), Ankara 2009, s. 38; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**,2014, s. 178; **Ercan AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı (Kıdem Tazminatı), 2.Baskı, Ankara 2010, s. 44; Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde İş Kanunu’nda her ne kadar “işçi” tabiri kullanılmış olsa da “işçi” kavramı yerine “çalışan” kavramı kullanılacaktır.

¹³ **SÜZEK**, 2018, s. 235; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**,2014, s. 340-343; **Mustafa KILIÇOĞLU / Kemal ŞENOCAK**, İş Kanunu Şerhi Cilt 1 (Şerh), 2. Baskı, İstanbul 2008, s.233; **Nizamettin AKTAY/ Kadir ARICI/ E. Tuncay SENYEN-KAPLAN**, İş Hukuku, , 4. Baskı, Ankara 2011s. 47; **Nuri ÇELİK**, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, s. 74; **Kenan TUNÇOMAĞ / Tankut CENTEL**, İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2016, s. 67; **NARMANLIOĞLU**, s. 165; **Nuri ÇELİK/ Nurşen CANIKLIOĞLU / Talat CANBOLAT**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2017, s. 145; **Tuncay SENYEN-KAPLAN**, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 59; **Haluk Hadi SÜMER**, İş Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 37; **Ercan AKYİĞİT**, İş Hukuku(İş Hukuku), 11. Basım, Ankara 2016, s. 120; **ÖREN**, s.72; **Murat DEMİRCİOĞLU/ Tankut CENTEL**, İş Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2016, s. 65; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.131

değildir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre kanunda aksi belirtilmedikçe iş sözleşmesi özel bir şekle tabi kılınmamış yazılı veya sözlü kurulabileceği tarafların birbirine uygun irade beyanları ile örtülü olarak da kurulabilecektir¹⁴.

Anılan maddenin ikinci fıkrasında “*Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur*” düzenlemesi ile iş sözleşmesinin hangi hallerde yazılı yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmiş ve son fıkrada “*Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur.*” hükmüne yer verilmiştir. Yazılı şekil, sözleşmenin yazılı yapılmasının emredici kural olduğu İşK’nın 8/f.2 ve 16/f.2 maddesine göre geçerlilik koşulu niteliğinde olup, yazılı şekle aykırılığın hükmü ileriye dönük geçersizliktir.¹⁵

İş Kanunu’nun 8. maddesinin gerekçesinde her ne kadar “İş sözleşmesinin şekli bakımından mülga 1475 sayılı Kanunun hükümlerinin aynen korunarak, Avrupa Birliği’ne uyum yasaları çerçevesinde istihdamı teşvik etmek üzere esnek iş sözleşmesi türlerine ilişkin yeni hükümler de getirildiği¹⁶” belirtilmiş ise de, Öğretide bir görüş

¹⁴ **Arzu ARSLAN ERTÜRK**, İş Sözleşmesinde Şekil, İstanbul 2017, s. 95; **REİSOĞLU**, Hizmet Akdi, s.141

¹⁵ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**,2014, s.532-536; **ARSLAN ERTÜRK**, s. 109-111

¹⁶ Madde gerekçesi “Sekiz maddelik genel hükümlerden sonra ikinci bölümün başlığı "iş sözleşmesi, türleri ve feshi" olarak belirlenmiş, iş sözleşmesi türleri, 1475 sayılı Kanun’daki daha geniş şekilde ele alınmış, daha çok istihdamı teşvik etmek üzere esnek iş sözleşmesi türlerine ilişkin hükümler getirilmiştir. Maddede öncelikle tüm unsurlarını kapsar şekilde iş sözleşmesinin tanımı verilmiştir. İş sözleşmesinin şekli bakımından 1475 sayılı Kanun’un hükümleri aynen korunmuştur. Sözleşmenin yazılı yapılmadığı halde işverenin işçiye genel ve özel çalışma koşullarını gösteren yazılı bir belgeyi işçiye vermesinde yine 1475 sayılı Kanun’un hükmü esas alınmış, ancak belgenin içeriği ve verilmesi

tarafından fazla çalışmanın yıllık ikiyüzyetmiş saat ile sınırlandırılmasının sorunlar yaratacağı ileri sürülerek eleştirilmiş¹⁷, Yargıtay ilk dönemlerde fazla mesai kavramına getirilen bu sınırlamayı uygulamışken, son dönem kararlarında¹⁸ bu sınırlamayı çalışanı korumaya yönelik düzenleme niteliğinde olduğunu kabul ederek yıllık ikiyüzyetmiş saati aşan nitelikte fazla çalışmasının olması halinde ücretinin ödenmesi gerektiğini belirtmiştir.

4857 sayılı kanunda yer alan “iş sözleşmesi” nin tanımında; iş görme, bağımlılık ve ücret unsurlarına yer verilmekle birlikte zaman unsuruna yer verilmemiştir¹⁹; bununla birlikte TBK’ nın 393. maddesinde “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” ifadesiyle İş Kanunu’nda yer almayan “zaman unsuru” na yer verilmiştir.

Öğretideki bir görüş zaman unsurunun bağımlılık unsurunun saptanmasında yardımcı bir ölçü olduğu, bağımsız bir unsur niteliğinin olmadığını belirtmiştir.²⁰ Bir diğer görüş ise kanunda yapılan bu tanımda iş sözleşmesinin tüm unsurlarının yer

süresi yönünden Avrupa Birliği'nin 91/533 sayılı Yönergesi göz önünde tutulmuştur.” şeklindedir.; **Münir EKONOMİ**, Esnek Çalışma, Legal İHSGHD, İstanbul 2004, S.4, s.1248; **Gaye Burcu YILDIZ**, Güvenceli Esneklik ve 4857 sayılı İş Kanunu, Sarper SÜZEK’ e Armağan İstanbul 2011, s. 203-227

¹⁷ **Devrim ULUCAN**, AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri; Mercek, Temmuz 2003, S.31, s. 60-66

¹⁸ “Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanununun 41 inci maddesindeki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir” Y9HD, 18.11.2008, E. 2007/32717, K. 2008/31210; Y9HD, 23.03.2017, E. 2017/8429, K. 2017/4714 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁹ **Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU/ Muhittin ASTARLI/ Ulaş BAYSAL**, İş Hukuku Ders Kitabı (2017), Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017, s. 104; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**,2014, s. 342

²⁰ **SÜZEK**, 2018, s.235

almadığı, yalnızca birkaç unsurun işaret edildiği, bu bakımdan iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran bir tanımın yapılmadığı belirtilmiştir²¹. Yargıtay “iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edilmesi noktasında “sayı ile sınırlandırma” var ise vekaleten iş görme; “zaman ile sınırlandırma” var ise hizmet sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi²²” gerektiğini belirterek “zaman” unsuruna ayırt edici yardımcı bir unsur olarak iş sözleşmesinin unsurları arasında yer vermiş olduğu görülmektedir.

Türk Borçlar Kanunu’na göre özel kanun niteliğinde bulunan İş Kanunu hükümleri, TBK hükümleri ile çeliştiğinde, TBK’nın hizmet sözleşmeleri ile ilgili hükümleri İş Kanunu’na tabi olmayan çalışanlar yönünden uygulanacağından, TBK’nın bu konudaki hükümleri İş Kanunu’na tabi işçiler bakımından uygulanmayacaktır. Ancak, İş Kanunu’nda açık hüküm bulunmayan durumlarda TBK hükümlerinin uygulanacağı Öğretide²³ ve Yargıtay²⁴ kararlarında belirtilmiştir.

²¹ NARMANLIOĞLU, s. 164

²²“...avukat olan davacı, davalıya ait işyerinde aylık ücretle sürekli çalışmıştır. Aradaki ilişkinin hizmet akdine mi, yoksa vekalet akdine mi dayandığı sorunun çözümünde iş, ücret ve bağımlılık unsurları ile yetinilmeyip, yapılacak işin zamanla mı, yoksa sayı ile mi sınırlandırıldığına da dikkate alınması gerekir. Şayet sayı ile bir sınırlandırma var ise, ilişkinin vekalet ilişkisine dayandığı; aksi halde hizmet akdinin söz konusu olduğu sonucuna varılmalıdır. Somut olayda, davacının sürekli şekilde çalıştığı ücretlerinin her ay muntazam ödendiği ve sayı ile iş yapmadığı görülmektedir. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında, 1979-1992 yılları arasında davacının hizmet akdine dayalı olarak işyerinde çalıştığı kabul edilerek, işin esası incelenip sonucuna göre bir karar verilmelidir. Davacının, -ayrıca avukatlık bürosunun bulunması bu hukuki sonucu değiştirmez. Yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, 20.06.1996, E. 1996/3092, K. 1996/14111

²³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL,2014, s.60; KORKUSUZ, s.22; Ejder YILMAZ, “Genel Kanun- Özel Kanun ilişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2011, S.22, s.22-31

²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun vermiş olduğu bir kararda “...6098 sayılı TBK öncesine nazaran çok daha ayrıntılı ve işçiyi daha fazla koruyan yeni hükümler getirmiş bulunmaktadır. Kanun koyucunun bugüne kadar İK kapsamında çalışan bu kişilerin (pazarlamacı-evde hizmet sözleşmesi ile) faaliyet biçiminin özelliğinden ötürü ayrıntılı hükümlere yer vermeyi istediği ve bunu da Borçlar Kanunu içinde yaptığı anlaşılmaktadır. Bir anlamda bu sözleşme türleri ile ilgili özel hükümler getirmiştir. Ancak bu İş Kanunu hükümleri kapsamında kalmadığı anlamına gelmez. Nitekim şu an tıbbi tanıtım temsilcilerinin sözleşmeleri pazarlamacılık sözleşmesi niteliğinde olmakla birlikte, iş güvencesi yönünden 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabii tutulmaktadırlar. Sonuç olarak; pazarlamacılık sözleşmesi İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayılmadığı için İş Kanunu kapsamında bir sözleşmedir. Ancak İş Kanunu'nda bu sözleşmeye ilişkin özel hükümler

Bu yönüyle Türk Borçlar Kanunu'ndaki iş sözleşmesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle, yasal düzenlemede yer almayan ancak Öğretide ve Yargıtay uygulamalarında varlığı kabul edilmiş olan iş sözleşmesinin taraflarının bazı borçları, yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur²⁵. İşçinin bağlılık ve uyma borçları (TBK m.396-399) çerçevesinde, rekabet yasağı ve sır saklama yükümü yasal dayanağa kavuşmuş, teslim ve hesap verme borcu (TBK m. 397) düzenlemesi ise işçinin borçları arasında yerini almıştır²⁶. Söz konusu bu düzenlemeler İş Kanunu'na tabi çalışanlar yönünden de uygulanacağını belirtmek gerekir.

1.2. Unsurları

İşK.'nin 8. maddesinde yapılan iş sözleşmesinin tanımında sözleşmenin esaslı unsurları belirtilmiş, bu unsurlar öğretide kabul edildiği üzere “iş görme”, “ücret” ve “bağımlılık” olarak ifade edilmiştir²⁷. Yargıtay kararında da “İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma şartlarının en önemlileri²⁸” olduğu vurgusu yapılmıştır.

bulunmadığı ölçüde 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri öncelikle uygulanacak, bulunmadığı takdirde önce İş Kanunu'nu sonra ise Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulacaktır.” YHGK., 16.11.2016, E. 2016/9-1414, K. 2016/1072 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁵ “TBK’da yasal düzenlemeye kavuşan hak ve borçlar; İşçinin emir ve talimatlara uyma borcu (m.399), işçinin sadakat borcu ve kapsamı (m. 396), çalışanın rekabet yasağı (m.m.444), teslim ve hesap verme borcundan (m. 397) oluşmaktadır.” **Durmuş ÖZCAN**, İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi (İş Güvencesi), Ankara 2013, s.3

²⁶ **Sabahattin YÜREKLİ**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 70-73; **Tankut CENTEL**, “Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2011, S.22, s. 5-11

²⁷ **SÜZEK**, 2018, s. 235, **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**,2017, s.105; **NARMANLIOĞLU**, s. 165; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT**, s. 148; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.121; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN** s. 47; **SÜMER**, s. 37; **DEMİRCİOĞLU/ CENTEL**, s.66; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s.45-49

²⁸ Y22HD, 04.07.2017, E.2015/16454, K. 2017/16065 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

1.2.1 İş Görme

İş sözleşmesinin varlığı, çalışanın ücret karşılığında bir iş görme edimini üstlenmiş olması halinde söz konusudur²⁹. Ancak sözleşmeye taraf olan çalışanın bizzat kendi emeği ile yerine getireceği edimleri değil de başkasının emeğiyle yerine getireceği edimleri taahhüt etmiş olması iş sözleşmesinin kurulmasını sağlamayacaktır; çünkü çalışanın, yetenekleri ve melekeleri sözleşmenin kurulmasında önemli olup bir başka ifade ile kişiliğini ön planda tutmaktadır³⁰. İş görme edimi, işçinin hayatını idame ettirmesine yönelik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, bedensel veya zihin gücüyle veya her ikisi ile birlikte ortaya koyduğu her türlü planlı, iktisadi³¹ niteliğe haiz pozitif insan emeğine denir³². Ayrıca, iş görme olumlu bir eylemle sonuçlanan insan davranışı gerektirdiğinden olumlu veya olumsuz bir şeye katlanma veyahut kaçınma niteliğindeki davranışlar, iş görme edimi olarak iş sözleşmesinin konusunu oluşturmayacaktır³³.

Bu tanım kapsamında iş görme edimini yerine getiren bostan beygiri, kızak köpekleri veya robotların gördüğü işler İş Hukuku kapsamına girmediği gibi çalışanın üstlendiği iş görme edimi, ekonomik bir anlamı³⁴ ve iş olarak değerlendirilmesi mümkün olan edimlerin bütününden oluşacaktır. Bu anlamda, ekonomik değeri

²⁹ SÜZEK, 2018, s. 236; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.343

³⁰ NARMANLIOĞLU, s. 167; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.67; “insani bir eylem olarak iş görme, niteliği ve niceliği yönleriyle işçiden işçiye değişecektir.” Mahmut KABAKÇI, Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul 2012, s.25

³¹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.68; AKTAY/ ARICI/ SENYEN-KAPLAN, s.47

³² EREN, Özel Hükümler, s.534; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL,2014 s. 344; NARMANLIOĞLU, s. 166; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s.234

³³ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 427; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014 s.344

³⁴ KORKUSUZ, s.11’de her ne kadar “...İşveren açısından ekonomik değeri olan, işverenin maddi veya düşünsel bir gereksiniminin giderilmesine yardımcı olan bedensel yada zihinsel çalışmalaradır” şeklinde tanımlamış olsa da kanaatimizce iş hukukunun köleliğe karşı insan onurunu korumak amacıyla kapitalizmin insanı sömürmesine karşı verilen hukuk mücadelesinin bütünü olduğu göz önüne alınınca, işveren açısından çalışanın emeğinin kendisi için ekonomik değer ifade etmesini kıstas almış olmasının hatalı değerlendirme olacağı kanaatindeyiz.; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.67

bulunmayan ya da bu şekilde nitelendirilmesi mümkün olmayan edimler çalışan tarafından üstlenilmiş dahi olsa iş sözleşmesinin unsuru olarak nitelendirilemeyecektir. Çünkü çalışanın ekonomik değeri olan “iş görme edimi” iş sözleşmesinin temel ve zorunlu unsurudur; ancak, iş görme edimi tek başına iş sözleşmesinin karakteristik bir unsuru olmamakla beraber “ana edim” niteliğindedir.

İş görme edimi başka sözleşmelerin de konusunu oluşturabilir³⁵. Bu bakımından, iş görme edimini içeren diğer benzer sözleşmelerden iş sözleşmesini ayıran en önemli kıstas, işçinin işverene bağlılık içinde ve onun emir ve talimatlarıyla iş görmesidir³⁶.

1.2.2 Ücret

İş Kanunu'nun 32. maddesinde ücret, “*Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır*” şeklinde tanımlanmıştır³⁷.

Kanunun bu tanımlaması sonucu, ücret kural olarak para ile ödenir. Ancak öğretide ücretin sadece para ile ödenmesi yönündeki İş Kanunu'nun bu düzenlemesinin

³⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014 s.344

³⁶ YAVUZ/ÖZEN/ACAR, s. 385; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.69

³⁷ Madde gerekçesinde “Maddede ücretin Türk parası ile ödenmesi esası aynen korunmakla birlikte, yabancı para ile belirlenmesi ve ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesi olanağı getirilmiştir. Ayrıca uygulamada yaygınlaşan, işyerinde veya işçinin özel olarak açılmış banka hesabına ücret ödenmesi yolu da yasa kapsamına alınmıştır. Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Çalışma Teşkilatı'nın Ücretin Korunmasına İlişkin 95 sayılı Sözleşmesi'ne uygun olarak, ücret ödemesinin hangi araçlarla ve nerelerde yapılamayacağı yasa hükmü haline getirilmiştir. Maddede getirilen önemli bir yenilik de ücret alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresinin beş yıldan on yıla çıkarılmasıdır. Böylece Borçlar Kanunu'nun alacaklar bakımından geçerli olan on yıllık zamanaşımı süresinin istinasını oluşturan, ücret alacaklarının tabi olduğu beş yıllık zamanaşımı süresi on yıla çıkartılarak genel ilke ile uyumlu hale getirilmiştir. Cinsiyet ayırımına dayanılarak farklı ücret ödenmesini engelleyen hüküm maddeden çıkarılarak, buna ilişkin düzenleme 5. maddede yer alan eşit davranma ilkesi ve cinsiyet ayırımı yasağı kapsamına alınmıştır. Bunların dışındaki hükümler aynen korunmuştur.” belirtilmiştir.

ücretin hukuki mahiyetiyle bağdaşmadığı ileri sürülerek para yerine ekonomik değeri olan mal ve olanakların verilmesinin de ücret olarak kabul edilebileceği ileri sürülmektedir³⁸.

Ücret unsuru, iş görme edimi gibi iş sözleşmesinin temel unsurlarından biridir, ücretsiz bir çalışma iş sözleşmesinin kurulmasını sağlamayacaktır; hatır için, ailevi veya mesleki bir yardımlaşma ya da ahlaki bir amaçla yapılan işler hizmet sözleşmesine konu edilmeyecektir³⁹. Ücret, bedensel veya zihinsel faaliyetten oluşacak işgücünü emrine tahsis ettiği işverenin, çalışması karşılığı çalışana yapacağı dönemsel bir ödemedir⁴⁰.

Ücretin mutlaka açıkça belirlenmiş olması gerekmediği gibi uzunca bir dönem işçinin ücretinin ödenmemiş olması da iş sözleşmesinin ücret karşılığı yapılmadığı sonucunu doğurmayacaktır. İş sözleşmesinde taraflar, açıkça yapılacak işin karşılığı olan ücreti belirlememişlerse; ücret, asgari ücretten az olmamak üzere benzer nitelikteki işi yapan işçilere ödenen emsal ücret üzerinden belirlenir⁴¹. Nitekim, TBK' nın 401. madde düzenlemesinde de ücretin tanımlanmadığı hallerde “işveren, işçiye sözleşmede veya Toplu İş Sözleşmesi'nde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti yükümlüdür” hükmü getirilmiştir.

Yargıtay, iş sözleşmesinde ücretin açıkça belirtilmemiş olması durumunda iş sözleşmesinin taraflar arasında mevcudiyetinin bulunduğunu, böyle bir durumda TBK' nın 401. maddesi' ne göre ücretin belirlenmesi gerektiğini ve işveren tarafından

³⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 428; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.351; Salt kazanç fırsatının (garsona bahşişleri karşılığında) karşılık ve eşya biçiminde (yatma yerinin sağlanması, yeme içme) karşılık şeklinde ücret kararlaştırılabileceği ileri süren görüş TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.68

³⁹ SÜZEK, 2018, s. 236; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s.237; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.69

⁴⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.349; NARMANLIOĞLU, s. 173

⁴¹ SÜZEK, 2018, s. 236; NARMANLIOĞLU, s. 173; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s.237; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.69

tutulması gereken kayıtların sunulmaması veya ücret konusunda uyuşmazlığın bulunması halinde emsal ücret araştırması sonuçlarının ücretinin belirlenmesinde esas alınabileceğini belirtmiştir⁴².

1.2.3 Bağımlılık

Bağımlılık, yakın dönem yasal düzenlemelerde iş sözleşmesini tanımlayan metinlerde yerini almıştır⁴³. Daha önceki dönemlerde bu unsur kanuni metinlerde yer almamış olmakla birlikte, iş sözleşmesinin karakteristik bir özelliği olduğu konusunda İş Hukuku Öğretisinde görüş birliği⁴⁴ mevcuttur. Yargıtay da vermiş olduğu kararda bağımlılık unsurunu iş sözleşmesinin zorunlu unsurları arasında saymıştır⁴⁵. Buna göre işçi bir ücret karşılığında belirli ya da belirsiz bir süre işverenin hizmetinde bağımlı olarak çalışmak yükümlülüğü altına girer; bağımlılıktan kasıt işin yapılması sırasında

⁴² “İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 401. Maddesine göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücret göz önünde tutularak belirlenir.” Y22HD, 19.06.2017, E. 2015/16040, K. 2017/14573; aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 22.06.2017, E. 2017/21680, K. 2017/11166 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴³ 4857 Sayılı İş Kanunu m. 8/1'de “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” tanımıyla bağımlılık unsuruna yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 393/1 ile “hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak...” ifadesine yer verilerek 818 Sayılı Borçlar Kanunu m.313/1'de hizmet sözleşmesi tanımında yer almayan bağımlılık unsuru düzenlenmiştir.

⁴⁴ SÜZEK, 2018, s. 237; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.353; EREN, Özel Hükümler, s.535; EYRENCİ/ TAŞKENT /ULUCAN, s. 57; NARMANLIOĞLU, s. 167; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.69

⁴⁵ “İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşılmakta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder.” Y9HD, 09.03.2017 E. 2017/1419, K. 2017/3599; Y9HD, 08.11.2016, E. 2016/24670, K. 2016/19553 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

işçinin işverenin talimatına bağlı olması ve işverence denetlenmesi gerekliliğidir⁴⁶. Çalışanın bağımlılığı, sözleşme ile taahhüt edilmiş olan iş görme ediminin yerine getirmesi ile sınırlı, bu alanın dışında ise özgürlüğünü koruması söz konusu olup bir başka ifade ile kişiliğini değil, emeğinin işverenin hizmetine sunmuş olmasını ifade eder⁴⁷.

Yargıtay, her ne kadar Sosyal Güvenlik Hukuku'nu ilgilendiren hizmet tespiti yönünden olsa da vermiş olduğu bir kararında belirtmiş olduğu üzere işveren ile çalışan (İşçi) arasında düzenli çalışma ilişkisinin varlığı ile çalışanın iş gücünü belirli zaman dilimi içerisinde işverenin emrine ve onun vereceği direktiflere hazır bekletmesinin bağımlılık unsurunu oluşturacağını kabul etmiştir⁴⁸.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; bağımlılık, göreceli bir kavram olup, işçi işverene ait iş organizasyonunda veya işletme hiyerarşisinde yüksek bir mevkide bulunuyorsa, diğer çalışanlara emir verme yetkisine sahipse, bir başka ifade ile işini ifade belirli bir serbestiye sahipse, yaptığı işin niteliği çalışanın kişiliğine bağlı olarak arttıkça işçinin işverene bağımlılığı azalacak aksi söz konusu durumlarda ise bağımlılığı artacaktır⁴⁹. Ancak kanaatimizce bağımlılığın artması veya azalması iş sözleşmesinin varlığına bir

⁴⁶ **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.68; **ÇELİK**, s. 77-78; **Haluk Hadi SÜMER**, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, Sicil İHD, İstanbul Eylül 2010, S. 9, s. 63-73; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.69

⁴⁷ **Sedef KOÇ**, İşçinin Suç Teşkil Eden Fiillerinin İş Sözleşmesine Etkisi (Suç ve Sözleşme), Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011, Cilt II, s.1436

⁴⁸ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s.234; Yargıtay “önemli olan düzenli bir çalışma ilişkisinin varlığıdır. Düzenli çalışma ilişkisinin varlığı iş akdinin zaman unsurunu ortaya koyar. Çalışanın, hizmetini belli zaman dilimi içerisinde, işveren emrinde ve onun vereceği direktif doğrultusunda gerçekleştirilmesi, hizmet akdinin ikinci unsuru olan bağımlılık unsurunu oluşturur. Hizmetin fiilen verilmesi her durumda, zorunlu değildir. İşverenin emir ve gözetim altında hazır beklemek durumunda dahi bağımlılık unsuru gerçekleşmiş sayılır. Öte yandan, işverence gösterilen işlerin, çalışan tarafından, işveren emir ve direktiflerine uygun olarak görülmesi gerekir. Belirtilen bu iki ana unsurun birlikte gerçekleşmesi durumunda 506 sayılı Yasa açısından hizmet akdinin dolayısıyla sigortalılığın ilk koşulunun oluştuğu sonucuna varılır.” Şeklinde karar almıştır. Y21HD, 16.05.2017, E. 2016/1778, K. 2017/4064 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.353; **SÜMER**, Bağımlılık Unsuru, s. 69

halel getirmeyecek, ancak işveren adına hareket etme sonucunu doğuracak nitelikte işin organizasyonunu belirleme ve işçi çıkarma yetkisine haiz olacak derecede bağımsızlık söz konusuysa, vekaleten iş görme sözleşmesinin varlığından bahsedilebilecektir.

Teknolojik gelişmeler, yeni üretim metotları ve iş organizasyonlarını olanaklı kıldığı gibi işverenin yönetim yetkisinin uygulama biçimlerinin farklılaşmasına da sebep olmaktadır. Bu teknolojik gelişime ve değişime bağlı olarak bağımlılık unsurunun, iş hukukundaki gerekliliğine esnek bir yaklaşım içerisinde yaklaşılması gerektiği de Öğretide ileri sürülmektedir⁵⁰.

Klasik anlamdaki bağımlılıktan uzaklaşılması, yeni üretim metotları içerisinde işçi-işveren ilişkilerinin gelişmesi ile bağımlılığın niteliğinin ortaya konulması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Bu anlamda Öğretide bağımlılığın “*ekonomik veya teknik olarak değil, kişisel ve hukuki bağımlılık*” olarak görülmesi gerektiği belirtilmiştir. Çünkü iş sözleşmesinin konusu ve etkisi itibarıyla; işçi, işverenin otoritesi altında çalışmayı, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmeyi kabul etmekte, nitekim işveren de iş sözleşmesiyle işçi üzerinde egemenlik kurmakta ve onu bağımlı bir konuma sokmakta ve nihayetinde işçi, iş görme edimini işverenin talimatlarıyla organize etmektedir⁵¹.

Hukuki bağımlılık “işverenin işin ifası sırasında işçiye emir ve talimat vermesi⁵²” olgusuna dayanmakla birlikte, “işçinin işveren tarafından belirlenen yerde, işverenin gözetimi ve denetimi altında ifa etmesi” zorunluluğunu da içerir. Nitekim

⁵⁰MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.356; NARMANLIOĞLU, s. 172; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s.236-237

⁵¹SÜZEK, 2018, s. 237- 238; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.356; NARMANLIOĞLU, s. 169; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 45 ve 68

⁵² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.357

Yargıtay daha önce vermiş olduğu kararda⁵³ bağımlılık ilişkisinin çalışanın yaptığı işin “işverene ait işyerinde görülmesi” ni zorunlu unsur olarak belirlemişken bu görüşünü değiştirerek “bağımlılık ilişkisinin ancak işin işverene ait işyerinde veya işverence belirlenen bir yerde ifa edilmesi durumunda söz konusu olabileceği ancak bu şekilde işçi üzerinde denetim ve gözetim kurabileceği” ni belirleterek, işin ifa edilmesinin sadece “işverene ait bir işyerinde” değil, aynı zamanda “işverence belirlenen bir yerde” de ifa edilmesi halinde bağımlılık unsurunun kurulmuş olacağına hükmetmiştir⁵⁴.

Bağımlılık unsurunun varlığını ortaya koymak adına Yargıtay tarafından ifade edilen “işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda” kriteri yeterli değildir. Değişen sanayileşme ve çalışma hayatındaki gelişmeler sonucu ortaya çıkan çalışma türleri, bazı işlerde iş görme edimini işyeri dışına taşımakta ve işin, işyeri dışında görülmesine neden olmaktadır. Nitekim günümüzde iş organizasyonu belirlenirken, işyerinde sürekli işçi çalıştırmanın mali ve sosyal yönden ağır yüklerinden kurtulmak ve maliyeti azaltmak adına istihdam dışsallaştırılmaktadır⁵⁵. Bu durumda bağımlılık unsurunun daha esnek bir yardımcı ölçüte bağlı olarak değerlendirilmesi, tıpkı Batı ülkeleri

⁵³ “...işverenin denetim ve gözetimi altında işyerinde görülmesi zorunludur” YHGK, 13.04.1977, E.1976/9-1635, K. 1977/355 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵⁴ “...Diğer unsur olan bağımlılık ve bu kapsamda ele alınması gereken zaman unsuru, hizmet akdinin ayırt edici özelliğidir. Bağımlılık, iş hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa, bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır. Genel anlamda **bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır**. İşverenin yönetim (talimat verme) hakkı karşısında işçinin talimatlara uyma (itaat) borcu yer alır. Bir işin görülmesi süreci içinde işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri, zamanı ve işyerindeki davranışları düzenleyen talimatlar veren işveren onu kişisel bağımlılığı altında tutar. Bu sözleşmede var olan otorite/bağımlılık ilişkisi taraflar arasında kaçınılmaz olarak bir hukuki hiyerarşi yaratır. Bu nedenle iş akdinde bağımlılık hem işçinin kişiliğini ilgilendirmekte hem de bir hukuki bağımlılık niteliği taşımaktadır...” Y10HD, 08.05.2017, E. 2017/1896, K. 2017/3884; Y10HD, 26.04.2016, E. 2016/2112, K. 2016/6656: (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵⁵ ÇELİK, s. 79; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s.152

hukukunda olduğu gibi bağımlılık unsurunun yardımcı ölçüt olarak “işçinin işverene ait bir iş organizasyonu⁵⁶ içinde onun yararına iş görmesi⁵⁷” değerlendirmesi bizim de katıldığımız üzere sorunun çözümüne daha uygun bir yaklaşımdır.

Zira *Tuncay*'ın da belirttiği üzere “...pazarlama sözleşmesinde pazarlamacının yükümlülükleri kapsamında pazarlamacı haklı nedenler bulunmadıkça işverenin açık izni olmadıkça gezi rotasını değiştiremez, kendisine verilen talimat doğrultusunda müşterileri ziyaret etmek, numunelere uygun olarak malları onlara tanıtmak, siparişleri almak ve siparişleri işverene derhal ulaştırmakla yükümlüdür, bu yükümlülükler pazarlamacının işverene bağımlı olarak çalıştığı bir göstergesidir⁵⁸.” Bu anlamda; bağımlılık, pazarlama sözleşmesi ile iş sözleşmesinin ortak noktası olmakla birlikte iş sözleşmesinde çalışanın şahsi ve ekonomik olarak işverene hukuki bağımlılığı mevcuttur. İş sözleşmesini diğer iş görme edimini içeren benzer sözleşmelerden ayıran en önemli kıstastır⁵⁹.

1.2.4 Zaman

İş sözleşmesi ile birlikte iş görme edimi yükümlülüğü altına giren çalışanın bu ediminin “sadece belirli bir anda ya da zaman diliminde ifa edilebileceği” kararlaştırılmış ise belirlenen bu zaman diliminde ifa etmemiş olması ve karşı tarafın

⁵⁶ **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s. 44; **Gaye Burcu YILDIZ**, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Tebliği, İstanbul 2016, s. 23

⁵⁷ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT**, s.152; **SÜZEK**, 2018, s. 240; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s. 359; “talimatlara bağımlılığın en önemli sonucu iş görme ediminin ifası sonucunda meydana getirilen şeyler üzerindeki hakların organizasyonun sahibine ait olmasıdır” **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s.237

⁵⁸ **A. Can TUNCAY**, “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, Çimento Endüstrisi İşverenleri Dergisi, Mart 2012, s.13 (<http://www.ceis.org.tr/dergi/2012mart/makale1.pdf>)

⁵⁹ **YÜREKLİ**, s. 48; **NARMANLIOĞLU**, s. 168

menfaatinin son ermesi söz konusu ise kesin vadeli bir borç⁶⁰ söz konusu olacağından asli unsurlarından sayılmasa da öğretide *Süzek* tarafından yardımcı bir kıstas⁶¹ olarak belirtilen “zaman unsuru”, Yargıtay kararında⁶² da “işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda” denilerek, işin görülmesi için çalışan tarafından, işverenin menfaatine ücret mukabili harcadığı “zaman”ın kriter olarak özellikle sigortalılık yönünden ele alınması gerektiğini belirtmiştir. İş sözleşmesi ile iş görme edimini yüklenen çalışanın netice borcu altına girmediği, sadece bir zaman içinde belirli bir faaliyet göstermekle yükümlü olduğu ve ücretin işin neticesine göre değil zamana göre⁶³ tespit edildiği göz önüne alınarak, görülen işin niteliğine bağlı olarak değişen ölçüde zaman kriterinin iş sözleşmesinin karakteristik unsurları arasında kabul eden görüşün daha isabetli olduğu görülmektedir.

1.3. Hukuki Niteliği

Kişinin hukuken korunmasını isteme yetkisine sahip olduğu menfaatlerin başında gelen sözleşme yapma hakkı ve bu kapsamda özellikle iş sözleşmesi yapma hakkı, benzer diğer haklardan ayrı özelliklere sahiptir. İş sözleşmesi kişisel, karşılıklı ve

⁶⁰ Yazar günümüzde ortaya çıkan çalışma şekilleri itibariyle iş görme borcunun kesin vadeli borç niteliğinden ayrılan nitelikteki çalışma şekillerinden bahsederek “çalışma sürelerinin işveren tarafından tespit edilmeyip çalışanın kendisi tarafından tespit edilen çalışma şekillerinden örneğin çağrı merkezinde kayan iş süreleri uygulandığını ancak çalışanın günlük yedi buçuk saat çalışma borcunun 08:00- 24:00’e kadar olan bir zaman diliminde ifa” edebileceğini, “evde veya işyeri dışında pazarlama yapan işlerde de benzer bir çalışma düzeni olabileceği” ni belirtmiştir. Bu durumlarda zaman unsuru yardımcı bir ölçüt olarak iş sözleşmesinin varlığının tespitinde başvurulacak kıstas haline gelmektedir. **KABAKÇI**, s.14-17

⁶¹ **SÜZEK**, 2018, s. 235

⁶² Yargıtay kararı, “... taraflar arasında özellikle bağımlılık ve zaman unsurundan yoksun ilişkinin İş Kanunu kapsamında değerlendirilemeyeceği...” şeklindedir. Y10HD, 08.05.2017, E. 2017/1896, K. 2017/3884; YHGK, 16.11.2016, E. 2016/9-1414, K. 2016/1072 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁶³ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.346-347

sürekli niteliğine haiz olacak şekilde borç doğuran⁶⁴ ivazlı, rızai ve katılma sözleşmesidir⁶⁵.

İş sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen, sürekli edimlerden oluşan, kişisel bağımlı hukuki ilişki kuran özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle iş sözleşmesine dair kanuni düzenlemelerden kaynaklanan her kaide, her iki taraf lehine koruma sağlaması halinde kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle mutlak emredicidir⁶⁶; kişiler aralarında yapacakları anlaşma ile bu kuralların aksini kararlaştıramayacakları gibi aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanmayacağına da karar veremezler.

İşçi lehine hükümler ise emredici hükümler olmasının yanında, işçi lehine değiştirebilecek nispi emredici hükümler de olduğu Yargıtay'ın yerleşik uygulaması⁶⁷ ile kabul edilmiştir. Bir başka ifade ile sözleşmenin taraflarının işçi lehine düzenlemeler ile kanunda öngörülen hükümleri değiştirmeleri mümkün olup işçi aleyhine yapılan sözleşme değişiklikleri geçersizdir. İşveren açısından ise işverenin lehine hükümler düzenleyici hükümler olup, sözleşme ile aksi düzenlenebilecektir.⁶⁸

2. SÖZLEŞMELERE HAKİM OLAN PRENSİPLER

Sözleşmeler hukukuna yön veren temel prensipler bir başka ifade ile temel ilkeler sözleşmelerin kurulması, ifası ve nihayet sona erdirilmesi aşamalarında uygulanması gereken temel düzenlemelerdir.

⁶⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s.156-157; SÜZEK 2018, s. 244

⁶⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.401-402

⁶⁶ YÜREKLİ, s. 97; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.403-405

⁶⁷ Yargıtay kararı "...bu düzenleme nisbi emredici olup işçi lehine iş güvencesi kapsamı genişletilebilir." şeklindedir. Y9HD, 22.02.2010, E. 2010/4905, K. 2010/4260; Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 14.06.2016, E. 2016/13363, K. 2016/14311 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁶⁸ EREN, Özel Hükümler, s.538;

2.1. Sözleşme Serbestisi

Özel Hukuk düzenlemeleri, Kamu Hukuku kurallarından farklı olarak⁶⁹ tarafların kendi hukuki ilişkilerini oluşturmalarına imkân vererek, kişilerin iradi özerkliği ilkesinin sözleşmeler hukukunda vücut bulmasını sağlar⁷⁰. Bu nedenle Türk Borçlar Hukukunda temel ilke olarak tarafların irade serbestisi prensibi hakimdir⁷¹.

Anayasa'nın 48. maddesinde tanımlanan bu ilke “*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir*” şeklindedir. Bu ilkesel düzenlemenin, yalnızca sözleşmenin içeriğini esas alan ve sınırlarını belirleyen TBK md.26⁷² ve BK 19/1'deki⁷³ düzenlemelerden daha geniş bir serbesti tanıdığı vurgulanmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre sözleşme serbestisi, bir temel hak ve özgürlük olarak başkaca serbestileri de içine alması nedeniyle daha geniş bir kavramdır⁷⁴.

⁶⁹ “...Kamu Hukukunda Devlet, üstün otoriteyi, kişilerde bu otoriteye tabi olanları ifade eder...” ve devamla “...görevlerini yaparken elbette kişilerin şahsi iradelerini ve arzularını dikkate almaz ve sadece emreden, hakimiyetini hissettiren bir kuvvet olarak hareket eder...” **TEKİNAY**, s. 17; **Rona SEROZAN**, Medeni Hukuk (Medeni Hukuk), 7. Bası, İstanbul 2017, s. 54; **O. Gökhan ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Hukuku), Cilt I, İstanbul 2015, s. 362; **Ahmet M. KILIÇOĞLU**, Medeni Hukuk (Medeni Hukuk), Tıpkı Ek 3. Basım, Ankara 2016, s. 26; **Mustafa DURAL/ Suat SARI**, Türk Özel Hukuku Cilt I, 12. Baskı, İstanbul 2017, s.11-12

⁷⁰ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku, s.357; **Nil KARABAĞ BULUT**, Medeni Kanunu'n 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014, s. 3-9; **F. Burcu SAVAŞ**, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi(Fesih), İstanbul 2012, s.5;

⁷¹ **M. Kemal OĞUZMAN / M. Turgut ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 9. Bası, s.24; **Aydın ZEVLİLİLER**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008, 10. Bası, s.33; **Safa REİSOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1986, s.127; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku, s.73; **Fikret EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 11. Baskı, İstanbul 2009, s. 19; **EREN**, Özel Hükümler s.267

⁷² TBK'nın 26. maddesi: “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” şeklindedir.

⁷³ Mülga Borçlar Kanunu 19. Maddesinin 1. Fıkrası “*Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.*” Şeklindedir.

⁷⁴ **Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdulkadir ARPACI**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 501; **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 66

Bu anlamda “sözleşme serbestisi ilkesi”; sözleşmenin taraflarının, hür ve bağımsız iradelerini gerçekleştirmek istedikleri amaç doğrultusunda karşılıklı ve birbirine uygun olarak ortaya koymak suretiyle kuracakları sözleşme ile elde etmek istedikleri hukuki sonuç veya sonuçlara ulaşabilmelerine imkân sağlayan bir ilkedir. Bir başka ifade ile kişiler istediği bir kişi ile bir araya gelerek sözleşme yapıp yapmamakta, yapmak istediği herhangi bir sözleşmenin içeriğini, tipini ve şeklini belirleme hususunda ve son olarak sözleşmeyi ortadan kaldırmakta serbesttirler⁷⁵.

Sözleşmenin konusu ve içeriği itibariyle sınırları; “ahlaka”, “kamu düzenine”, “kişilik haklarına aykırı⁷⁶” olmaması gerektiği⁷⁷ veya “konusu imkânsız sözleşme yapılamayacağı” biçiminde TBK’nın 27. maddesinde⁷⁸ çizilmiş; ayrıca keyfi dayatmalar ve haksızlığın önüne geçmek için ise ekonomik ve sosyal açıdan zayıf konumda bulunan tarafın korunması adına emredici kurallarla düzenlemeler yapılarak, sözleşmenin kurulması sırasında hakkın kötüye kullanımı ve keyfi ayrımcılık yapılması gibi bir takım yasaklar getirilmek suretiyle de sözleşme serbestisi ilkesine sınırlamalar getirilmiştir⁷⁹.

⁷⁵ SEROZAN, Medeni Hukuk, s. 355; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.536-537; NARMANLIOĞLU, s. 189; Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 129; İNAL, s.299

⁷⁶ “Kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümler nitelikleri gereği emredici” hükümler olup “bireyler tarafından aksinin kararlaştırılması hukuk düzeni tarafından yasaklanan kurallar emredici hükümlerdir” KARABAĞ BULUT, s. 11 ve s.16

⁷⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s. 558-560; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.84; İNAL, s.284

⁷⁸ TBK’nın 27. Maddesi: “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.” Şeklinde olup “objektif nitelikte ki emredici hükümdür.” Ayrıntı için bkz. KARABAĞ BULUT, s. 20-21

⁷⁹ SEROZAN, Medeni Hukuk, s.356; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.538-558

Sözleşme serbestisi ilkesi İşK.'nın 9. maddesindeki düzenlemeyle İş Hukuku'nda da benimsenmiştir⁸⁰. Ancak kanun koyucu çalışanların yaşı, sağlık durumu cinsiyetini gözeterek sözleşme yapma özgürlüğüne birtakım sınırlamalar getirdiği gibi; engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü gibi yükümlüklerle de sözleşme yapma zorunluluğu getirerek iş hukukunun doğasından kaynaklanan müdahalelerde de bulunarak sözleşme yapma serbestisi ilkesine istisnalar getirildiği görülmektedir⁸¹.

2.2.Ahde Vefa İlkesi

Bir sözleşme kurulduktan sonra taraflar, sözleşme yapıldığı andaki yükümlülüklerini, başka bir ifadeyle üstlendikleri edimleri, sözleşmeye bağlı kalarak aynen yerine getirmek zorundadır⁸². Ahde Vefa (Söze Bağlılık-*Pacta Sund Servanda*) olarak nitelendiren bu ilke, Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden biridir. Bu ilkeye göre, sözleşme eğer geçerli bir şekilde kurulmuşsa artık şartlar borçlu aleyhine ne kadar değişirse değişsin, borçlu sözleşmeye bağlı kalmalı ve yüklendiği edimleri yerine getirmelidir.⁸³

Yargıtay kararlarında Hukukun temel ilkelerinden birisi olarak tanımlanan ahde vefa; tarafların, yaptıkları bir sözleşmede, şartlar sonradan değişse dahi sözleşmede karşılıklı edimlerin yerine getirilmesindeki zorunluluk olarak tanımlanmış ve bu ilke

⁸⁰ Söz konusu madde düzenlemesi “*Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler. İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilir.*” şeklindedir

⁸¹ **NARMANLIOĞLU**, s. 194-206; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.85-86

⁸² **Ahmet M. KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 11. Bası, Ankara 2009, s.184; **F. SAVAŞ**, Fesih, s.7; **BAYSAL**, s.6

⁸³ **EREN**, Genel Hükümler, s.437; **KILIÇOĞLU**, Medeni Hukuk, s.107

gereğince sözleşmenin taraflarından birisinin tek taraflı iradesi ile sözleşmenin içeriğini diğer tarafın aleyhine değiştirmenin mümkün olmayacağını belirtmiştir⁸⁴.

Ancak, sözleşme yapıldıktan sonra iki taraflı ve uzun süreli karşılıklı edimleri içeren sözleşmede tarafların önceden öngörmeleri mümkün olmayan nedenlerle, zaman içerisinde taraf edimleri arasında açık bir dengesizlik oluşmuş ya da borçlunun edimlerini yerine getirmesi imkansızlaşmış ise⁸⁵; dürüstlük, hakkaniyet ve doğruluk kuralları gereği borçludan borcunu aynen ifa etmesi beklenemez⁸⁶. Bu durum ahde vefa ilkesinin uygulanmasında bir istisna oluşturur.

2.3. İstisnası

Ahde vefa (sözleşmeye bağlılık) ilkesi sınırsız bir ilke olmayıp⁸⁷, Türk Medeni Kanunu'nun⁸⁸ 2. maddesi düzenlemesinde belirtilen “*Herkes hakkını kullanırken iyiniyet (dürüstlük) kurallarına uymakla yükümlüdür, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” kuralı ile değerlendirilerek bu ilkenin sınırlı olarak uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁸⁹.

Sözleşmenin kurulması sonrası ifasına başlanmış veya başlanmamış olması durumları göz önüne alınarak taraflardan biri açısından hal ve şartların ifayı güçleştirecek biçimde değişmesi durumunda, doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin ifasının yeni koşullara uyarlanması gerekliyse, ahde vefa ilkesinin aksine

⁸⁴ Y9HD, 26.05.2016, E. 2016/16134, K. 2016/12462; Y9HD, 15.11.2016, E. 2015/5614, K. 2016/20007 Y9HD, 25.05.2016, E. 2016/15322, K. 2016/12389 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁵ **Safa REİSOĞLU**, s.273

⁸⁶ **EREN**, Genel Hükümler, s.437; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.200; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler s. 184

⁸⁷ **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s.184

⁸⁸ RG. 24607, T. 22.11.2001; YT. 01.01.2002

⁸⁹ **REİSOĞLU**, s.274

sözleşme yeni hal ve şartlara göre değiştirilecektir. Bu durum “sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması (rebus sic stantibus)” ilkesi ile mümkündür⁹⁰.

TBK md.138/f.1’de⁹¹ belirtildiği üzere “*Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır*” düzenlemesi gereği, sürekli edimlerin konusunu oluşturan iş sözleşmesi yönünden taraflar sözleşmeyi fesih hakkını kullanabilecektir⁹². Zira, iş sözleşmesinde taraflar karşılıklı edimlerini ifa etmeye başlamış ise artık TBK’nın 126. Maddesi⁹³ hükümleri gereğince alacaklının seçimlik hakları söz konusu olacaktır.

3. GENEL OLARAK HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

3.1.Dürüstlük Kuralı (Objektif İyiniyet)

Dürüstlük kuralı, çeşitli hukuklarda ve çeşitli dönemlerde farklı alanlarda uygulanagelmış oldukça eski bir kuraldır. Öyle ki, hukuk sistemimizde sadece özel hukukun değil kıyasen uygulanacak olması nedeniyle kamu hukukunu da ilgilendiren ve dolayısıyla hukukun her alanında uygulanması gereken temel bir ilkedir⁹⁴.

⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.200; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler s. 185; EREN,2009, s.438

⁹¹ Söz konusu madde düzenlemesi “*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve 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, hakimden 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.*” şeklindedir.

⁹² Ali Cengiz KÖSEOĞLU, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi (Bildirimli Fesih), İstanbul 2011, s.48

⁹³ Madde hükmü “*İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.*” şeklindedir.

⁹⁴ Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, Medeni Hukuk, 23. Bası, İstanbul 2017, s.263

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi 1. fıkrasında “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.” düzenlemesi ve 2. fıkrada belirtilen “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” emredici hüküm düzenlemesiyle kişilerin dürüst davranması zorunluluğu sadece TMK'nın uygulanması ile sınırlı tutulmaksızın diğer kanunların uygulanmasında⁹⁵ da dikkate alınması gerektiği madde gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir⁹⁶.

Türk Borçlar Kanunu, sözleşmelerin nasıl ifa edileceği, tarafların borçlarının nelerden ibaret olduğu ve nihayet içeriklerinin kanunlara uygunluğu konusunda özel hükümler içerir⁹⁷. Özel borç ilişkileri düzenlemeleri, edim kurallarını bir başka ifade ile tarafların borçlanmış oldukları edimleri ve edimlerini yerine getirirken “davranış esasları (*coconsiderations ethiques*)⁹⁸”nın bütününden oluşur. İyiniyet yasada öngörülen durumlarda koruma alanı bulurken, dürüstlük ilkesi tüm hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde sınırları belirleyerek kuralları tamamlar ve yorumlanmalarına yardımcı olur⁹⁹; emredici nitelik taşırlar ve ilke olarak taraflar

⁹⁵**Resul ASLANKÖYLÜ**, “Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2009, S. 16, s.203-212

⁹⁶Madde gerekçesi: “Yürürlükteki Kanunun 2. maddesinde, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymakla yükümlü oldukları düzenlenmektedir. Gerek Öğretide gerek yargı kararlarında bu maddenin "doğruluk ve dürüstlük kurallarına" ilişkin genel ilkeyi ortaya koyduğu kabul edilmektedir. Maddenin içerik ve amacına uygun olarak kenar başlığı bu sebeple, "Dürüst davranma" olarak değiştirilmiştir. Bu deyim, bir sonraki maddede yer alan sübjektif iyiniyet ile bu maddede düzenlenen iyiniyeti birbirinden ayırt etmeye hizmet etmesi bakımından da daha isabetli görülmüştür.” şeklindedir.

⁹⁷**EREN**, Özel Hükümler, s.7s

⁹⁸**İNAL**, s.337; **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.233

⁹⁹**Şener AKYOL**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006, s.114; **O. Gökhan ANTALYA**, Medeni Hukuk (Medeni Hukuk), 2. Baskıya Ek 1. Tıpkı Basım, İstanbul 2017, s. 371; **KILIÇOĞLU**, Medeni Hukuk, s.105-106; **DURAL/ SARI**, s. 242

iradeleri ile bunları deęiřtiremezler¹⁰⁰. Bir anlamda “hukuk ahlakına bağlılık” olarak ifade edilebilecek, hukuk düzeninin tamamını içine alarak, uygulama alanı bulan genel hüküm nitelięindedir¹⁰¹.

Ayrıca sözleşme ile tarafların yüklendikleri edimlere ilişkin kurallar birincil ve ikincil edimler içerebilecektir. Birincil edimler, sözleşmenin kanunda düzenlenmiş olması halinde zorunlu unsurları¹⁰² ifade ederken; objektif anlamda birincil edim niteliğinde olmayan tüm hususlar ikincil edim¹⁰³ niteliğinde kabul edilmelidir. Ancak sübjektif anlamda taraflardan birinin sözleşmenin kurulması aşamasında edim olarak karşı taraftan beklediği yükümlülük var ise ve *Kocayusufpaşaoğlu* tarafından ifade edildiği üzere “diğer tarafça bilinebilir biçimde” bir edim söz konusu ise bu durumda yine dürüstlük ilkesi gereğince sözleşmenin edimleri arasında kabul edilmesi gerekecektir¹⁰⁴.

Bu anlamda TMK md. 2’de belirtilen dürüstlük kuralı, hukukun uygulanmasında ve sözleşmenin tarafları açısından birincil ve ikincil edimlerinin yerine getirilmesinde uymaları gereken genel bir ilkedir¹⁰⁵. Sözleşmenin tarafları, sözleşmenin ifası sırasında birbirlerine karşı özenli davranmak ve ayrıca hukuka ve sözleşmeyle amaçlanan menfaatlerine karşılıklı saygı duymalıdır. Bu anlamda dürüstlük kuralının bir sonucu olarak taraflar, ifa dışındaki hukuki değerlerini, mal varlığı ve kişilik değerlerini ihlal etmemeli, birbirlerini aydınlatma yükümlülüklerini yerine getirmelidirler. Öğretide

¹⁰⁰İNAL, s.337; KILIçOğLU, Medeni Hukuk, s.111

¹⁰¹TEKİNAY, s. 166; KILIçOğLU, Medeni Hukuk, s.101-102; DURAL/ SARI, s.243

¹⁰²Haluk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2012, s.31; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 13

¹⁰³NOMER, s.31; İNAL, s.284; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.281-282

¹⁰⁴KOCAYUSUFPAřAOęLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 174-177; NOMER, s.32; KILIçOğLU, Medeni Hukuk, s.108-109

¹⁰⁵İNAL, s.337; KILIçOğLU, Medeni Hukuk, s.105

“güven ilişkisi” olarak ifade edilen “sözleşmesel ilişkiden ayrı birincil ve ikincil bir ilişki” olarak dürüstlük kuralı; kişiye, sözleşmeye dayanmanın yanında güven ilişkisine dayanma hak ve yetkisini vermekte, temel edimsiz borç ilişkisi doğurarak temel edimsiz yükümler yüklemektedir¹⁰⁶.

İşte dürüstlük kuralının sözleşmelere etkisi olarak ifade edebileceğimiz ve sözleşmede açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen TMK md. 2’de düzenlenmesini bulan bu kural ile tarafların yükümlülüklerinin doğal sınırının¹⁰⁷ çizilmesi mümkün hale gelebilmektedir.

3.2.Hakkın Kötüye Kullanılması

TMK’nın 2. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” emredici hüküm düzenlemesiyle, kişilerin “dürüstlük kuralına uygun davranması” zorunluluğuna ilave olarak doğruluk (veya objektif iyiniyet) kuralına uygun davranması gerekmektedir. Kişilerin objektif iyiniyet kuralına aykırı davranması durumunda hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır¹⁰⁸. Hakkın kötüye kullanılması yasalarca tanınmış bütün haklar için söz konusu olabilecektir¹⁰⁹.

¹⁰⁶ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.310; AKYOL, s.115; ayrıca temel edimsiz borç ilişkisi için bkz. s.118-119; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.106-107; ANTALYA, Medeni Hukuk, s.386-388

¹⁰⁷ “TMK 2/I, ilke olarak kanun ve hukuki ilişkilerin öncelikle sözleşmelerin yorumunda, tamamlanması ve uyarlanmasında başvurulmuş ve uygulanan bir kuraldır.” Tuncay KAPLAN, “Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının üst Sınırı Sorunu (Bildirim Süreleri)”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2008, S.9, s.10-13

¹⁰⁸ Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK/ Derya ATEŞ, Türk Medeni Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2016, s.184-186; TEKİNAY, s. 170; “... gerçek olmayan kanun veya sözleşme boşluklarının müspet hukuk tarafından tanınmasına imkân veren, kanun veya sözleşme hükmünün düzeltilmesini kapsayan, düzeltme görevi olan bir kuraldır.” KAPLAN, aynı eser, s.13

¹⁰⁹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 267; ANTALYA, Medeni Hukuk, s.392

Yasalarca tanınmış veya sözleşmelerde belirtilen bir hakkı kişiler dürüstlük kuralına paralel olarak kötüye kullanamayacak olup kötüye kullanıldığının belirlenmesi halinde, hukuk düzeninin bu durumu korumayacağı¹¹⁰ yasa koyucu tarafından kabul edilmiştir.

Herhangi bir menfaatin “hak” olarak anlam bulabilmesi için hukuk düzenince korunmaya değer bulunması gerekli olup, ekonomik ve sosyal bir amacın gerçekleşmesi şeklinde bir sonucunun olması gerekir¹¹¹. *Tekinay*’ın “*işte hakkın kötüye kullanılması derken kastedilen şey, bir menfaati koruyan ve onu bir hak olarak tanıyan hukuk kuralının yöneldiği sosyal veya ekonomik amaçların dışına çıkmasından ibarettir.*” ifadesinden yola çıkılırsa, kişilere tanınmış olan hakların tanımı yapılarak sınırlarını çizen hukuk kurallarının da söz konusu kuralları getirmekteki amaçları belirlenmeli ve bu amaçlara aykırı şekilde kullanılmasına izin verilmemesi adına “hakkın kötüye kullanılması yasağı” ilkesi benimsenmiştir¹¹².

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda¹¹³ “bir kimsenin, başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanmasını yasanın korumayacağını” açıkça belirtmiştir.

3.3.Hakkın Kötüye Kullanılmasının Unsurları

Hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için öncelikle hukuk düzenince kişiye tanınmış bir hakkın varlığının yanında, söz konusu hakkın ilgilisi

¹¹⁰AKYOL, s. 7; OĞUZMAN/BARLAS, s. 262; AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s.187; ASLANKÖYLÜ, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.203-212; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.109; ANTALYA, Medeni Hukuk, s.392

¹¹¹ANTALYA, Medeni Hukuk, s.394; AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s.187; SÜZEK, 1976, s.69

¹¹²TEKİNAY, s. 172; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.110; ANTALYA, Medeni Hukuk, s.392 ve 406

¹¹³Y9HD, 07.03.2017, E. 2015/13250, K. 2017/3374; Y9HD, 09.09.2014, E. 2012/32118, K. 2014/26002; Y9HD, 13.03.2017, E. 2016/5586, K. 2017/3715s (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

tarafından kullanılırken objektif iyiniyet kuralına uygun olarak kullanılmamış olması ve nihayetinde söz konusu hakkın yasa koyucunun “murat ettiği” amacına aykırı kullanılması sonucu sözleşmenin karşı tarafının da zarara uğramış olması gerekmektedir. Bu üç unsurun bir arada gerçekleşmiş olması halinde bir hakkın kötüye kullanımından bahsedilebilecektir.

3.3.1. Hukuken Tanınmış Bir Hakkın Varlığı

“Hakkın kötüye kullanılması” nı “haksız fiilden” ayıran en temel özellik hukuk düzeninin kişiye veya sözleşmenin taraflarına tanımış olduğu pozitif hukukta yerini almış bir hakkın bulunmasıdır¹¹⁴. Zira haksız fiil, hukuka aykırı ve hukuk düzeni tarafından korunmayan kişi davranışı olup sözleşmeden veya sözleşme ile bağlantılı olmaksızın kanun tarafından kişilere genel anlamda daha önceden yüklenmiş olan görevlere aykırı davranıştır. Hakkın kötüye kullanılması ise var olan bir hakkın yasa koyucunun söz konusu düzenleme ile korumayı amaçladığı sonuçların ortaya çıkmasını engelleyen veya sonuçları ortadan kaldırmaya yönelik objektif dürüstlük kuralına aykırı kişi davranışını ifade eder¹¹⁵.

3.3.2. Hakkın Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırı Olarak Kullanılması

Hakkın iyiniyet kurallarına aykırı kullanılmasının sınırları ve dayanağı belirlenirken değişik kıstaslar ileri sürülmüş¹¹⁶ olmakla birlikte Türk Hukuk

¹¹⁴AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s.185, KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.112; ANTALYA, Medeni Hukuk, s.398; SÜZEK, 1976, s.70

¹¹⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s.483 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s.187; Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010, s.158; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.112

¹¹⁶ SÜZEK,1976, s. 71, yazar doktora çalışmasında bu konuyu ele alırken hukuk sistemlerinin mevzuat ve uygulamalarında sübjektif kıstası esas alan görüşün “başkasına zarar verme yada kusurlu davranışın varlığı” nın aranması gerektiğini; objektif kıstası esas alan görüşün ise “karşılıklı menfaatler arasında aşırı dengesizlik yaratılmış olması”, “hakkın sosyal gayesinden saptırılması”, “hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması” ve son olarak “ objektif kurallarına aykırılık” gibi ölçütlerin, bazen önceden kıstas belirlemek ve bazen de her olayın şartlarına göre bir veya birkaç kıstasın kullanılarak

sistemimizde ve kaynağını oluşturan¹¹⁷ İsviçre Medeni Kanunu'nda, hakkın kötüye kullanılmasının dayanağı olan kıstas TMK'nın 2. maddesinde getirilen objektif iyiniyet (dürüstlük) olarak benimsenmiştir¹¹⁸. Buna göre, sınırları toplumsal ahlak, sosyal anlayış ve görgü kuralları ile çizilen ve orta seviyede, orta zekada, namuslu ve makul bir insandan beklenen karşılıklı güven esaslarına uygun davranış dürüstlük, objektif iyiniyet olarak ifade edilir¹¹⁹.

Türk Hukuk sisteminde TMK'nın 3. maddesinde düzenlemesini bulan ve öğretide subjektif iyiniyet¹²⁰ olarak iyiniyet, bireyin tasarrufta bulunduğu hukuki işleme yönelik iradesinin ortaya konulduğu sırada arzuladığı hukuki neticenin meydana gelmesinde varlığı aranan bir durumun veya olayın sahiden mevcut sanılmasındaki yanılmadan ibarettir; söz konusu iyiniyetin objektif iyiniyetten farklı hukuki sonuçlarının bulunduğu göz önünde tutulması gerekmektedir. Zira “niyet” subjektif bir kavram olması nedeniyle sözleşme yapma hakkının kötüye kullanılması incelenirken tarafların subjektif niyetleri değil, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere hakkın kötüye kullanımına dayanak olarak uygulama alanı daha geniş olan objektif iyiniyet kurallarına¹²¹ aykırı olarak hakkın kullanılmış olması gerekmektedir.

belirlenmesi şeklinde fikrin savunucuları tarafından ele alındığını belirtmektedir. Ayrıntılı olarak açıklamalar için bkz. s. 75-85; Aynı yönde görüş için **Mustafa KILIÇOĞLU**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanma Yasağı (Dürüstlük Kuralı), Ankara 2015, s. 8

¹¹⁷ TMK'nın genel gerekçesinde aynen ifadesiyle “...Medenî Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre Medenî Kanununda (ZGB) yapılan köklü değişikliklerle bazı kurumlar geliştirilerek yeni sosyal görüşlere ve ihtiyaçlara cevap verebilir duruma getirilmişlerdir...” denmektedir.

¹¹⁸ **SÜZEK**, 1976, s. 171

¹¹⁹ **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 262; **TEKİNAY**, s.166; **KILIÇOĞLU**, Dürüstlük Kuralı, s.5; **DURAL/SARI**, s.242

¹²⁰ **TEKİNAY**, s.167

¹²¹ **AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ**, s.185; **KILIÇOĞLU**, Dürüstlük Kuralı, s.5; **KILIÇOĞLU**, Medeni Hukuk, s.112-118

3.3.3. Hakkın Kullanılması Sonucu Karşı Tarafın Zarar Görmesi ya da Bir Zarar Tehlikesinin Yaratılması

Sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan bir hakkını kullanması sonucu karşı tarafın bir zarar görmesi¹²² veya muhatabını zarar tehlikesiyle karşı karşıya bırakması¹²³ hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacak olup kanun bu durumu korumayacaktır.

Öğretide “zarar” veya “zarar tehlikesi” nin şart olup olmaması ile ilgili farklı görüşler söz konusu olup; bir görüşe göre zararın veya zarar tehlikesinin varlığı gerekmektedir¹²⁴. Özellikle *Akipek/Akıntürk/Ateş*, hakkın kötüye kullanılmasının ona benzeyen kanuna karşı hileden ‘sonuçta bir zararın doğmuş olması’ ile ayrıldığını, yazarların ifadesiyle “kanuna karşı hile dolayısıyla daha çok hukuk kurallarının otoritesi sarsılmış olur. Oysa hakkın kötüye kullanımında kişilere tanınmış olan haklar dürüstlük kurallarının izin vermeyeceği şekilde amacından saptırılmalı hakların bu surette amaçlarına aykırı olarak kullanılmasından da başkaları mutlaka zarar görmelidir” şeklinde değerlendirme yapılırken; bir başka görüşe göre TMK’nın 2002 yılında yürürlüğe girmesiyle “zarar görmesi veya zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalması” şartının aranmadığı, bu nedenle iş sözleşmesinin işveren tarafından kötüniyetli feshi durumunda çalışan zarar görmemiş olsa dahi hakkın kötüye kullanımı söz konusu olabileceği¹²⁵ belirtilmekte ve *Oğuzman/Barlas* tarafından “...zarar verme kastı bulunmadığı halde, sonuçta hakkın kötüye kullanıldığının kabul edildiği durumlar da vardır. Keza birine fiilen zarar verilmiş olması veya zarar tehlikesi bulunması da hakkın

¹²² Öğretide zarar, bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme ve/veya kişilik haklarına tecavüz niteliğinde vuku bulan 3. kişi davranışları olarak tanımlanmıştır. bkz. **Haluk TANDOĞAN**, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, 1. Basıdan Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s.63; aynı yönde görüş için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 39

¹²³ **KILIÇOĞLU**, *Medeni Hukuk*, s.119; **SÜZEK**, 1976, s. 72

¹²⁴ **KILIÇOĞLU**, *Medeni Hukuk*, s.118-119; **AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ**, s.181 ve 188

¹²⁵ **Mehmet Nusret BEDÜK**, “İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı (Kötüniyet Tazminatı)”, *Sarper SÜZEK’e Armağan*, İstanbul 2011, Cilt I, s. 921- 963

kötüye kullanıldığıının kabul edilebilmesi için şart değildir. Özellikle kanuna karşı hile teşkil eden kötüye kullanma hallerinde ortada başkasına verilmiş bir zarar bulunmayabilir¹²⁶” şeklinde değerlendirme yapılarak “zarar veya zarar tehlikesi ile karşı karşıya bırakmanın şart olmadığı” belirtilmiştir.

3.4. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Kıstasları

Sözleşmeden doğan hakların nisbiliği kuralı¹²⁷ sonucu, kanun koyucu söz konusu bu hakların sınırlarını belirlememiş, öğreti ve uygulama ile hakkın kötüye kullanılmasının kıstaslarının ortaya konulması gerekmiştir.

Hakkın kötüye kullanılması, zamana ve yere göre sürekli değişim gösterdiğinden kanuni bir kıstasla sınırlarının çizilip belirlenmesi hem güç hem de uygulanabilir değildir; bu bakımdan, öğretide belirlenen esnek sınırlar dahilinde uygulanmalıdır¹²⁸.

Hakkın kötüye kullanılmasının kıstasları belirlenirken, İş Hukuku'nun işçiyi koruyucu temel ilkesi ile işyerinde devamlılığın sağlanması arasındaki ince dengenin de sağlanması gerekmektedir. Bu yönüyle öğretide son derece tartışmalı olan birçok görüş ileri sürülmüştür.

3.4.1. Hakkın Kullanılmasında Meşru Bir Menfaat Bulunmaması

Hak sahibinin kendisine sağlayacağı meşru bir menfaat bulunmamasına rağmen salt başkasına zarar vermek ve onu güç durumda bırakabilmek ya da meşru olmayacak

¹²⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s. 272; Aynı yönde değerlendirme için bkz. ANTALYA, Medeni Hukuk, s.398

¹²⁷ Mutlak haklar ihlal etmesi söz konusu olabilecek herkese karşı ileri sürülebilirken, nisbi haklar hukuki ilişki çerçevesinde kişi veya sınırlı bir grup halindeki kişilere karşı hak sahibi tarafından ileri sürülebilir olması esasına dayanır. Hakların nisbiliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 159; TEKİNAY, s.139; SEROZAN, Medeni Hukuk, s. 237-251

¹²⁸ DURAL/ SARI, s. 242; SÜZEK, 1976, s.75

şekilde kazanç edinmek maksadıyla hareket edilmiş olması¹²⁹ halinde, hakkın kötüye kullanımı söz konusu olacaktır.

Ancak hakkın kötüye kullanımını objektif esasa dayandırın bu görüşün, öğretide salt zarar verme amacı bulunmadan da bir hakkın kötüye kullanılabilceği, ortaya çıkarılması açısından öncelikle psikolojik araştırma gerektirmesi yönünden ispatının güç olması, çok nadir olarak ortaya çıkması, hak sahibinin zarar verme kastı yanında kendisine menfaat sağlama gibi ikincil bir amacının bulunması halinde kişinin eyleminin hukuka uygun hale gelecek olması gibi nedenlerle İş Hukuku'nun işçinin korunması ile istihdamın sağlanması dengesini istihdam aleyhine bozacak sonuçlar doğuracağı eleştirilerine yol açmış ve yeterli olmadığı ileri sürülmüştür¹³⁰.

3.4.2. Hakkın Kullanılmasında Hak Sahibinin Menfaatleri İle Başkasına Vereceği Zarar Arasında Aşırı Orantısızlığının Bulunması

Hak sahibi tarafından söz konusu hakkı kullanmasıyla elde edeceği menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı orantısızlık, bir başka ifade ile ölçsüzlük söz konusu ise hakkın kötüye kullanımından bahsedilebilecektir¹³¹.

Subjektif kıstas olarak da ifade edilen bu görüşe göre hiç kimse hakkını kullanırken sağlayacağı yarar ile karşı tarafın uğrayacağı zararı ölçmek ve bunları dengelemek zorunda değildir; ancak, bireylerin çatışan menfaatleri ile toplumsal ihtiyaçlar arasında denge kuran hukuk kurallarının hak sahibi tarafından dengeyi bozacak şekilde kullanılması halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Bu görüş, bizim de katıldığımız üzere “meşru bir menfaatin bulunmaması” görüşüne göre hakkın kötüye kullanılması açısından geniş bir uygulama alanı yaratmakta, ancak

¹²⁹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 272; ANTALYA, Medeni Hukuk, s.402-403; DURAL/ SARI, s.256

¹³⁰ SÜZEK, 1976, s.76

¹³¹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 275; ANTALYA, Medeni Hukuk, s.403-404; DURAL/ SARI, s.257

iş sözleşmesinin devamını sağlama yönünden işçiyi koruma ilkesini yerine getirmekte yetersiz olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir¹³².

3.4.3. Kendi Ahlaka Aykırı Davranışına Dayanarak Hak Elde Edilmesi

Eski bir hukuk ilkesi olan “nemo auditur proprium turpitudinem allegans”, kimsenin ahlaka aykırı davranışı ile kendi lehine sonuç çıkaramayacağı ve buna bağlı olarak da talepte bulunamamasını ifade eder¹³³. Ahlaka aykırılık objektif değerlendirme ile ulaşılabilecek bir sonuç olması nedeniyle özünde objektif güvene aykırılık olarak da ifade edilebilecek olan bu kıstas, hakkın “hukuk kuralının yöneldiği sosyal veya ekonomik amaçların dışına çıkararak kullanılmasıdır.

3.4.4. Uyandırılan Güvene Aykırı Davranışta Bulunulması

Karşı tarafa esaslı, korunmaya layık güven veren davranışlarda bulunan bir kimsenin, uyandırmış olduğu bu güvene aykırı ve çelişkili tutum takınmasını hakkın kötüye kullanması olarak kabul eden bu görüş “çelişkili davranma yasağı (venire contra factum proprium)” olarak da ifade edilmektedir¹³⁴. Kişilerin gerek sözleşmeyle ve gerekse davranışlarıyla ilişki içerisinde oldukları taraflara karşı oluşturmuş oldukları subjektif nitelikteki güvene aykırı davranışlarda bulunmaları halinde, “hukuk kuralının yöneldiği sosyal veya ekonomik amaçların dışına çıkararak kullanmama” ilkesinin ihlali veya başka bir ifadeyle hakkın sosyal gayesinden saptırılmasının bir diğer görünümü ortaya çıkmaktadır.

Hakkın gayesinden saptırılması kıstası ilerleyen bölümlerde fesih hakkının kötüye kullanılması başlığı altında ayrıntılı incelenecek olup şimdilik hakkın sosyal

¹³² SÜZEK, 1976, s.80-81

¹³³ OĞUZMAN/BARLAS, s. 276; ANTALYA, Medeni Hukuk, s.402-403

¹³⁴ OĞUZMAN/BARLAS, s. 275; ANTALYA, Medeni Hukuk, s.405; DURAL/ SARI, s.257

gayesinden saptırılması kıstasının bu iki ayrı görünümü içerdiğini belirtmek yeterli olacaktır.

Hakkın sosyal gayesinden saptırılmasının ister objektif görünümlü isterse subjektif görünümlü olsun, her iki durumda da hakkın kötüye kullanımını oluşturduğunu ileri süren bu görüş, geleneksel kişilik haklarını koruma amacını esas almakta, bu yönüyle de günümüzdeki iş hukuku sorunlarının geleneksel kişilik haklarının korunması yaklaşımını aşmış olması nedeniyle tam ve yeterli bir kıstas olmadığı konusunda yetersiz olduğu ileri sürülmüştür¹³⁵.

3.5. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Yaptırımı

Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı olarak “kanun düzeni tarafından korunmaması” ve “hakkın ileri sürenden esirgenmesi” şeklinde özel yaptırımlar ve “zarar giderim”, “tespit ve önleme davası” şeklinde genel nitelikteki yaptırımlar uygulanabilir¹³⁶.

Kanımızca, *Süzek* tarafından ileri sürülen, hak veya hakların kötüye kullanılması halinde kötüye kullanılan hakkın niteliğine uygun, kanunlarda düzenlenmiş özel bir yaptırımın olması durumunda öncelikle bu yaptırımın uygulanması gerekliliği¹³⁷ görüşü yerindedir. Zira, haklar yelpazesi son derece geniş ve hakkın kötüye kullanılması kavramı bir o kadar büyük ölçekte değerlendirme ve düşünmeye ihtiyaç duyacak bir mevzudur ki, kötüye kullanılan hakkın yaptırımının özel bir düzenlemeyle öngörülmüş olması halinde öncelikle bu yaptırımın uygulanması¹³⁸, sonrasında durumun

¹³⁵ SÜZEK, 1976, s.82

¹³⁶ AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s.189-193; KILIÇOĞLU, Dürüstlük Kuralı, s.13; ANTALYA, Medeni Hukuk, s.399; DURAL/ SARI, s.259

¹³⁷ SÜZEK, 1976, s. 73

¹³⁸ Çalışmamız kapsamında bakıldığında, 1475 sayılı Kanununun 13/C maddesinin 3. fıkrasındaki “İşçinin sendikaya üye olması, şikâyete başvurması gibi sebeplerle işinden çıkartılması hallerinde ve genel

özelliklerine göre “zarar giderim” veya “tespit önleme” şeklindeki davalara muhatap kılınması ve en nihayetinde ise hakkın ileri sürenden esirgenmesi şeklinde bir yaptırım ile karşı karşıya kalınması söz konusu olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki hakkın kötüye kullanımı talebe bağlı olmaksızın kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle hâkim tarafından re’sen göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiği¹³⁹ ileri sürüldüğü gibi; geniş uygulanması halinde hukuk güvenliğini ortadan kaldıracabileceği bu nedenle de yalnızca kanunda özel bir düzenleme bulunmaması halinde bir başka ifade ile kanunun eksik kaldığı hallerde adalete aykırı sonuçlar doğmaması adına hakimin bu kuralı uygulaması gerektiği de ileri sürülmüştür¹⁴⁰. Kanaatimizce İş Hukuku’nun kendisine özgü yapısı göz önüne alındığında özellikle çalışanın feshe karşı korunması amacına hizmet eden iş güvencesi hükümleri dışında kalan çalışanlar yönünden hakkın kötüye kullanımı teorisiyle fesih hakkının sınırlandırıldığı göz önüne alındığında “kanunun eksik kaldığı hallerde adalete aykırı sonuçlar doğmaması adına hâkimin bu kuralı uygulaması” görüşü daha isabetlidir.

olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda (A) bendinde yazılı önellere ait ücretlerin üç katı tutarı tazminat olarak ödenir.” şeklindeki düzenleme ve 4857 Sayılı Kanun’un 17. maddesinin 5. fıkrasındaki “İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18. maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir.” düzenlemeleriyle fesih hakkının kötüye kullanılmasının yaptırımı, aynı kanunun 18. madde kapsamına girmeyen bir başka ifade ile iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçiler için bildirim süresinin 3 katı tutarı ile sınırlı olarak ödenmesi şeklinde belirlenmiştir. Konu detaylı olarak ilerleyen bölümlerde ayrıca incelenecektir. Konumuzla ilgisi bakımından TBK’nın 420. maddesinde “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir” düzenlemesi mevcut olup şayet İş Kanunu kapsamına girmeyen ancak niteliği itibarıyla hizmet sözleşmesi olarak tanımlanabilecek bir işçinin iş sözleşmesine işçinin aleyhine ceza koşulu şeklinde bir hüküm konulmuş olması halinde TBK 420 de bu durumun geçersiz olduğu açıkça belirtilmiştir. Benzer şekilde madde 432’de bildirim sürelerinin her iki taraf için eşit süre olması gerektiği belirtilmiş aksi düzenleme halinde “her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi” nin uygulanacağı belirtilmiştir.

¹³⁹ AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s.193, KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.119

¹⁴⁰ ANTALYA, Medeni hukuk, s.397; KILIÇOĞLU, Kötüye Kullanma, s.729

4. SÖZLEŞME YAPMA HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

4.1.Genel Olarak

Hakkın kötüye kullanılması kavramı hukukumuzda geniş bir alana etki eder. İnceleme konumuzu oluşturması nedeniyle İş Hukuku ve TBK’da düzenlenen hizmet sözleşmeleri; karşılıklı borç doğuran sözleşmelerden olmasına rağmen, işçi tarafın işveren karşısındaki zayıflığı ve korunma ihtiyacı bakımından karşılıklı borç doğuran diğer sözleşmelerden ayrılır. Zira sözleşmelerde tarafların eşit olduğu varsayılsa da belirtilen bu durum nedeniyle iş hukuku sosyal ve insani amaç doğrultusunda “işçi lehine yorum” ve “sosyal kamu düzeni” düşüncesini temel alarak, sözleşmelerin kurulması ifası ve sona erdirilmesinde müdahale edecek hükümler öngörmüştür¹⁴¹. Bu nedenle de iş sözleşmesinin kurulması aşamasında iş mevzuatımızda yerini alan kısıtlayıcı müdahalelere aykırı uygulamalar hakkın kötüye kullanımı niteliği oluşturabilecektir. Bu durumda oluşturulmuş güvenin ihlal edilmesi nedeniyle culpa in contrahendo sorumluluğu dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi gerekecektir¹⁴².

Arslan Ertürk’ün ifadesiyle “Hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı bulduğu bütün durumlarda şekil eksikliğine rağmen sözleşme geçerli olarak kabul edilecek ve geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.” bu yönüyle gerek sözleşmenin kuruluş aşamasında işveren ile çalışan arasındaki ilişkinin somutlaştığı ete kemiğe büründüğü iş sözleşmesi şekil eksikliği ileri sürülerek sözleşmeyle bağlı kalınmayacağı ileri sürülemeyecek TMK’nın 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralı yazarın ifadesiyle “şekil eksikliği sebebiyle hükümsüzlüğü düzenleyen kanun hükümlerini sınırlandırmakta ve daha baştan itibaren

¹⁴¹ NARMANLIOĞLU, s. 12

¹⁴² Mustafa KILIÇOĞLU, İş Hukukunda Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanılması Yasağı (Kötüye Kullanma), Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Ankara 2016, s. 721-746

hükümsüzlüğü etkisiz bırakarak şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını sağlamaktadır¹⁴³.”

4.2. Sözleşme Yapma Hakkının Kötüye Kullanılmasına Başlıca Örnekler

Sözleşme yapma hakkının kötüye kullanılmasının başlıca örnekleri muvazaa, kanuna karşı hile ve gabin olarak sayılabilir.

4.2.1. Muvazaa

Tarafların bilerek ve isteyerek üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan bir görünüm yaratarak beyanda bulunmaları muvazaa olarak tanımlanmıştır¹⁴⁴.

Bu tanımla birlikte öğretide “görünürde bir sözleşme”, “danışıklı anlaşma (muvazaa anlaşması)”, “gizli işlem (gizli sözleşme)” ve “aldatma kastı”nın varlığı muvazaalı işlemin unsurlarını olarak sayılmıştır¹⁴⁵.

“Aldatma kastı” ile hazırlanmış “görünürde bir sözleşme”nin varlığı muvazaa olgusundan söz etmek için yeterli olup, “gizli işlem (gizli sözleşme)” ve “danışıklı anlaşma (muvazaa anlaşması)”nın bulunması gerekliliği ispat yükümlülüğü açısından önemlidir; sözleşmenin tarafları muvazaayı sadece yazılı delil ile ortaya koyabilecekken, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilecek muvazaa iddiasının her türlü delil ile ispatlanabilmesi¹⁴⁶ mümkündür.

¹⁴³ ARSLAN ERTÜRK, s. 90

¹⁴⁴ TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU, s. 547; EREN, Genel Hükümler, s. 315; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.279; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 345; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.119

¹⁴⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 316 vd.; ANTALYA, Borçlar Hukuku s.280 vd.;

¹⁴⁶ TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU, s. 563; EREN, Genel Hükümler, s. 328; “...gizli işlemin (gizli sözleşme)” geçerlilik şartına uygun olmadığını ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırı olması

Muvazaa olgusu öğretide bir kısım yazarlar tarafından basit ve nitelikli¹⁴⁷, bir kısım yazarlar tarafından ise mutlak ve nisbi¹⁴⁸ şeklinde ayrıma tabi tutulmuş olup pratikteki sonuçları itibariyle aynıdır. Tarafların herhangi bir hukuki işlem yapmayı düşünmemelerine rağmen, salt üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünüşte işlem yapmış olmalarına “mutlak muvazaa”; görünürdeki işlem arkasında “gizli işlem” yapmış olmaları hali ise “nisbi muvazaa” olarak ifade edilir. Aradaki fark gerçekte bir işlem yapma iradelerinin varlığı veya yokluğu ile ortaya çıkmaktadır.

Kanunda açık düzenlemesi bulunan nisbi muvazaa; görünürdeki işlemin niteliği¹⁴⁹, konusu veya şartlarında¹⁵⁰ değişiklik yapabilmesine göre farklı şekillerde yapılabilir.

Muvazaalı sözleşmelerde, mutlak muvazaada görünürdeki sözleşme başından itibaren geçersizlik yaptırımına tabi olup öğretide bir görüş tarafından bu durumun yokluk hali olduğu¹⁵¹ ileri sürülmekte ise de uygulamada ve öğretideki hâkim görüş, butlan türünde bir geçersizlik halinin söz konusu olduğu, bu nedenle de süreye bağlı

nedeniyle ileri sürülemez” olduğunu belirterek unsurların ayrı ayrı değerlendirmesi gerektiğini vurgulamaktadır. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku, s.290; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s.123

¹⁴⁷**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 345; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku, s.282

¹⁴⁸**EREN**, Genel Hükümler, s. 318; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s.121

¹⁴⁹**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 345; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s.121

¹⁵⁰**ANTALYA**, Borçlar Hukuku, s.283; **EREN**, Genel Hükümler, s. 319

¹⁵¹Son dönemde Alman ve İsviçre öğretisinde hâkim görüş muvazaalı işlemin hiç meydana gelmediğinden ötürü bir yokluk halini ifade ettiği şeklinde olmakla beraber ortada şeklen dahi olsa var olan karşılıklı irade beyanlarının yok hükmünde sayılamayacağı, tarafların arzusuna dayanan geçersizliğin söz konusu olabileceği Oğuzman tarafından belirtilmektedir. Görüş için bkz. **OĞUZMAN/ ÖZ**, s.132

olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, hâkim tarafından resen göz önüne alınacaktır¹⁵².

Nisbi muvazaa durumunda ise öğretideki baskın görüşe göre gizli sözleşme yasanın aradığı koşulları sağlıyorsa (şekle uygunluk) geçerli olabileceği, ancak sağlamıyorsa batıl sayılarak geçersiz kılınacaktır¹⁵³. Ayrıca belirtmek gerekir ki tek taraflı borçlandırıcı hukuki işlemlerde ve resmi makamlara yöneltilen ancak makam veya memurun kurucu işlem niteliğindeki hukuki işlemlerde de muvazaa söz konusu olamaz¹⁵⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*” hükmü ile nisbi muvazaanın düzenlendiği, mutlak muvazaanın ise kanunda düzenlenmediği¹⁵⁵; İŞK.'nın 2. ve 3. maddelerinde muvazaaya yönelik düzenleme yapıldığını görmekteyiz. Söz konusu bu madde düzenlemelerden yola çıkarak Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda da belirtmiş olduğu üzere “asıl işveren-alt işveren ilişkisinin işçilik haklarının kısıtlanması şeklinde kullanılmayacağı¹⁵⁶” ve “iş

¹⁵² KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.121; EREN, Genel Hükümler, s. 321; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.286; Y9HD, 01.06.2017, E. 2016/28591, K. 2017/9467; Y9HD, 01.06.2017, E. 2016/28584, K. 2017/9460 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁵³ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.122; NOMER, s.68-69; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.286

¹⁵⁴ “Öğretide “azın içinde çok da vardır” denilerek nisbi muvazaa düzenlemesini içeren yasa metnin Mutlak Muvazaayı da içerdiği kabul edilmektedir. EREN, Genel Hükümler, s. 329

¹⁵⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 318

¹⁵⁶ “Alt işveren; bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren alanlarda iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımlamalara göre asıl işveren- alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir.” Y9HD, 01.06.2017, E. 2016/28588, K. 2017/9464

güvencesi hükümlerinin uygulanma koşulu olarak kanunda belirtilen işçi sayısının tespiti açısından işyeri tescillerinin bu hükümlerin uygulamasının engellenmesi şeklinde kullanılamayacağı”; işverenin sözleşmenin türü ve içeriği yönünden ve işverenin işyerini kurması, devri¹⁵⁷, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştirmesi, faaliyetine son vermek suretiyle kapatması halinde bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi durumlarında işverenin muvazaasının söz konusu olabilecektir¹⁵⁸.

4.2.2. Kanuna Karşı Hile

Kişilerin ulaşmak istedikleri hukuki veya ekonomik sonucun, hukuk düzenince emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanmış olması halinde, hukuken geçerli ve caiz bir başka işlemle istedikleri amaca ulaşmak için yaptıkları işleme kanuna karşı hile ya da kanunun dolanılması denir¹⁵⁹.

Kanuna karşı hileden (dolanma) söz edilebilmesi için emredici bir hukuk kuralının yasakladığı işlemin meydana getireceği neticeyi elde etmek için elverişli olan ve kanunca izin verilmiş başka bir işlemin yapılmış olması gerekir. Kanuna karşı hilenin tespiti halinde, kanun tarafından yasaklanmış olan işlemin tabi olduğu yaptırımın hileli yani dolanılarak yapılan işleme aynen uygulanması gerekir, bir başka ifade ile dürüstlük

¹⁵⁷ Y7HD, 12.04.2016, E. 2015/39575, K. 2016/7916 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁵⁸ “İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kuralları ile ispat edilebilir. Bundan başka 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanuni karineler olduğu kabul edilmelidir.” Y22HD, 24.01.2017, E. 2017/490, K. 2017/821: (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁵⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU**, s. 547; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 386; **EREN**, Genel Hükümler, s. 336; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku, s.303

kuralı gereği kaçınılan hukuk kuralının hukuki yaptırımını ne ise kanuna karşı hile ile elde edilen sonucun aynısı uygulanmalıdır¹⁶⁰.

İş hukukunda emredici hükümlerle kanunun çalışan için öngördüğü hakları ortadan kaldıracak sonuçları elde etmek gayesiyle; işverenin yeni bir işyeri kurması, işyerini devretmesi, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştirmesi, işyerinin faaliyetine son vermek suretiyle kapatması halinde veya bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi durumlarında; işverenin muvazaalı işleminin olduğu, aynı zamanda kanuna karşı hilenin söz konusu olacağı Yargıtay'ın kararında¹⁶¹ da açıkça belirtilmiştir.

4.2.3. Gabin

Sözleşme serbestisine getirilen kanuni bir sınırlama¹⁶² mahiyetinde olan gabin TBK'nın 28. maddesinde “*Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.*” biçiminde düzenlenmiş, bu hükümlerle edimler arasındaki aşırı orantısızlık sonucu sözleşmenin taraflarından birinin sömürülmesi önlenmek istenmiştir.

¹⁶⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 337; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.303-305; DURAL/ SARI, s.245

¹⁶¹ “...tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme (haklarının alınmasını engelleme), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıta işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudur. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır... ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır. Dosya içeriğine göre davacı davalılar arasında organik bağ olduğu iddiasında bulunmadığı gibi salt sevk irsaliyesi ile davalı ... şirketi adına mal teslim alması organik bağ için yeterli değildir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında davacının, davalılardan...Şirket'inde çalıştığı iddiasını ispatlayamadığı anlaşılmaktadır...” Y9HD, 26.05.2016, E. 2016/16470, K. 2016/12456 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 479

Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflardan biri, diğer tarafın içinde bulunduğu zor durumdan, düşüncesizliği veya deneyimsizliğinden yararlanarak -güçlü olanın zayıfı istismarı şeklinde sonuç doğuracak sözleşmeler kurulmuşsa- gabin ya da TBK'nın yeni ifadesiyle aşırı yararlanma olarak tanımlanmıştır¹⁶³.

Gabinin varlığından söz edebilmek için; objektif¹⁶⁴ ve subjektif¹⁶⁵ unsurların gerçekleşmesinin yanında, sözleşmenin güçlü tarafının zayıf olan tarafı sömürme kastı¹⁶⁶ ile hareket etmesi de gerekir. Darda kalma haline duçar olan kişinin ekonomik veya kişisel bir şekilde darda kalması söz konusu olabilecektir. Bu darda kalma halini yaşayan tüzel veya gerçek kişi olabileceği gibi, bu duruma kusuruyla sebebiyet vermiş olmasının bir önemi de bulunmamaktadır¹⁶⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrasında, “Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.” düzenlemesi ile sözleşmenin yapıldığı tarihten başlamak üzere bir yıl içerisinde taraflar sözleşmenin iptalini isteyebilecektir ve bu iptal istemi, tek taraflı muhatabına yöneltilecek bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁶⁸. Ancak, bunun zarar gören tarafından mutlaka ileri sürülmesi gerekmekte olup, hâkimin re'sen

¹⁶³TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU, s. 619; EREN, Genel Hükümler, s. 377; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 478; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.345; DURAL/ SARI, s.226-227

¹⁶⁴ “Sözleşmenin taraflarının edimlerinde birinin diğerine oranla açık orantısızlık olduğunun objektif olarak görülmesidir” EREN, Genel Hükümler, s. 378

¹⁶⁵ “Zarar gören tarafın diğer tarafa oranla zor durum, düşünce veya deneyim yönünden daha zayıf olması hali olarak tanımlanmaktadır.” ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.348

¹⁶⁶ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.350

¹⁶⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 380

¹⁶⁸ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.353; Gaye BAYCIK, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s.80; Vedat BUZ, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 191

göz önüne alması söz konusu değildir. Sözleşme, başından itibaren geçersiz kılınabileceği gibi sözleşmenin uyarlanması veya TBK'nın 34. maddesinin kıyasen uygulanması istenerek sözleşmeye devam etmek yönünde talepte de bulunulabilecektir¹⁶⁹.

İş Hukukunun sosyal koruma amaçlı temel ilkelerinden birini oluşturan ve zayıf tarafın (işçinin) güçlü olan karşısında (işveren) korunması amacına yönelik özel emredici hükümler içermesi yanında gabin, sözleşmenin zayıf tarafının korunması amacına hizmet eden genel nitelikli bir düzenlemedir. Nitekim Yargıtay bir kararında bu durumu “... *Özel hukukta, zayıf durumdaki kişileri koruyan hükümlerin başında, bir yandan kişilik haklarına (TMK. m.23) ve ahlaka (BK. m. 20/I) aykırılık butlanını düzenleyen hükümler, öbür yandan da gabin (BK. m.21) hükmü yer alır...* “şeklinde ifade etmiştir¹⁷⁰.

Ülkemizde her ne kadar kırk yıl öncesine oranla okur yazarlık oranı pozitif yönde değişmiş ve çalışan kesimin ekonomik ve sosyal yönden zamanın teknolojik imkanlarından faydalanma oranları artmış olsa da somut olarak sözleşmenin bir tarafı olan çalışan, edimleri bakımından aşırı orantısızlık içinde ifaya zorlanması karşısında gabin hükümlerinden faydalanarak sözleşmenin feshi yoluna gidilebilecektir.

Kaldı ki, iş sözleşmesinin feshinin derhal veya bildirimli olduğuna bakılmaksızın bildirim öneline uyulmayarak çalışanın iş sözleşmesinin feshi halinde, ihbar tazminatı talep hakkı bulunmakla birlikte; şartları ve unsurlarının mevcut olması halinde bildirim öneline uyulmaksızın gabin sebebiyle iş sözleşmesinin çalışan tarafından feshi de mümkün olacaktır. Ayrıca, çalışanın iş görme edimi ile işverenin edimleri arasında sayılan ücret yükümlülüğü hususunda aşırı orantısızlığın bulunması halinde, çalışan gabin hükümlerine dayanarak sözleşmenin uyarlanmasını talep

¹⁶⁹ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.351; EREN, Genel Hükümler, s. 381-382

¹⁷⁰ Y21HD, 19.04.2016, E. 2015/13528, K. 2016/6953 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

edebileceği gibi sözleşmenin feshini de öğrenmesi veya zor durumun ortadan kalkmasıyla birlikte, bu tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde ve halükârda sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren beş yıllık hak düşürücü süre içinde olmak üzere isteyebilecektir¹⁷¹.

5. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Sözleşmeler ile tek taraflı veya karşılıklı edimler üstlenen sözleşmenin tarafları, borçlarını ifa etmekle borçtan kurtulabilirler. Ancak, borcun sona ermesi borç ilişkisinin (sözleşme ilişkisinin) sona ermesi anlamına gelmez. Sözleşmenin sona ermesi tipik özellikler taşır; bu nedenledir ki her sözleşmesel ilişkisinin sona ermesinin türüne ve niteliğine göre ayrıca ele alınıp değerlendirilmesi gerekir¹⁷². Bu anlamda, iki tarafa borç yükleyen ve sürekli edimlerin söz konusu olduğu iş sözleşmelerinin, istikrar unsuru barındırması nedeniyle tercih nedeni oluşturması ve bu unsurun da kişisel özgürlükleri kısıtlayarak sonsuza kadar tarafların sözleşmeyle bağlı olması sonucunu doğuracak olması karşısında sona ermesinin ayrı bir şekilde ele alınması gerekmektedir¹⁷³.

İş sözleşmelerinin genel sona erme nedenleri TBK'nın özel hükümler başlığı altında md.430-443'de düzenlenmiş olup, bunun yanında İşK. md.17, 24-26'daki özel düzenlemeyle de ele alındığından¹⁷⁴ iş sözleşmelerinin sona ermesi bu düzenlemeler esas alınarak incelenecektir. Buna göre iş sözleşmeleri; sürenin dolması, ölüm, tarafların anlaşması (ikale), ve fesih ile sona erer. Belirtmek gerekir ki mücbir sebep iş sözleşmesinin sona ermesi için kendiliğinden bir neden olarak kabul edilmemekte; geçici ifa imkansızlığı söz konusu ise sözleşmenin askıda olma hali ve sürekli bir ifa

¹⁷¹ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.356

¹⁷² OĞUZMAN/ ÖZ, s.539

¹⁷³ F. SAVAŞ, Fesih, s. 19

¹⁷⁴ NARMANLIOĞLU, s.333; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.192

imkansızlığı söz konusu ise işveren tarafından fesih sebebi olarak değerlendirilebilecektir¹⁷⁵.

5.1.Sürenin Dolması

Öncelikle İşK.’nın 11. maddesinde¹⁷⁶ sözleşmelerin belirli ve belirsiz süreli olarak, süresi belirli iş sözleşmelerinin yapılabilmesi için ise “*Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak*” yapılabileceği ve “*esaslı neden*” bulunmaması halinde zincirleme olarak (birden fazla üst üste) yapılamayacağı, yapılmış olması halinde ise sözleşmenin başından itibaren süresi belirsiz iş sözleşmesi olarak kabul edileceği belirtilmiştir¹⁷⁷. İş sözleşmesi kural olarak belirsiz süreli nitelikte¹⁷⁸ olup istisnai olarak belirli süreli yapılabilir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 393/1 madde fıkrasında ise “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” ifadesiyle iş sözleşmesinin belirli bir süreyle sınırlı olarak yapılabileceği belirtilmiştir. Yine TBK’nın 430/madde 1. fıkrasında, “*Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin*

¹⁷⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.793

¹⁷⁶ İşK. 11. madde düzenlemesi: “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar.” şeklindedir.

¹⁷⁷ NARMANLIOĞLU, s. 343; Ali GÜZEL/Ercüment ÖZKARACA/ Deniz UGAN, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve yenilenme Koşulları”, Sarper SÜZEK’ e Armağan, İstanbul 2011, Cilt I, s. 475-566

¹⁷⁸ Ünal ERTABAK, İş Güvencesinin Kapsamı, Geçerli/Geçersiz Fesih Sebepleri ve Fesih Usulü, Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları, 2. Tıpkı Basım, İstanbul 2012, s. 30

bitiminde kendiliğinden sona erer.” şeklinde düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemeyle de sürenin sona ermesiyle sözleşmenin de sona ereceği hükme bağlanmıştır. Ancak, sözleşmenin sona ermesi TBK'nın bu düzenlemesi gereği bildirim koşuluna bağlanabilir, zira anılan maddenin son fıkrasında sözleşmenin fesih bildirim ile sona ereceği kararlaştırılmışsa ve taraflar fesih bildiriminde bulunmamışsa sözleşme sona ermeyip belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşecektir¹⁷⁹; fakat belirtmek gerekir ki İşK.' ya tabi iş sözleşmeleri bakımından bu düzenleme geçerli değildir. Zira belirli süreli iş sözleşmelerinin sonlandırılmasında ihbar öneli İşK.' da düzenlenmemiş, bu sözleşmelerin devamı ancak esaslı bir nedenin bulunması durumuna bağlanmıştır¹⁸⁰. İşK.'nin 11. maddesi 2. fıkrasında *“Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.”* belirtildiği gibi belirli süreli iş sözleşmesinin süresi dolunca yenilenmesi halinde belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edileceği¹⁸¹ öngörülmüştür.

5.2 Ölüm

5.2.1.Çalışanın Ölümü

Çalışan iş sözleşmesiyle işveren ile kurmuş olduğu ilişki şahsi ve münhasıran bağlılık içeren bir ilişki olması nedeniyle çalışanın ölümü ile iş sözleşmesi sona erecektir¹⁸².

¹⁷⁹ SÜZEK, 2018, s.529; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 414

¹⁸⁰ TUNÇOMAĞ / CENTEL, S.194; SÜZEK, 2018, s.528-529; Bkz. İş Kanunu 11. Madde 2. Fıkrası

¹⁸¹ NARMANLIOĞLU, s. 343; GÜZEL/ ÖZKARACA/ UGAN, “Karşılaştırmalı Hukukta Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Sarper SÜZEK’ e Armağan, İstanbul 2011, Cilt I, s. 552

¹⁸² SÜZEK, 2018, s.530; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL,2014, s. 402; NARMANLIOĞLU, s. 334; Ercan AKYİĞİT, “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları (Ölüm ve İş İlişkisi)”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2011, S.22, s. 32- 45; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.68

Nitekim, TBK 440. maddesinde bu durum “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer” hükmüyle ifade edilmiştir. *Tunçomağ/Centel*, bu hükmün tamamlayıcı bir hüküm olduğunu belirterek, iş ilişkisinin çalışanın ölümü sonrasında bir yakını ile sürdürülebileceğinin kararlaştırılabileceğini belirtmekte¹⁸³ ise de sözleşmenin yapıldığı sırada işçinin kendi ölümünü düşünerek sonrasına dair bir düzenleme hükmü koyması veya işverenin yine sözleşmenin yapıldığı sırada işçinin ölümü halinde işçinin bir yakınının aynı işi veya benzer bir işi yapacağı konusunda işçiyle müzakere etmesi pratik ve uygulanabilir olmadığı gibi iş sözleşmelerinin köleliğe karşı insan onurunu korumak adına getirilmiş olması karşısında, söz konusu durum İş Hukuku’nun ruhuna aykırı olacağından aynı fikre katılmamız mümkün değildir. Öğretide çoğunluk görüş iş sözleşmesinin çalışanın ölümüyle birlikte tereddütsüz ve kendiliğinden sona ereceği yönündedir¹⁸⁴. Bu durum iş sözleşmesinin *intuitu personae* niteliğinin yani çalışanın kişiliğinin ön planda olmasının bir sonucudur¹⁸⁵.

5.2.2. İşverenin Ölümü

İşverenin ölümü halinde iş sözleşmesi genel kural olarak sona ermez. TBK md.441/1’e göre: “*İşverenin ölümü halinde, yerini mirasçıları alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.*” Bu düzenlemeye göre İşK. 6. maddesinde düzenlenmiş olan işyerinin devrine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır.

Ancak TBK md. 441/2’deki “*Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer*” düzenlemesiyle, sözleşmenin kurulduğu anda “ağırlıklı olarak işverenin kişiliği” nin

¹⁸³TUNÇOMAĞ / CENTEL, s.195

¹⁸⁴SÜZEK, 2018, s.530; AKTAY/ARICI/ SENYEN-KAPLAN, s.147; AKYİĞİT, Ölüm ve İş İlişkisi, s. 34; F. SAVAŞ, Fesih, s. 23

¹⁸⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s. 402; BAYCIK, s. 96

dikkate alınması suretiyle taraflar sözleşme kurmuş iseler bu durumda işverenin ölümü halinde iş sözleşmesi sona erecektir¹⁸⁶. Nitekim çalışanın, işverenin kişiliğine önem atfettiği, tanınmış ve ünlü birinin şahsi işlerini görmek veya şoförlüğünü yapmak üzere çalıştığı işyerinde işverenin ölmesi halinde iş sözleşmesi sona erecektir; ancak, dünyaca ünlü bir mağazalar zincirine bağlı mağazalardan birinde kasiyer olarak çalışan birisi için ünlü markanın kurucusunun vefat etmesi durumunda işverenin ölümüyle iş sözleşmesinin sona ereceğini söylemek mümkün olmayacaktır.

Öğretide işverenin ölümü halinde ve kıyasen uygulanacak olması nedeniyle işyerinin devri halinde işverenin değişmesi karşısında bazı hukuk sistemlerinde¹⁸⁷ olduğu gibi çalışana itiraz hakkının verilmesi ve sözleşmeyi sona erdirebilme hakkının bulunması gerektiği belirtilmiş olmakla birlikte, işverenin ölümü veya işyerinin devri çalışana haklı nedenle fesih hakkı vermemekte¹⁸⁸, istisnai durumlarda özellikle nitelikli çalışanlar bakımından işverenin ekonomik gücü, itibarı, çalışma politikası, iş güvencesi kapsamı dışında kalması gibi iş sözleşmesinin devamının çalışandan beklenemeyecek durumların varlığı halinde haklı fesih hakkının varlığından bahsedilebileceği ileri sürülmüştür¹⁸⁹.

5.3. Tarafların Anlaşması (İkale)

İkale sözleşmesi, tarafların aralarında anlaşarak belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesini belirli bir tarihte sonlandırmayı yani sözleşmeyi ortadan kaldırmayı

¹⁸⁶ NARMANLIOĞLU, s. 335; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.402

¹⁸⁷ Alman Hukukunda çalışana itiraz hakkı verilmiş olmakla birlikte bu itiraz sonucu iş ilişkisi devreden işverenle devamı şeklinde sonuç doğurmakla birlikte, yapılan itirazın hakkın kötüye kullanımı niteliğinde bulunması halinde sözleşmenin çalışan tarafından feshi olarak değerlendirildiği; İngiliz Hukukunda ise yapılan itirazın çalışan tarafından sözleşmenin feshi niteliğinde olduğu ve tazminat hakları bulunmaksızın sözleşmenin sona ereceği kabul edilmektedir. Ayrıntı için Bkz. **Gülsevil ALPAGUT**, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı (İşyeri devri), İstanbul 2010, s.187-195

¹⁸⁸ AKYİĞİT, Ölüm ve İş İlişkisi, s. 36; ALPAGUT, İşyerinin Devri, s.24-27; F. SAVAŞ, Fesih, s. 23

¹⁸⁹ AKYİĞİT, Ölüm ve İş İlişkisi, s. 40-44

kararlaştırdıkları sözleşmedir¹⁹⁰. İ kale sözleşmesi; yapılması, şekli, içeriği ve geçerliliği TBK genel hükümlerine bağlı bir sözleşme¹⁹¹ olup; TBK'nın 13. maddesi 1.fıkrasında “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörölen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekilde uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*” ve 2. fıkrasında “*Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.*” hükmü gereğince taraflar daha önce yapmış oldukları sözleşmeyi her zaman için sona erdiren bir sözleşme yapabileceklerdir. Ancak iş sözleşmesinin taraflarından olan çalışanın işveren karşısındaki zayıf konumu, ikale yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesine müdahaleyi, eşit pazarlık gücünde olmamaları nedeniyle zorunlu kılar¹⁹².

Öğretinin fikir birliğinde olduğu ve *Astarlı*'nın Hukuk Genel Kurul Karar incelemesinde¹⁹³ de belirtmiş olduğu üzere tarafların iradelerinin fesih konusunda birleşmesi fesih niteliğinde olmadığından feshe bağlı olarak ortaya çıkması beklenen haklar ortaya çıkmayacak olup¹⁹⁴, “makul yarar” ilkesi gereğince çalışanın

¹⁹⁰ **Muhittin ASTARLI**, İş Hukukunda İ kale (Bozma Sözleşmesi), 2. Bası, Ankara 2016, s. 29; **NARMANLIOĞLU**, s. 336; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 146; **Muhittin ASTARLI**, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı (Kıdem Tazminatı), Legal İHSGHD Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017, s. 211; **Savaş TAŞKENT**, İş Sözleşmesinin İ kale Yolu İle Sona Erdirilmesi, Kamu- İş Sendikası Dergisi, C.11, S.4, s.1 (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1141.pdf>)

¹⁹¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.784; **NARMANLIOĞLU**, s. 236

¹⁹² **Mahmut KABAKÇI**, “Sözleşme Özgürlüğü ve İ kale”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2012-, S. 25, s. 121-135

¹⁹³ **ASTARLI**, Kıdem Tazminatı, s. 211- 227

¹⁹⁴ **SÜZEK**, 2018, s.525; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT**, s. 418; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s. 170; **NARMANLIOĞLU**, s. 336-337; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.784; **SENYEN-KAPLAN**, s. 230; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 146; **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 23; “Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez.” Y9HD, 11.05.2016, E. 2015/31182, K. 2016/11766 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

tazminatlarının ödenmesi gerekecektir¹⁹⁵. Özellikle ikale sözleşmesinin kurulmasına yönelik icabın kimden geldiği¹⁹⁶ şayet işverenden gelmiş ise çalışan aleyhinde işlem tesis edilip edilmediğinin, irade fesadının¹⁹⁷ söz konusu olup olmadığı¹⁹⁸ ve makul yarar ölçütüne uyulup uyulmadığının incelenmesi¹⁹⁹; kurulmuş sayılmış olması bakımından tarafların sözleşmenin objektif esaslı noktalarında²⁰⁰ anlaşmış olmaları²⁰¹,

¹⁹⁵ SÜZEK, 2018, s.527; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.786; KESER, Bildirimli Fesih, s. 9146-147; “İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadağı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin bertaraf edilmesi şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında, tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığına da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusundaki icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır.” Y9HD, 21.4.2008, E. 2007/31287, K. 2008/9600 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁹⁶ ASTARLI, (Bozma Sözleşmesi), s.126-136

¹⁹⁷ Ayrıntı için bkz.ASTARLI, (Bozma Sözleşmesi), s.163-208

¹⁹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.785-786; KESER, Bildirimli Fesih, s. 149; Yargıtay kararında ikale sözleşmesinin kurulması aşamasında işveren tarafından baskı yapılmış olmasını, çalışanın ikalenin hukuki anlamını ve neticelerini bilemeyecek olması karşısında irade fesadı söz konusu olacağını ve bu durumun ise kanuna aykırılık oluşturduğunu belirterek ikaleyi iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak kabul etmiştir. “İrade fesadı halleri açıkça kanuna aykırılık teşkil eder. İş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sonlanması durumunda icap işverenden gelmiş ise işçinin kıdem ve ihbar tazminatı dışında ayrıca bir makul yararının olması gerekir. Aksi halde işçinin fesih iradesinin olmadığı, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği kabul edilmelidir.” Y9HD, 08.11.2017, E. 2017/19841, K. 2017/17723 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁹⁹ KABAĞCI, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, s. 123

²⁰⁰ “Hizmet sözleşmesinden doğan karşılıklı edimleri sona erdirecek, yeni (bozma sözleşmesi) sözleşmenin asgari içeriğini oluşturan, aynı zamanda yapılacak olan sözleşmenin tipikliğini ortaya koyan özellik ve niteliğini belirleyen esaslı noktalara objektif esaslı nokta denir.” ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.234

²⁰¹ “...davacı işçiye 27.03.2014 tarihinde imzalatılan sulh protokolü, ibra ve feragatname başlıklı belgede icabın kimden geldiği belirtilmemiş ve yıllık izin alacağı ile fazla çalışma alacağı ve kıdem ile ihbar tazminatı karşılığı toplam 18.849,39 TL'nin işveren tarafından ödeneceği düzenlenmiştir. Ancak bu belge, davacı tarafından “yasal haklarını saklı kalmak kaydı ile” şeklindeki itirazı kayıtlı imzalanmıştır. Dolayısıyla belgenin davacının özgür iradesi ile imzalandığı söylenemez. O halde tarafların sulh olduğu veya iş sözleşmesini ikale (bozma) sözleşmesi ile sonlandırdıkları ileri sürülemez.” Y7HD, 15.02.2016, E. 2015/37060, K.2016/3140 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

objektif esaslı nokta niteliğinde olmayan ikinci derecedeki nokta olarak değerlendirilen noktalardan biri, taraflardan biri adına diğer tarafça bilinebilir şekilde sözleşmenin zorunlu şartı (conditio sine qua non) niteliğine dönüştürülmüş ise bu noktalarda anlaşma sağlanması, anlaşma sağlanmadığı takdirde sözleşmenin kurulmamış sayılacağı; ayrıca, kıdem, yıllık ücretli izin vb. haklarla birlikte ikalenin subjektif esaslı noktası²⁰² olarak sayılan ihbar tazminatı yanında “ek bir ödemede bulunmuş olması”, menfaatler dengesinin gözetilmiş olması ve nihayetinde çalışanın yeni bir iş bulup bulmamış olmasının araştırılması gerektiği, İşK. kapsamına giren işçiler bakımından bu düzenlemenin uygulanmasında özellikle iş güvencesi hükümlerini dolanarak işlem yapılmasının önlenmesi gerektiği Yargıtay kararlarında²⁰³ ve Öğretide²⁰⁴

²⁰² “Sözleşmenin esaslı noktaları dışındaki taraflarca düzenlenmemiş ancak kanun tarafından düzenlenmiş olan tamamlayıcı doğal noktalar ile tarafların doğal noktalara ilaveten ve farklı olarak, ondan ayrılarak sözleşmesel arızı noktalardan oluşan ikincil nitelikte olduğu kabul edilen noktalara subjektif esaslı nokta denir.” ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.235-237

²⁰³ “...İşçi ve işveren iradelerinin iş sözleşmesinin feshi konusunda birleşmesi, bir tarafın feshi niteliğinde değildir. İş Kanunu’nda bu sona erme türü yer almasa da taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren açıklamasının ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur. Ancak burada tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırılmış olması, işverenden geldiğinde işçinin makul yararının olması, işçinin iradesinin fesada uğratılmaması gerekir. Keza işçinin ihtirazı kayıt koyması halinde bunun bozma sözleşmesi olduğundan söz edilemez. Zira böyle bir sözleşmede karşılıklı anlaşma vardır. Somut uyuşmazlıkta, davacının, ikale sözleşmesine açıkça yasal haklarını saklı tutarak ihtirazı kayıt koyduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda tarafların karşılıklı anlaşmasından söz edilemeyeceği ortadadır” Y9HD, 11.04.2017, E. 2016/10434, K. 2017/6278 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>); “Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesi mümkündür. Sözleşmenin, doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak adlandırılır. İş Kanunu’nda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama (icap), ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur. Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshi tahvil edilemez. Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, iş hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi, genel hükümlerin yanı sıra iş hukukundaki “işçi yararına yorum” ilkesi de göz önünde bulundurulacaktır. Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin, bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez. İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce

vurgulanmıştır. Öğretide bir görüş ikale yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinde ihbar tazminatının söz konusu olmayacağını ileri sürerken²⁰⁵ bir başka görüşe göre ise makul yarardan bahsedilebilmesi için yasal tazminatları oluşturan kıdem, ihbar gibi tazminatlarının yanı sıra en az dört ay en fazla sekiz ay ücretten oluşan iş güvencesi

bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadağı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin bertaraf edilmesi şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında, tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusundaki icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır.” Y9HD, 21.4.2008, E.2007/31287, K.2008/9600, (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>); “Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da yararlanamayacaktır. Yine 4447 sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, iş hukukunda hâkim olan ibranemenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşa geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir. Bozma sözleşmesinde kıdem tazminatının ödenmesi kararlaştırıldığı takdirde, kıdem tazminatı 1475 sayılı Yasanın 14'üncü maddesine göre hesaplanmalı ve anılan maddedeki kıdem tazminatı tavanı gözetilmelidir. Belirtmek gerekir ki, sözü edilen Yasada düzenlenen kıdem tazminatı tavanı mutlak emredici niteliktedir. Somut uyuşmazlıkta; davacı tazminatlarının yanında 2 aylık brüt maaşı da ödenerek iş akdinin sonlandırıldığını ancak feshin geçersiz nedene dayandığını iddia etmiş ve işe iadesini talep etmiştir. Davalı işveren ise, iş akdinin karşılıklı anlaşma yoluyla, başka bir deyişle ikale yoluyla sona erdirildiğini, davacının makul yararının karşılandığını savunmuştur. Ancak ikale yapılması konusundaki teklif işverenden geldiğinden kanuni yükümlülüklerin yanında sadece 2 aylık brüt maaşının ödeneceği belirtilen ikale sözleşmesinin işveren feshinden farklı bir yönü olmayacaktır. Bu nedenle davacının iş güvencesinden yararlanmayı bertaraf edecek nitelikte olan bozma sözleşmesi yapması için makul yararının karşılanması gerekir. Davacı kıdemli bir işçi olup, iş akdini bu şekilde karşılıklı sözleşme ile feshetmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. İcap işverenden geldiğine göre 2 aylık brüt ücretin makul yarar olarak değerlendirilmesi hatalıdır. İşveren yazılı bir fesih bildirgesi ile fesih sebebi de bildirmemiştir. İkale ve işverence yapılan fesih geçersizdir. Davacıyla imzalanan bozma sözleşmesinde fesih nedeniyle yapılan yasal ödemeler haricinde ek menfaat olarak sadece 2 aylık brüt maaşın ödendiği görüldüğünden, davacının iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma yoluyla sonlandırıldığını kabul etmeye imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.” Y9HD, 24.11.2016.; E.2016/36446, K. 2016/20708: (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁰⁴ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.788; **SÜZEK**, 2018, s.526; **NARMANLIOĞLU**, s. 338; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 151; **KABAKÇI**, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, s. 123;

²⁰⁵ **Hakan KESER**, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep (Bildirimli Fesih), 3. Baskı, Ankara 2016, s. 35; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s.359

tazminatının alt sınırını oluşturan dört aylık ücretin ödenmesi gerektiği belirtilmiştir²⁰⁶. Ancak Yargıtay bir alt ya da üst sınır belirlemeyerek ihbar ve kıdem tazminatına ek olarak bir veya iki aylık ücret tutarını makul yarar kıstası için yeterli görmektedir²⁰⁷.

5.4. Fesih

Sözleşmenin taraflarından birinin, sona erdirme iradesiyle beyanda bulunarak tek taraflı biçimde ileriye doğru sözleşmeyi sonlandırılmasına fesih denir²⁰⁸. Taraflardan birinin sözleşmeyi fesih iradesiyle sonlandırılması bazı sözleşme tiplerinde geniş ve kapsamlı olarak tanınmışken, örneğin borca aykırılık veya borç ihlaline dayanmaksızın da fesih imkânı verilmişken; iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından ise sözleşmenin feshi sınırlandırılarak temerrüt hükümlerine bağlı olarak fesih imkânı tanınmıştır.

İş sözleşmesinin taraf iradeleriyle sonlandırılması, bir başka ifadeyle fesih hakkı kullanılarak sonlandırılması, salt taraf iradelerine terk edilmiş olması²⁰⁹ nedeniyle diğer sözleşmelerin sona erdirilmesine kıyasla geniş ölçüde sınırlandırılmıştır. Çünkü iş sözleşmesinin taraflarından olan işçinin işinden olması, sözleşme ilişkisini aşan, sosyal nitelikte çok ciddi sonuçlar doğuracak bir durumdur²¹⁰. Bu yönüyle iş sözleşmesinin

²⁰⁶ **ASTARLI**, (Bozma Sözleşmesi), s.215-229

²⁰⁷Y9HD, 13.04.2011, E.2009/49584, K.2011/11186, Bkz. **KABAKÇI**, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, s. 123

²⁰⁸**SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s. 115; **SÜZEK**, 2018, s. 531; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s. 418; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.793; **NARMANLIOĞLU**, s. 349; **Mustafa KILIÇOĞLU/Kemal ŞENOCAK**, İş Güvencesi Hukuku (İş Güvencesi), İstanbul 2007, s.18; **Durmuş ÖZCAN**, Öğreti ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi (Sözleşmenin Feshi), Ankara 2011, s.5; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.58; **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 24; **Ulaş BAYSAL**, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep ile İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s. 6

²⁰⁹ **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s. 115-116

²¹⁰**M. Kemal OĞUZMAN**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 1

feshi, sanayileşmesinin başlamasıyla birlikte ortaya çıkan işçi-işveren kavramlarının ve bunların birbirleriyle olan ilişkisinin düzenlenmesi, bu ilişkisinin sonlandırılması hukuk sistemlerinde önemli bir yer tutmuştur.

İş sözleşmesini sona erdiren en önemli sebebin fesih olduğunu²¹¹ söylemek yanlış olmayacaktır. Bu anlamda fesih, sözleşmenin taraflarınca ayrı ayrı ve birbirinden bağımsız olarak kullanılabilen ve karşı tarafa (muhataba) ulaştırılması gereken, ulaştığı anda ise geri dönülmesi mümkün olmayan ve taraflara sözleşmeyi sonlandırma imkânı tanıyan tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir haktır²¹². Sözleşmeyi fesih iradesiyle sona erdirme hakkı, sözleşmenin taraflarından hem işçi ve hem de işverene tanınmış bir haktır²¹³.

Fesih; fesih iradesinin kaynağının iş sözleşmesinin taraflarını oluşturan çalışan veya işveren olmasına, haklı veya haksız olmasına, geçerli veya geçersiz olmasına ve son olarak bildirimli veya derhal olmasına göre tasnif edilebilir²¹⁴. Ancak iş sözleşmesinin feshi, haklı nedenle derhal (olağanüstü) veya süreli (bildirim öneli verilerek, olağan) fesih şeklinde de gerçekleşmiş olsa bir tarafın fesih iradesini ortaya koymasıyla gerçekleştiği için fesih kavramı içerisinde hüküm ve sonuçlara tabi olacaktır²¹⁵.

²¹¹“Fesih irade beyanıyla ortaya konulması nedeniyle diğer fesih şekillerinden bu yönüyle ayrılır” **OĞUZMAN**, s. 33; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.148; **SENYEN-KAPLAN**, s. 231

²¹²**SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s. 115; **SÜZEK**, 2018, s.531; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.793; **NARMANLIOĞLU**, s. 350; **BAYCIK**, s. 55 vd.; “Fesih, tek taraflı bir irade beyanı olup karşı tarafın kabulüne bağlı sonuç doğurmayacağı gibi, reddetmesinin de sonuç doğurması açısından bir etkisi söz konusu değildir.” **AKTAY/ARICI/ SENYEN-KAPLAN**, s.149; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, İş Güvencesi), s.19; **BAYSAL**, s. 6; **ÖZCAN**, İş Güvencesi, s. 8; **BUZ**, s. 330

²¹³**ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 418-419; **NARMANLIOĞLU**, s. 349, **SÜZEK** 1976, s.13; **SENYEN-KAPLAN**, s. 231; **Tankut CENTEL**, İş Güvencesi, İstanbul 2013, s.11

²¹⁴**SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s. 115-116 **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 418; **NARMANLIOĞLU**, s. 349

²¹⁵**SÜZEK**, 2018, s.531; **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s. 115; **OĞUZMAN**, s. 32; **BUZ**, s.330

Çalışmamızda iş sözleşmesinin feshi, işveren tarafından yapılan fesihler ile sınırlandırılarak ve ayrıca işveren tarafından yapılan fesihlerin de hakkın kötüye kullanımını oluşturacak nitelikte ve şekilde gerçekleştirilmesini spesifik biçimde ele almak suretiyle irdelenecektir.



İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHİ

1. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI

İşverenin iş sözleşmesini fesih hakkı, fesih başlığı altında yapılan açıklamalarda belirtilmiş olduğu üzere derhal fesih ve süreli fesih olmak üzere iki farklı şekilde mümkündür. Bir başka ifade ile işverenin fesih hakkı, haklı nedenle derhal fesih olabileceği gibi bildirimli(süreli) fesih şeklinde de olabilir. Nitekim işverenin fesih hakkı, İşK.'nın 25. maddesinde düzenlenen haklı nedenle derhal fesih hakkı ve yine aynı kanununun 17-21. maddelerinde düzenlenen geçerli nedenle(bildirimli) fesih hakkı olarak ikiye ayrılmaktadır.

Her ne kadar “bildirimli fesih” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecek olsa da şimdiden belirtmek gerekir ki, bildirimli (süreli) fesih sadece süresi belirli olmayan yani belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusu olabilmektedir¹.

1.1.İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı

Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin sona ermesi genel başlığı altında düzenlenmiş olan 430. maddesi² belirli süreli iş sözleşmelerinin, 431. maddesi³ ise belirsiz süreli iş sözleşmelerin fesih sürelerine bağlı olarak yapılabileceğini hüküm altına almıştır. Yine İş Kanunu'nun 17, 18, 19, 20, 21 ve 29. maddelerindeki

¹ OĞUZMAN, s. 33; SÜZEK, 2018, s.533; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.894; NARMANLIOĞLU, s. 353

² TBK 430. madde: “Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer.”

³ TBK 431. madde: “Taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır.”

düzenlemeler ile sözleşmelerin sona erdirilmesinde derhal veya bildirimli feshe ilişkin düzenlemeler öngörülmuş, bu fesih haklarının kullanılmasında, bir başka ifade ile tarafların sözleşmeyi bildirim öneli verilerek veya derhal sona erdirme hakkını kullanabilmesi, hem hukuki (geçerli veya haklı) bir sebebin hem de süre şartının varlığına bağlanmıştır.

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun⁴ 5, 6, 7 ve 8. maddelerinde; 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun⁵ ise 16,17 ve 18. maddelerinde süreli fesih hakkı düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere 4773 sayılı Kanunu'nun⁶ 12. maddesi ile Basın İş Kanunu'nun 6. maddesine ekleme yapılmak suretiyle İşK.'daki 17, 18, 19, 20, 21 ve 29. madde düzenlemelerinin kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde ise haklı nedenle fesih, "*Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.*" biçiminde düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmeyi fesheden taraf için dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek bütün durum ve koşulların haklı sebep sayılacağı belirtilmiştir. Hizmet ilişkisini sürdürmenin dürüstlük kurallarına göre mümkün olup olmadığı her somut olaya göre değerlendirilecektir.

İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı ise emredici bir hüküm olması nedeniyle bu haktan feragat edildiğine dair düzenlemeye sözleşmede yer verilemez, taraflarca kanunda belirtilmiş haklı sebeplerin

⁴ RG. 20.06.1952, 8140.

⁵ RG. 29.04.1967, 12586.

⁶ RG. 15.08.2002, 24847.

⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.898

aksine düzenleme yapılamaz⁸; “Sağlık sebepleri”, “Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” ile “Zorlayıcı sebepler” ana başlıkları altında düzenlenmiş olan haklı sebebin ortaya çıkmasından sonra kanunda belirtilen⁹ makul bir sürede kullanılması gerekir. Ayrıca, haklı sebeple fesih hakkının sahibi tarafından bu nedenlere dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı makul süre içerisinde kullanılmayarak bu haktan feragat edilmesi mümkündür. Ancak, haklı fesih hakkı ortadan kaldırılamayacağı gibi peşinen feragat kişilik haklarının sınırlandırılması anlamına geldiğinden geçersizdir¹⁰.

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrasında¹¹ gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmali içeren davranışta bulunması halinde işverenin haklı fesih hakkı; 4. fıkrasında¹² ise işverene haklı fesih yetkisi vermeyen nedenler; 12. maddesinde¹³ gazetecinin hastalık halinin işverene fesih hakkı vermesi ve 17.

⁸ OĞUZMAN, s. 38; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.794

⁹ İşK.'nin 24 ve 25. maddelerinde belirtilen “Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller” başlığı altında düzenleme bulan sebeplere ilişkin fesih yönünden süre hususu İşK.'nin 26. Maddesi nazarında ilerleyen bölümlerde ayrıca ele alınmıştır.

¹⁰ SÜZEK, 2018, s.741; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.810

¹¹ 5187 sayılı Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrası “Vazifesinin ifası ile ilgili hususlarda gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmali neticesi olarak mevketenin itibar veya şöhretine hanel verecek fiil ve harekette bulunması hali işverene ihbar mühletini beklemeden iş akdini derhal feshetmek hakkını veren ağır sebeplerden sayılır.” şeklindedir.

¹² Basın İşK.'nin 11. maddesinin 4. fıkrası “Gazetecinin, şeref ve şöhretine hanel verebilecek mahiyette bir fiil ve harekette bulunması için işveren tarafından vaki isteği yerine getirmemesi hali işverene ihbar mühletini beklemezsizin iş akdini feshetmek hakkını vermez.” şeklindedir.

¹³ Basın İşK.'nin 12. maddesi “Gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş akdi işveren tarafından feshedilemez. Ancak, bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilerek suretiyle akdin feshi cihetine gidilebilir. Bu maddenin birinci fıkrasında yazılı haller dolayısıyla vazife göremeyecek duruma düşüp de işveren tarafından işinden çıkarılan gazeteci, azami bir yıl içinde iyileştiği takdirde tekrar eski işine tercihan alınır.” şeklindedir.

maddesinde¹⁴ gazetecinin hürriyetinin tahdidi durumunda özgürlüğünün kısıtlanmasının hangi koşullarda işverene haklı nedenle fesih yetkisi verdiği düzenlenmiştir.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin 3.fıkrası¹⁵ ve 4. fıkrasında¹⁶ sözleşmenin haklı nedenle feshi düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere fesih hakkı, bu dört ayrı kanunda düzenlenmiş olup; İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu özel kanun olmaları nedeniyle¹⁷ kapsamına girdiği ölçüde¹⁸ sözleşmenin feshinde uygulanacaktır.

¹⁴ Basın İşK' 'nın 17. maddesi “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 tetkikinden geçirilerek neşri tekarrur eden şekil üzerinde tahrifat, tadilat, tay veyahut ilaveler yapmak veya yaptırmak suretiyle vuku bulduğu takdirde mezkûr gazeteci bu hükümden faydalanamaz.

Hürriyeti tahdide uğrayan gazeteci bağlı bulunduğu kadroya yapılacak toplu zamlardan emsali gibi istifade eder.

Birinci fıkradaki hürriyet tahdidi gazetecinin o mevkuteden ayrılmasından sonra vukua gelmişse, gazetecinin bahsi geçen mevkuteden son aldığı ücreti miktarındaki tazminat, hürriyeti tahdit edildiği müddetçe her ay yayının yapılmış olduğu mevkute sahibi tarafından ödenir.

Her ne sebeple olursa olsun, neşriyatı tatil edilen mevkutede çalışanlar tatil tarihinden itibaren iki ay müddetle ücretlerini alırlar. Bu gazetecilerin kanuni tazminatı da tercihan ödenir.” şeklindedir.

¹⁵ 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası: “İşveren, işveren vekili veya gemi adamı tarafından:

a) Geminin herhangi bir sebeple 30 günden fazla bir süre seferden kaldırılması,

b) Gemi adamının herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi, hallerinde feshedilebilir.”

¹⁶ 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrası: “Geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya harp ganimeti ilan edilmesi veyahut Türk Bayrağından ayrılması hallerinde ise hizmet akdi kendiliğinden bozulur.”

¹⁷ **TUNCAY**, çoğunluk görüşüne katılarak “Genel Kanun-Özel Kanun, Genel Hüküm-Özel hüküm ve Önceki Kanun-Sonraki Kanun ilişkileri düşünülerek BK. ile İşK.' da aynı konuyu düzenleyen fakat çelişen hükümler bakımından 6098 sayılı TBK'nın 4857 sayılı İşK.na üstün tutulması gerektiğini” ileri sürmekte bunun ise “**daha işçi lehine**” olmak kaydıyla mümkün olduğunu belirtmektedir. **TUNCAY**, “Pazarlamacılık”, s.16-17

¹⁸ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.794; Aksi yönde görüş Yılmaz tarafından belirtilmiş olup, Özel İş Kanunlarının kendi kendilerine yeten kanunlar olmadığı ve Türk Borçlar Kanunu da diğer kanunlar gibi İş Hukuku'nun temel kaynaklarını oluşturduğu, bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer iş kanunları arasındaki ilişkinin Genel Kanun – Özel kanun ilişkisi olmadığı yönünde fikir ileri sürmüştür. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. **YILMAZ**, s. 22-31

1.2.İş Sözleşmesini Fesih Hakkının İş Kanunu ve Diğer Kanunlarda Düzenlenmiş Olmasının Fesih Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

Türk Hukuk mevzuatında haklı nedenle derhal fesih hakkı, birden fazla özel kanunda düzenlenmiş, ayrıca genel kanun niteliğindeki TBK’da da ayrıca hüküm altına alınmıştır. TBK ile getirilen düzenlemeler, hizmet ilişkileri açısından sözleşmelerin sona ermesi¹⁹ de dahil olmak üzere daha kapsamlı bir çerçeveye kavuşturulmuş²⁰ olup haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen bu hükümlerden hangisinin geçerli olacağı ve fesihlerde uygulanacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Öğretideki bir görüşe göre mevzuatımızda haklı fesih nedenleri ile ilgili örnekleyici bir sayım mevcuttur²¹. Şöyle ki, İş Kanunu’nun 25. maddesinin II. bendinin başlığında “ve benzerleri” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade ile İş Kanunu’nda sayılmamış benzer nitelikte bir durum meydana geldiğinde, yasada yer verilenlerin dışında kalmakla birlikte TBK’nın 435. maddesine göre haklı nedenle fesih, imkân dahilindedir²². Diğer bir görüşe göre ise haklı fesih nedenleri, İş Kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş olup TBK’nın 435. maddesine göre haklı nedenle fesih yoluna gidilemeyecektir²³.

Kanaatimizce TBK’nın 435. maddesinde yer alan “*Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve*

¹⁹ **Erdem ÖZDEMİR**, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış (Sözleşmenin Sona Ermesi)”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2011, S.24, s. 107-113

²⁰ **Polat SOYER**, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2011, S.22, s. 12-21; Aynı yönde görüş için bkz. **ÖZDEMİR**, Sözleşmenin Sona Ermesi.

²¹ **OĞUZMAN**, s.27; **SÜZEK** 1976, s.17

²² **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 37-38

²³ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.796; **YILMAZ**, aynı eser

koşullar, haklı sebep sayılır” ifadesi, dürüstlük kuralını esas almakta, bu kurala göre de “aykırı durum” un meydana gelmiş olması şartı aranmakta ve nihayet “*hizmet ilişkisinin devamının, davranışın muhatabınca beklenilemeyecek olması*” haklı sebep olarak kabul edilmektedir. İşK.’nın 25. maddesinde düzenlenen işverenin haklı nedenle derhal fesih nedenleri, ana başlıklar halinde sayılmış ancak bununla da sınırlı tutulmayarak ve benzerleri denilerek de genel sınırlar çizilmiştir²⁴. Daha önce bahsetmiş olduğumuz²⁵ genel kanun-özel kanun ilişkisinin incelendiği konu başlığında da belirtmiş olduğumuz üzere, genel nitelikte bir kanun olması nedeniyle TBK’daki düzenlemeler ancak Oğuzman’ın ifadesiyle İş Kanunu’nda “hükümün lafzında ve ruhunda düzenlenmemiş” olması, somut olaya uygulanacak bir kural bulunmaması halinde uygulanabilecektir²⁶. Bir başka ifade ile İş Kanunu’nda öngörülmemiş ve düzenleme altına alınmamış bir hususta TBK bir düzenleme öngörmüş ise TBK’nın ilgili düzenleme hükümleri uygulanacaktır.

İş Kanunu kapsamında çalışmakta olan bir çalışan İş Kanunu’nun 24. maddesinde belirtilen sebeplerin dışında, TBK’nın 435. maddesi düzenlemesini esas alarak iş akdini feshi yoluna gidemeyecek olup, söz konusu bu kanunlar haklı neden konusunda ayrı ve farklı hükümler öngörmektedir; aynı durum işveren tarafından yapılan haklı fesihler için de geçerli olacaktır²⁷. Örneğin, özel kanun düzenlemesi niteliğindeki İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu’na tabi çalışanların iş sözleşmeleri ancak bu kanunlarda belirtilmiş olan haklı nedenle derhal fesih hakkı kullanılarak sona erdirilebilir. Bu kanunlarda özel bir hüküm bulunmadığı takdirde

²⁴ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.796; **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 36-37

²⁵ Bkz. 1. Bölüm 11. Sayfa 26 numaralı dipnot

²⁶ *Oğuzman* bu konuyu “Bu vaziyete göre Borçlar Kanunu hükümleri doğrudan doğruya İş Kanunu, Basın İ. K. ve Deniz İş Kanunu’nun şümulü dışında kalan hizmet akitlerinin feshinde, bir de sözü geçen kanunların şümulüne giren akitlerin feshinde kanunların boşluklarını doldurmak için tatbik edilecektir” diyerek açıklamaktadır, **OĞUZMAN**, s.28; bildirimli fesih uygulaması yönünden benzer uygulamanın söz konusu olacağı yönündeki görüş için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.898; **YÜREKLİ**, s. 307

²⁷ **Seda ARSLAN**, İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012; s. 7; **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 36

TBK’da düzenlenen haklı nedenle derhal fesih hakkına dair düzenlemeler, bu sözleşmeler için de hüküm ifade edecektir. Ancak bu kanunlarda ayrı ayrı belirtilmiş haklı fesih sebepleri kayıtsız şartsız diğer iş sözleşmeler için haklı fesih sebebi sayılamayacaktır²⁸.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Öğreti ve Yargıtay’ca feshin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan kanuni düzenlemeler, fesih ile ilgili uygulanması gereken kuralları oluşturacaktır²⁹.

2. HAKLI NEDENLE FESİH HAKKI

İş sözleşmesi devam ederken meydana gelen kabul edilemez nitelikteki hukuki olaya haklı neden ve bu nedene dayanarak sözleşmenin feshine de haklı nedenle fesih³⁰ denir. TBK’da, ahlak veya iyi niyet kurallarına aykırılık bakımından sözleşmenin

²⁸ OĞUZMAN, s. 37; F. SAVAŞ, Fesih, s. 37 vd.

²⁹ OĞUZMAN, s. 29; TUNCAY, Pazarlamacılık, s.17; Yargıtay’ca verilen kararda “Aynı konu hem genel hem de özel kanunda düzenlenmiş ise kural, özel kanun önce uygulanır. Genel kanun hükümleri ancak özel kanunda hüküm bulunmayan durumlarda devreye girer. Özel kanun hem özel olduğu hem de sonraki kanun olduğu için uygulama önceliğine sahiptir.” denmektedir. Ancak özel kanun daha eski tarihli, genel kanun yeni tarihli ise hangi kanunun uygulama önceliğine sahip olduğunu belirlemek oldukça güç bir iştir. Yorum metotlarına başvurmak ve kanun koyucunun nihai iradesini ortaya çıkarmak gerekir. TBK eskiden olduğu gibi yine İş Kanunları (4857 sayılı İK., 854 sayılı Deniz İş K., 5953 sayılı Basın İş K.) karşısında genel kanundur. Ancak bireysel iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde BK. hükümlerinin uygulanması gerekir. 6098 sayılı TBK öncekine nazaran çok daha ayrıntılı ve işçiyi daha fazla koruyan yeni hükümler getirmiş bulunmaktadır. Kanun koyucunun bugüne kadar İK. kapsamında çalışan bu kişilerin (pazarlamacı-evde hizmet sözleşmesi ile) faaliyet biçiminin özelliğinden ötürü ayrıntılı hükümlere yer vermeyi istediği ve bunu da Borçlar Kanunu içinde yaptığı anlaşılmaktadır. Bir anlamda bu sözleşme türleri ile ilgili özel hükümler getirmiştir. Ancak bu İş Kanunu hükümleri kapsamında kalmadığı anlamına gelmez. Nitekim şu an tıbbi tanıtım temsilcilerinin sözleşmeleri pazarlamacılık sözleşmesi niteliğinde olmakla birlikte, iş güvencesi yönünden 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabii tutulmaktadır. Sonuç olarak; pazarlamacılık sözleşmesi İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayılmadığı için İş Kanunu kapsamında bir sözleşmedir. Ancak İş Kanunu'nda bu sözleşmeye ilişkin özel hükümler bulunmadığı ölçüde 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri öncelikle uygulanacak, bulunmadığı takdirde önce İş Kanunu'nu sonra ise Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulacaktır.”; YHGK, 16.11.2016, E. 2016/9-1414, K. 2016/1072 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁰ OĞUZMAN, s.42; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.796

taraflarından birinin edimlerini yerine getirmemekte haklı gösteren her durum haklı neden olarak sayılırken; İş Kanunu, nitelikleri itibariyle sınırlı ancak içerdikleri kurallar itibariyle sınırlayıcı olmayan haklı nedenleri sayarak farklı bir düzenleme getirmiştir³¹.

2.1.Haklı Neden Kavramı

İş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkı, haklı sebebi ortaya çıkaran kaynak olaya, sözleşmeyi feshedenin şahsından veya fesih işlemine maruz kalanın şahsından kaynaklanmasına ve son olarak fesih işlemine maruz kalanın borca aykırı davranışı sonucu veya borca aykırılık içermeyen davranışı sonucu gerçekleşmiş olmasına bağlı olarak ayrımlara tabi tutulabileceği *Oğuzman* tarafından belirtilerek çoğu durumda fesih işlemine maruz kalanın kusurunun varlığı halinde ortaya çıkan haklı sebep; sözleşmenin feshinin asıl amacını oluştururken aynı zamanda bir yaptırım niteliğinde olduğu da belirtilmiştir³².

Sözleşmenin kurulması sonrasında tarafların öngörmediği bir gelişmenin karşılıklı edimlerin yerine getirilmesini imkansızlaştırabileceği ve böyle bir durumda ise sözleşmenin yeniden düzenlenmesini talep etme veya sona erdirme talebinin ileri sürülmesi hakkaniyet kuralının bir sonucudur. Sözleşme ilişkisinin taraflardan biri için katlanılamaz hale gelmesi olarak ifade edebileceğimiz bu hak, objektif iyiniyet kuralının bir gereğidir³³.

Karşılıklı edimlerin söz konusu olduğu süresi belirli veya belirsiz iş sözleşmelerinde ise edimlerin yerine getirilmesinin aşırı ifa güçlüğü ve borcun yerine getirilmemesi veya taraflardan biri için edimini yerine getirmesinin objektif iyiniyet

³¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.815

³² OĞUZMAN, s. 47

³³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.795; NARMANLIOĞLU, s. 405-406; F. SAVAŞ, Fesih, s. 30

kuralları ile bağdaşmayacağı durumların ortaya çıkması halinde, sözleşmenin taraflarına edimlerinden kurtulma imkânı, sağlanacaktır³⁴.

Haklı sebeple derhal fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi fesih edecek tarafın sözleşmenin devamını kendisinden beklenemez hale getiren bir sebebe dayanması gerekmektedir. Ancak böyle bir sebebin varlığı sözleşmeyi sona erdirmek için yeterli olmayacak aynı zamanda bu sebebe dayanarak sözleşmeyi fesih ettiğine yönelik iradesini, açık ve net bir şekilde olmak üzere karşı tarafa, makul bir süre içerisinde³⁵ ulaştırması da gerekecektir. Sözleşmeyi sona erdirmek yönündeki iradenin ortaya konulmasından sonra sözleşmenin feshi hüküm ve sonuçlarını doğuracak olup artık muhatabın rızasının varlığı aranmayacaktır³⁶.

Oğuzman, sözleşmeye devam etmesi kendisinden beklenemeyecek olan tarafın fesih yönündeki irade beyanının sözleşmeyi sona erdirilen taraf için bir yaptırım olmayıp güç durumda olanın bu durumdan kurtarılmasını sağlamaya yönelik hukuki bir imkân olduğunu, ancak bazı durumlarda feshin yaptırım rolü olabileceğini, bu durumun feshin ikincil nitelikteki sonuçları olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir³⁷.

Bu açıklamalar ile birlikte haklı nedenle fesih hakkını; sözleşmenin süresinin taraflarca, “süresi belirli sözleşmeler” de olduğu gibi belirlenmiş veya “süresi belirsiz

³⁴ TBK 138. maddesi “ Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş 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, hakimden 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.”; SÜZEK, 1976, s.17; NARMANLIOĞLU, s. 406-407; BAYSAL, s.6-7

³⁵ OĞUZMAN, s. 37; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.798-801; NARMANLIOĞLU, s. 408

³⁶ OĞUZMAN, s. 36; SÜZEK, 2018, s.531; NARMANLIOĞLU, s. 408

³⁷ OĞUZMAN, s. 36-37

sözleşmeler” de olduğu gibi belirlenmemiş; bir başka ifade ile sözleşmenin süresinin belirli veya belirsiz olduğuna bakılmaksızın haklı sebeple fesih hakkını doğuran sebeplere dayanarak geleceğe matuf bir şekilde sona erdirme iradesini karşı tarafa bildirerek sona erdirmesi olarak tanımlayabiliriz³⁸.

2.2.Haklı Nedenle Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı

Türk Borçlar Kanunu’nun 117. maddesinde borçlunun temerrüdünün koşulları, 124. maddesinde ise karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen borçlu karşısındaki alacaklının seçimlik hakları düzenlenmiştir. Alacaklı borçludan “borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkı” veya “borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini” son olarak da “sözleşmeden dönme³⁹” şeklinde seçimlik haklarından birini ileri sürerek talepte bulunabilir. Sürekli borç ilişkileri yaratması nedeniyle iş sözleşmelerinde çalışanın temerrüde düşmesi işverene sözleşmeden dönme hakkı vermeyecek olup, çalışana karşı haklı nedenle fesih hakkı doğacak ve bu hakkı kullanabilecektir⁴⁰.

Haklı nedenle fesih hakkının hukuki temeli İşK. ’da belirtilmemiş olmakla birlikte, özel kanun niteliğindeki kanunlarda feshe konu olacak haklı nedenler ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle bu kanunlarda belirtilen nedenlere⁴¹ dayanarak iş

³⁸ OĞUZMAN, s. 37; SÜZEK, 2018, s.531; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.806; NARMANLIOĞLU, s. 407

³⁹ “Sözleşmeden dönme sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkabilecek bir takım beklenmeyen olumsuz durumlara karşı özellikle karşılıklı edimlerin görevsel bağlılık ve dengenin taraflardan biri açısından katlanamayacak hal oluşması durumunda “sözleşme bağından sıyrılıp kurtulma yolunda bir arka kapıyı açık tutmak” tır. Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.39-42

⁴⁰ Sarper SÜZEK, “İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi (1989)”, Ankara 1989, s.35; “dönme, sözleşme ilişkisini “çözer”, fesih ise sözleşme ilişkisini “sona erdirir. Dönme yarattığı çözümlenme ilişkisinde o ana dek yerine getirilmiş bulunulan sözleşme edimlerinin geri verilmesi yükümünü doğurduğu halde, fesih o ana dek yerine getirilmiş bulunulan sözleşme edimlerinin geri verilmesi yükümünü doğurmaz. Fesih işleminin sözleşme edimlerini geri sağlamaya elverişli (recuperatoire) bir güç ve etkisi yoktur.” SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 118

⁴¹ İşK. ’nın 24 ve 25., Deniz İşK. ’ in 9. ve Basın İşK. ’ in 11. ve 12. Maddeleri

sözleşmesinin feshi söz konusu olabilecektir⁴², ancak özel iş kanunlarında boşluk bulunması halinde⁴³ TBK'nın 126. maddesindeki⁴⁴ sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne dayanılarak haklı fesih hakkı kullanılabilir.

İş Kanunu madde 25'te düzenlenmiş olan işverenin derhal fesih hakkının doğumuna sebep olan "haklı sebepler", kanun koyucu tarafından sıralı olarak sayılmamış; madde gerekçesinde de belirtildiği üzere "işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı, belirli ekleme ve düzeltmelerle 1475 sayılı İş Kanunu (m. 17) paralelinde" düzenlenmiştir.

2.3.Unsurları

Haklı sebeple feshin unsurları, tanımından da anlaşılacağı üzere sözleşmenin taraflardan birinin bir haklı sebebe dayanarak karşı tarafa yönelttiği irade beyanıyla iş sözleşmesini geçmişe etkili olmaksızın sona erdirmesi olup "haklı bir sebeple fesih hakkı var olmalı" ve bu hak kullanılmış, karşı tarafa ulaştırılmış olmalıdır.

Haklı nedenle fesih hakkı, dürüstlük kuralının bir gereği olarak iş sözleşmesinin devamı kendisinden beklenmeyecek tarafın sözleşmeyi ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerini derhal, geçmişe etkili olmaksızın ve karşı tarafın rızasına bağlı olmaksızın sona erdirmesi⁴⁵ olarak ifade edilebilecek kanunen tanımlanmış bir haktır.

⁴² SÜZEK, 2018, s.700

⁴³ OĞUZMAN, s. 37; SÜZEK, 1976, s.16

⁴⁴ TBK'nın 126. madde metni "İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir." şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁵ OĞUZMAN, s. 36-39; SENYEN-KAPLAN, s. 276; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.793; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 539

2.4.Hukuki Niteliği

Haklı nedenle fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır⁴⁶. Konusunu karşılıklı olarak sürekli borç doğuran edimlerin oluşturduğu iş sözleşmelerinde, sözleşme ilişkisi devam ederken ortaya çıkan ve tarafların sözleşmeden doğan bu karşılıklı edimlerini taraflardan en az birisi için katlanılamayacak hale getiren olumsuz bir durum neticesinde, sözleşmenin devamı etkilenen taraf açısından objektif iyi niyet kuralları ölçüsünde beklenemediğinde etkilenen taraf açısından haklı nedenle fesih hakkı doğar⁴⁷. Bu durumu, iş sözleşmesinde güven temelini çökmesi olarak ifade edebiliriz. Sözleşme ilişkisinin çekilmez hale gelip gelmediğinin belirlenme kıstası ise objektif iyiniyet kuralları, bir başka ifade ile dürüstlük kuralları çerçevesinde oluşmaktadır⁴⁸.

Haklı sebeple fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmek iradesini içeren taraf beyanı geçmişe etkili olarak sonuç doğurmaz. Fesih yönündeki irade beyanı ileri sürüldükten sonrası için (ex nunc) hüküm ifade eder ve sonuçlarını doğurmaya başlar; derhal fesih hakkını doğuran sebebin ortaya çıkmasıyla birlikte bu hakkın uzun bir süre kullanılmamış olması halinde artık haklı sebep nedeniyle derhal fesih hakkından bahsedilemeyeceği gibi hak sahibinin haklı fesih hakkını doğuran sebepten feragat etmesi de aynı sonucu doğuracaktır⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, haklı sebebin meydana geldiği andan itibaren feragat mümkün olup daha önce belirtmiş olduğumuz üzere haklı sebebin meydana gelmesinden önce haklı sebebin uygulanmayacağını belirterek

⁴⁶ **BUZ**, s.330; **BAYCIK**, s.45 vd.

⁴⁷ **SÜZEK**, 1976, s.16-17; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.795

⁴⁸ **SÜZEK**, 2018, s.700; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.794

⁴⁹ **OĞUZMAN**, s. 37; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.801-805; **NARMANLIOĞLU**, s. 416-417

düzenleme yapılamayacaktır. Bu kuralın tek istisnası, işçi lehine bir düzenleme⁵⁰ yapılabilecek olmasıdır.

2.5.İşverenin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Derhal Fesih Sebepleri

İş sözleşmesini işveren açısından katlanılamaz hale getirmesi nedeniyle haklı sebeple sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi veren sebepler İş Kanunu'nun 25. maddesinde: “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”, “zorlayıcı nedenler” ve “işçinin göz altına alınması ve tutuklanması” başlıkları altında sayılmış olup, kanunda sayılan bu sebepler ortaya çıktığı ve işveren tarafından bu sebeplere dayanarak herhangi bir ihtar gerek olmaksızın⁵¹ iş sözleşmesinin sona erdirmeye iradesini ortaya konulması ve muhatabına ulaştırılması halinde sözleşme sona erecektir⁵².

Öğretide bir kısım yazarlar tarafından haklı sebeple fesih bildiriminin yazılı şekilde yapılması gerektiği; TBK'nın 435. maddesi gereğince yazılı bildirim zorunlu olduğu şeklinde düzenleme yapıldığı, bu düzenlemenin yasa koyucunun iradesinin bilinçli boşluk ile yazılı bildirim şartının aranmadığı yönündeki iradesinin değişimi olarak görmek gerektiği; iş güvencesine tabi iş sözleşmelerinin feshinde işveren tarafından yapılacak fesihlerde İşK. m.19/1 gereğince fesih sebebinin açık ve net bir şekilde yazılı olarak bildirilmesi düzenlemesine uygun bu yazılı bildirim şartı anlayışının sadece iş güvencesi kapsamına giren işçiler açısından aranmasının uygulamada birlik ve adalet duygusuna daha uygun olacağı belirtilmiştir.⁵³

⁵⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.806; F. SAVAŞ, Fesih, s. 39

⁵¹ Y7HD, 13.04.2016, E. 2016/763, K. 2016/8171 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵² SÜZEK, 1976, s.17; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.798; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.539

⁵³ SÜZEK, 2018, s.729-731; NARMANLIOĞLU, s. 409-410; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.799; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL,2017, s.271; Nuri

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda 19. maddeye göre yapılan fesihlerde fesih bildirimının yazılı yapılması ve fesih nedeninin açıkça belirtilmesi zorunluluğunun bulunduğunu, “fesih bildirimini yazılı yapılmamışsa veya fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse aynı Kanun'un 21. maddesi gereğince geçerli sebep gösterilmediği kabul edilmesi” gerektiğini belirtmiş; bununla beraber İşK.’ da "İşverene haklı nedenle derhal fesih hakkı" veren 25/II maddesine göre yapılan fesihlerde ise fesih bildiriminin yazılı yapılmasının şart olmadığına hükmetmiş⁵⁴ Öğretide bir kısım yazarlar da aynı görüşü paylaşmıştır⁵⁵.

Yargıtay bir başka kararında ise “İş sözleşmesini fesih eden taraf, yazılı fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır⁵⁶” diyerek işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı bildirim şartı bulunmamasına rağmen şayet işveren tarafından fesih yazılı bildirim ile yapılmış ise bu durumda işverenin bu bildirilen sebeple bağlı olduğunu ve yargılama sırasında bildirmiş olduğu bu sebepten başka bir sebebe dayanarak savunma yapamayacağını belirtmiştir. Ancak İş Kanunu’nun 25. maddesinde öngörülen “işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil şartı aranmayacağı” buna

CELİK, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri (İsabetli Olmayan Düzenlemeler)”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2012, S. 25, s.5-14

⁵⁴ “4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrasına göre işveren fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Fesih bildirimini yazılı yapılmamışsa veya fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse aynı Kanun'un 21. maddesi gereğince geçerli sebep gösterilmediği kabul edilir. 4857 sayılı Kanun'un "İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlığını taşıyan 25. maddesinin son fıkrasına göre; işverenin haklı sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshettiği durumda fesih bildiriminin yazılı yapılması şartı aranmaz.” Y22HD, 03.07.2017, E. 2017/35766, K. 2017/15705 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵⁵ **NARMANLIOĞLU**, s. 409; **Filiz ATAY**, “Geçerli Neden ve Haklı Neden Ayrımında Yazılı Bildirim Şartı”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2011, S.22, s. 110-120

⁵⁶“İş sözleşmesini fesh eden taraf, yazılı fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. Yargılama sırasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi, bu sebepten farklı bir sebebe de dayanamaz” Y22HD, 10.02.2015, E. 2013/29919, K. 2015/4353 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

karşılık iş güvencesi kapsamındaki işçiler için “geçerli bir sebep” in yazılı yapılması gerektiği belirtilmiştir⁵⁷.

Kanaatimizce İşK.’nın 25/II. maddesinde belirtilen haklı fesih nedeninin yazılı bildirimde açıkça belirtilmiş olması durumunda, işveren tarafından daha sonra fesih nedeninin değiştirilmesinin ve bildirimde beyan edilmeyen haklı nedenin varlığının ileri sürülmesi gibi sorunların önüne geçilecek, birden fazla haklı sebebin varlığı halinde işverenin dayandığı olgunun somutlaştırılması sağlanacaktır. Aynı zamanda ispat yükümlülüğü açısından da iddia ve taleple bağlılık ilkesi gereğince işveren bildirdiği haklı nedenle fesih sebebiyle bağlı kalacaktır. Kaldı ki bu durum, objektif iyiniyet kurallarına göre sözleşmenin devamının kendisinden beklenip beklenemeyeceği ve işverenin subjektif bir haklı neden ileri sürmüş olup olmadığının tayin ve tespiti noktasında önemli bir soruna çözüm getirmiş olacaktır.

Ayrıca, TBK’ nın 435. maddesi gereğince feshin nedeninin çalışana yazılı olarak bildirimde zorunlu olduğu düzenleme karşısında İşK.’nın 25. maddesinde belirtilen haklı nedenle fesih hallerinde, iş güvencesi kapsamına giren çalışanın iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshi söz konusu ise “fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi” zorunluluğunun uygulanmayacağı yönündeki Yargıtay görüşü yerinde değildir.

Zira İş Kanunu’nda öngörülmemiş, düzenleme altına alınmamış bir hususta TBK bir düzenleme öngörmüş ise TBK’nın ilgili düzenleme hükümlerinin uygulanacağına dair daha önce belirtmiş olduğumuz görüş doğrultusunda ve çalışanın lehine bir düzenleme olduğu göz önüne alındığında isabetli olmadığını söylemek mümkündür. Haklı nedenle feshin hukuki sonuçları bölümünde, haklı nedenle feshin geçerli nedenle feshe tahvili konusu incelenirken Yargıtay’ın işveren tarafından yapılan derhal

⁵⁷ Y9HD, 19.04.2017, E. 2016/9859, K. 2017/6866; Y22HD. 03.07.2017, E. 2017/35766, K. 2017/15705(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

fesihlerde İşK.’nın 19. maddesinde öngörülen koşullara uyulmamasını geçersiz fesih olarak kabul etmemesinin, haklı fesih hakkının iş güvencesi hükümlerinin dolanılması sonucunu doğurduğu, bu bakımdan da Yargıtay’ın yazılı fesih bildirim ve sebebin açıkça belirtilmesi zorunluluğunun haklı nedenle fesihte aranmayışının yaratacağı sakıncalar ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.5.1. Sağlık Nedenleri

İş Kanunu’nun 25. maddesinin (I) nolu bendinde üç fıkra halinde işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyan nedenler sayılmış olup; “sağlık sebepleri” başlığı altında düzenlenen bu nedenler, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere 1475 sayılı kanun düzenlemesi aynen korunmak suretiyle İşK.’ da düzenlenmiştir.

İş Kanunu’nun 25. maddesinin I. bendinin (a) fıkrasında “İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi⁵⁸ durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi”; (b) fıkrasında kastı veya kusuru aranmaksızın “İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda” ve (c) fıkrasında ise “(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde; İşK.’nın 17. maddesindeki bildirim sürelerini altı hafta aşacak şekilde” birbirini takip eden üç iş günü veya bir ayda beş işgününden fazla olacak şekilde devamsızlık yapılması durumunda; işveren, haklı nedenle fesih hakkını kullanmak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilecektir⁵⁹.

⁵⁸ 6462 sayılı Kanun’un 1. maddesinin 52. fıkrasıyla 4857 sayılı Kanunun “25. maddesinin birinci fıkrasının (I) numaralı bendinin (a) alt bendinde yer alan “veya sakatlığa uğraması halinde” ibaresi “yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda” şeklinde değiştirilmiştir, RG. 03.05.2013, 28636.

⁵⁹ KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.455; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.838; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.550

Oğuzman’a göre çalışanın iş görmesine engel oluşturmayacak bir hastalığın söz konusu olması, örneğin bulaşıcı ancak tedavi olunabilir bir hastalığa yakalanması halinde İş Kanunu’nun 25. maddesinin (I) bendinin (b) fıkrasının değil (a) fıkrası hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁶⁰.

Çalışanın iş sözleşmesinin devamı sırasında iş görme borcunu yerine getirmesi, borcunu ifa etmesi beklenir ancak işçinin işe gelmemesi, gelmiş olmasına rağmen çalışamaması durumunda borcunu ifa etmemiş⁶¹ kabul edilecektir. Çalışanın kendi kastı veya kusurlu davranışıyla, birbirini takip eden üç iş günü veya bir ayda beş işgünüden fazla olacak şekilde devamsızlık yapması bu duruma sağlığını koruyamamışlığının neden olması durumunda; işveren açısından sözleşmenin devamının kendisi açısından beklenilemeyecek bir durum oluşturduğu⁶² kabul edilmektedir. Zira işletme faaliyetlerinin devam ettirilmesi işveren için zorunluluk oluşturmaktadır.

İşyerine gelmiş olmasına rağmen iş görmekten imtina etmek suretiyle ifa yükümlülüğünden kaçınan çalışanın davranışı, devamsızlık nedeniyle ifa yükümlülüğünü yerine getirmeyen çalışanın davranışından farklı olarak; işverenin fesih hakkı açısından her iki durumda haklı bir sebep oluşturmasına rağmen işyerine gelmek suretiyle ifadan kaçınma durumunda işverenin işçinin savunmasını almak gibi bir yükümlülük sonrasında fesih hakkından bahsedilebilecektir⁶³. İşverene, çalışanın ifa yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle haklı fesih imkânı sunuyor olmasına rağmen çalışanın savunmasını alma yükümlülüğü olmaksızın fesih hakkının doğması

⁶⁰ OĞUZMAN, s.107

⁶¹ OĞUZMAN, s. 58

⁶² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.836; F. Savaş tarafından ifade edildiği şekliyle “Sağlığa dayalı fesih nedenleri, doğrudan doğruya sağlık kaynaklı değil, sağlık nedeni neticesinde devamsızlık yapılmış olması durumunda işverene haklı fesih hakkı verecektir.” F. SAVAŞ, Fesih, s. 45; BAYSAL, s.78; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.32; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.212

⁶³ OĞUZMAN, s.64

nedeniyle sağlık nedenleri başliğı altında belirtilen haklı fesih hakkı ayrıca düzenlenmiştir.

**2.5.1.1. Derli Toplu Olmayan Yaşamı veya
Bağımlılık Nedeniyle Bir Hastalığa Yakalanması
veyahut İşçinin Kasti veya Ağır Kusurlu
Davranışı Neticesinde Kazaya Uğraması
Sonrasında Engelli Hale Gelmesi**

Bu düzenlemeye göre, iş sözleşmesinden doğan yükümlüklerin yerine getirilmesi karşılıklı olarak devam ederken çalışanın kasti veya derli toplu olmayan yaşayışı ile alkol, uyuşturucu veya benzeri nitelikteki madde bağımlılığına düşmesi ve bu sebeple de tedavi altına alınması ve tedavisi sürerken üç gün aralıksız veya bir ay içerisinde toplam beş günden fazla devamsızlık yapması durumunda işveren tarafından haklı fesih sebebiyle iş sözleşmesi fesh edilebilecektir⁶⁴. Öğretideki hâkim görüş, çalışanın hastalık veya madde bağımlılığa yol açan olayı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması bir başka ifade ile iradi olarak sonuçlarını bildiği halde tercihini söz konusu bağımlılık yaratan maddeleri kullanma şeklinde ortaya koyması, kasti davranış gerektiği yönündedir⁶⁵. Kast içermeyen, kusur derecelerinden herhangi biri nedeniyle doğmuş hastalık veya engelli hale gelinmiş olması durumu bu düzenlemenin kapsamı dışında kalacaktır⁶⁶.

⁶⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.836-837; NARMANLIOĞLU, s. 436; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.213

⁶⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 550; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.836; SÜZEK, 2018, s.701-702; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.223; NARMANLIOĞLU, s. 436; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.212-213; Hediye ERĐİN, İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi (Sağlık Nedenleri), İstanbul 2009, s.107

⁶⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.836; NARMANLIOĞLU, s. 437

Çalışanın “derli toplu olmayan yaşamı” her somut olayın özellikleri, içinde bulunulan zamanın toplumsal değerleri esas alınarak belirlenecektir⁶⁷. İşçinin özel yaşamından kaynaklanan ve kast içeren kusurlu davranışının işverene haklı neden fesih imkanı vermesi yanında kusurun tespiti ve ispatının güçlüğü karşısında uygulama alanının dar olduğu, bu nedenle de söz konusu durumun haklı nedenle fesih sebebi olarak değerlendirilmeyip madde metninden çıkarılması⁶⁸, “işçinin tedavi edilemeyecek hastalığa tutulması” başlığı altında da ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere geçerli fesih olarak değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı yönündeki görüşe katılmaktayız. Zira, bu görüşümüzü Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 166 sayılı Tavsiye Kararı’ nın “hastalık ve kaza nedeni ile geçici olarak işe devamsızlık” nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin haklı gerekçe oluşturmayacağı⁶⁹ kararı desteklemektedir. Bu kararın uygulamasının genişletilmesi İş Hukuku’nun belirlenen amaçlarına hizmet etmiş olacaktır.

2.5.1.2. İşçinin Tedavi Edilemeyecek Bir Hastalığa Tutulması ve İşyerinde Çalışmasında Sakınca Bulunan Bir Hastalığa Tutulması

İş Kanunu’nun 25. maddesinin I. bendinin (b) fıkrasında, “*İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca*

⁶⁷ Oğuzman’a göre “...prensip olarak çalışanın özel hayatı, inanç ve düşünceleri sözleşme ilişkisi içerisinde özel bir anlam gerektirmiyorsa haklı sebep oluşturmayacaktır. Ancak bazı durumlarda, sözleşme ilişkisi içerisinde bu düşünce ve fikirler sözleşmenin devamının işverenden beklenemeyecek derecede önemi olabilecektir.” Günümüzde işverenlerin, sosyal medya hesaplarından uygunsuz paylaşımda bulunan çalışanlarını bu yönüyle değerlendirmeye almak suretiyle kontrol ettikleri ve uygunsuz paylaşımlarından dolayı sözleşmenin feshi suretiyle iş sözleşmesini sonlandırdıkları olmaktadır. **OĞUZMAN**, s.108

⁶⁸ **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 46

⁶⁹ **Sami NARTER**, İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar, 3. Baskı, Ankara 2017, s.21

*bulunduğunun*⁷⁰ *Sağlık Kurulunca saptanması durumunda*” işveren tarafından haklı nedenle çalışanın iş sözleşmesinin fesih edilebileceği belirtilmiştir.

Öğretide madde hükmünün düzenlemesinden “hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olması”, “işyerinde çalışmasında sakınca bulunması” ve tüm bu durumların “Sağlık Kurulunca saptanması” olarak sayılan üç koşulun da varlığına bağlı olarak işverene haklı fesih hakkı vereceği hâkim görüşü⁷¹ olmakla birlikte *Akyiğit*, “kusurlu hastalık/engellilik” halinde işçinin devamsızlığının da ilave koşul olarak bulunması gerektiğini⁷² belirtmiştir. Kanaatimizce, haklı nedenle fesih hakkının varlığından bahsetmek için madde metninde belirtilen üç şartın gerçekleşmiş olması yeterlidir ve çoğunluk görüşü isabetlidir; zira *Tunçomağ/Centel*’in de ifade ettiği gibi devamsızlık şartının eklenmesi halinde bu hükmün uygulama alanı iyice daraltılmış olacaktır. Nitekim, söz konusu daraltıcı etki kendini ilk başta işten çıkarılmak gibi bir durumun varlığı halinde çalışanın “kendi istek ve iradesiyle sağlık kurulu önüne çıkmak istememesiyle” fesih için gerekli sağlık kurulu raporunu sağlayamayan işverende kendini göstermektedir.

Ertürk ise “işçinin derli toplu olmayan yaşamı” başlığı altında da belirttiği üzere hastalık/engellilik halinin kusurlu veya kusursuz olması, işçinin özel yaşamından kaynaklanmış olması, tespit ve ispat güçlüğü ve son olarak uygulama alanının söz konusu koşullardan dolayı dar olması da göz önüne alınarak geçerli fesih olarak

⁷⁰ Çalışanın bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması işverenin diğer çalışanlarını koruması yükümlülüğü yan ediminin bir sonucu olup Oğuzman’a göre “işçinin böyle bir hastalığa yakalanmış olması müşterileri ve işletmenin şöhretine tesir edebilir” değerlendirmesi ile çalışanların korunmasının yanında işletmenin şöhretini de kapsayacak şekilde geniş değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. **OĞUZMAN**, s.106; **BAYSAL**, s.76

⁷¹ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s. 550; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.837-838; **SÜZEK**, 2018, s.702-703; **NARMANLIOĞLU**, s. 439; **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 49; **ERGİN**, Sağlık Nedenleri, s. 116

⁷² **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s. 296

değerlendirilmesinin daha isabetli olacağını⁷³ ileri sürmüştür. Bu görüş, kanaatimizce daha isabetli olup bu yönde bir düzenleme yapılması İş Hukuku'nun bilinen amaçlarına ve daha öncede bahsetmiş olduğumuz ILO'nun 166 sayılı Tavsiye Kararı'nın "hastalık ve kaza nedeni ile geçici olarak işe devamsızlık" nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin haklı gerekçe oluşturmayacağı kararı paralelinde ve bu kararın uygulamasının genişletilmesi yönünde bir uygulama daha insani olacaktır.

İşçinin, iş sözleşmesinin unsurlarında ifade edilen iş görme borcu ile üstlenmiş olduğu işyeri menfaatlerini gerçekleştirmeye yönelik edimlerini yerine getirememesi, başka bir ifade ile işgücünü işverenin emrine hazır (hastalığı nedeniyle) edememesi halinde iş sözleşmesinin devamı işverenden beklenmeyecektir. Ancak her canlının varlığını korumak gibi içsel dürtüsü mevcutken kastı ile veya ağır ihmali ile hastalığa yakalanmış olmasının iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin haklı bir sebep olarak görülmesi ayrıca ele alınması gerekmektedir. Zira haklı sebeple fesih sınırları belirlenirken; işveren tarafından iş sözleşmesi sona erdirilen çalışanın hastalık sonrası sağlığını yeniden elde etmek ve hastalıkla dahi olsa hayatını idame ettirmekte ayrı sorunlarla karşılaşacağı ortadadır.

⁷³ "...devamsızlığın birbirini takip eden üç iş günü veya bir ayda beş işgünü aşacak şekilde en az altı iş günü olmak kaydıyla devamsızlığının olması gerekir. Çalışanın kusuru dışında hastalığa yakalanmış olması durumunda İK 17 maddesinde belirtilen bildirim sürelerine ilave olarak altı haftanın dolmasıyla işverenin bildirimsiz fesih hakkı doğacak, ancak "başka bir şart aranmadan, sırf hastalığa yakalanmış olmasını gerekçe göstererek, işverenin bildirimsiz fesih yetkisini kullanamayacağı" çalışanın iş görme edimini gereği gibi yerine getirmesini engelliyorsa işverenin haklı nedenle fesih hakkının doğduğunun kabulü gerekmekte olup bu durumda bildirimsiz derhal fesih yetkisini işveren kullanabileceği kabul edilmelidir. Kusurunun bulunmadığı durumlarda ise hizmet süresine bağlı olarak belirlenecek fesih bildirim süresine altı haftanın ilave edilmesiyle belirlenecek toplam süre kadar işe devam edememiş olması durumunda "İş Güvencesi Yasası anlamında geçerli sebep kabul edilmeyeceği" belirtilmelidir. Çalışanın kastı veya kusuru sonucu bir hastalığa yakalanmış olması durumunda, hastalık nedeniyle devamsızlık süresi işverene haklı sebeple fesih hakkı verebilmesi için aranan sürelerle ulaşmamışsa, hastalık geçerli fesih sebebi olarak da kabul edilememelidir. Çünkü haklı sebeple bildirimsiz fesih yetkisinin kullanılmadığı durumlarda, bildirim sürelerine uyarak geçerli bir sebebe dayanarak fesih yetkisinin varlığından söz edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Ancak hastalık işçinin verimliliğini etkiliyorsa, savunması alınmak suretiyle, geçerli sebebe dayanarak sözleşmenin feshedilebileceği kabul edilmesi gerekir." **Şükran ERTÜRK**, İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları, DEÜHF Dergisi, Cilt 4 S.2, s. 25 (<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/erturk1.pdf>)

İş sözleşmesinin kuruluş aşamasında icap niteliğindeki iş başvuru formunda çalışan, kendisi hakkında bilgi vermekte, kendisinde bulunduğunu ileri sürdüğü meziyetler ve kusurları beyan etmekte, çalışana ait sağlık raporu özlük dosyasında bulunması gereken belgelerden addedilmekte ve 6331 sayılı kanun düzenlemesiyle de düzenli sağlık taramaları ile çalışanın işe uygunluğu sürekli denetlenmekte, işin özelliğine göre ayrıca nitelikli ölçüm ve raporlar çalışanın işini yapabilmesi adına zorunlu tutulmaktadır. Tüm bu yasal düzenlemeler, işyeri amaçlarını gerçekleştirmek isteyen işveren ile bu amaca hizmet eden işçinin sağlık açısından işe uygunluğunu denetleyen bir sistem görevini yerine getirmektedir. Sağlığı bozulan bir çalışanın işverenle karşı karşıya bırakılması, üstelik işveren lehine haklı fesih nedeni yaratılmış olması, bu fesih sebebinin ise yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere öğreti ve Yargıtay tarafından hali hazırdaki şekliyle⁷⁴ uygulanması iş hukukunun belirlenen amaçlarına uygun düşmemektedir. Kanımızca, sağlık sebeplerinin işverene tanınan hak bakımından insani mülahazalarla daha sınırlı ve dar değerlendirilerek, haklı fesih nedeni olarak değil de geçerli fesih şeklinde düzenlenmesi daha doğru olacaktır⁷⁵.

⁷⁴ “1475 sayılı Yasanın 17/I-b maddesinde “işçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayacak derecede tiksinti verici bir hastalığa tutulması” hali derhal fesih nedeni olarak sayılmışken, 4857 sayılı Kanunda bu hükme yer verilmemiştir. Bunun yerine işçinin tedavisi imkânsız bir hastalığa tutulması hali düzenlenmiştir. İşçinin tutulduğu hastalığın tedavisinin bulunmaması yanında, işyerinde çalışmasının sakıncalı olması da sağlık kurulunca belirlenmelidir. Yasanın 25/I-b maddesindeki bu düzenlemeye göre her iki şartın da bir arada bulunması gerekir.” Y9HD, 10.11.2008, E.2008/5816, K. 2008/30572 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

“Davacının 03.12.2002 tarihinde geçirdiği trafik kazası nedeni ile ağır şekilde yaralandığı ve kaza sonrasında fesih tarihine kadar bir daha iş yerinde çalışmadığı tanık anlatımları ile sabittir. Davalı işveren 25/I maddesi gereğince iş akdinin haklı feshettiğini ileri sürmektedir. Davacının iş yerindeki çalışma süresine göre belirlenen bildirim süresini altı hafta aşan süre boyunca iş yerinde çalışmaması nedenine dayalı olarak gerçekleştirilen fesih sonucunda davalının kıdem tazminatı ödemesi gerekir ise de, yukarıda belirtildiği üzere ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.” Y9HD, 21.12.2011, E. 2009/31114; K. 2011/49075(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷⁵ Baysal Geçerli fesih nedenlerini açıklarken özellikle AİDS ve HIV virüsü taşıyan çalışanlar yönünden yaptığı değerlendirmede, sağlık kurulu raporunun bulunmaması durumunda “işçinin yetersizliği” ileri sürülerek iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinin söz konusu olabileceğini belirtmektedir. **BAYSAL**, s.74-77

**2.5.1.3. Çalışanın (a) Alt Bendinde Sayılan Sebepler
Dışında Hastalık, Kaza, Doğum ve Gebelik Gibi
Hallerde; İş K. 17. Maddedeki Bildirim Sürelerini
Altı Hafta Aşacak Şekilde Devamsızlık Yapması**

İş Kanunu'nun 25. maddesinin I. bendi (b) fıkrası son paragrafında, "işçinin kasıtlı davranışı", "derli toplu olmayan yaşamı veya içkiye düşkünlüğü" ve "işçinin kusuru" ile oluşan nitelikte olmamakla birlikte, işveren açısından iş sözleşmesinin devamının objektif kriterlere göre kendisinden beklenemeyecek hal kapsamında değerlendirilebilecek olan çalışanın özel yaşamında meydana gelen "hastalık", "kaza", "doğum ve gebelik" gibi halleri nedeniyle çalışan edimini yerine getirememekte ve oluşan bu kusursuz imkansızlık⁷⁶ işverene haklı nedenle fesih hakkı vermektedir. Ancak, İş Kanunu'nun 25. maddesinin I. bendi (b) fıkrası kapsamına giren ve çalışanın kastı veya ağır kusurlu davranışı sonucu işverene derhal fesih hakkı tanıyan, kusurlu olarak edimin imkansızlaşması durumundan farklı olarak kanun koyucu bu imkansızlığın belirli bir süre için haklı sebep oluşturmayacağı, bu sürenin aşılması halinde işverene haklı fesih hakkı tanıdığı görülmektedir. Bu nedenle, kısa süreli hastalanma halinde taraflar için sözleşmenin feshi değil askı hali⁷⁷ söz konusu olacaktır.

Edimin belirli bir süre ile yerine getirilemeyişi, "belirli süre"nin belirlenmesi açısından çalışanın İşK.'nın 17. maddesinde belirtilen bildirim sürelerinin altı hafta aşılması şeklinde devamsızlığın bulunması durumunu ifade eder. Çalışanın hizmet süresi göz önüne alınarak tespit edilen ihbar süresine altı haftanın eklenmesiyle belirlenen süreyi aşacak şekilde devamsızlık hali, işverenin haklı nedenle fesih hakkını doğuracaktır. Bu hüküm, çalışanın kusurlu ya da kusursuz olduğuna bakılmaksızın, İşK.'nin 25/I (a) dışında kalan tüm hastalık, gebelik ve kaza nedeniyle çalışanın işe

⁷⁶ OĞUZMAN, s.91

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, 1989, s. 38; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.838-839; NARMANLIOĞLU, s. 438; ERGİN, Sağlık Nedenleri, s. 122

devamsızlığı halinde işverene haklı fesih hakkı tanıyan bir düzenlemedir⁷⁸. Bir başka ifade ile Yargıtay’ında belirttiği üzere çalışanın bir trafik kazası sonucu ihbar süresini altı hafta aşacak şekilde tedavisini gerektirecek şekilde yaralanması durumunda, trafik kazasının oluşumunda kusurunun bulunup bulunmadığının ayrıca bir önemi olmayacaktır⁷⁹. *F. Savaş* çalışanın işyerinde psikolojik tacize uğraması nedeniyle oluşan hastalık ve devamsızlık hallerinde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının doğmayacağını isabetli olarak belirtmiştir⁸⁰.

Doğum ve gebelik hallerinde, İşK.’nın 74. maddesinde⁸¹ düzenlenen ve askıda olma hali olarak ifade edilen süre on altı hafta olup, kıdemine bağlı olarak tabi olacağı bildirim süresinin bu süreye eklenmesiyle belirlenecek süreyi aşan devamsızlığının bulunması halinde işveren, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkını kullanarak iş sözleşmesini fesih edebilecektir⁸². Son olarak bildirim süresi sözleşmeyle çalışan lehine

⁷⁸SÜZEK, 2018, s. 702; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.839; NARMANLIOĞLU, s. 438; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.33-34

⁷⁹ ERGİN, Sağlık Nedenleri, s. 123; Y9HD, 20.01.2016, E. 2014/28218, K. 2016/1311; Y9HD, 24.11.2015, E. 2015/23385, K. 2015/33398 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁰ F. SAVAŞ, Fesih, s. 53

⁸¹ Madde metninde “Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır. Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır. Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullanılır.” düzenlemesi yer almaktadır.

⁸² SÜZEK, 2018, s. 702; NARMANLIOĞLU, s. 438; Yargıtay kararında “4857 sayılı İş Kanunu'nun 25.maddesinde işverenin iş sözleşmesini bildirim süresini beklemezsizin fesih hakkı düzenlenmiştir. Bu maddenin (1) maddesinin (2.) fıkrasında aynı maddenin (a) bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı kabul edilmiştir.” işverenin haklı fesih hakkının derhal (bildirimsiz) fesih hakkı olduğunu” belirtmiştir. Y9HD, 24.11.2015, E. 2015/23385, K. 2015/33398 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

olacak şekilde artırılarak belirlenmiş ise bu durumda artırılmış bildirim süresine eklenecek altı haftadan fazla süren devamsızlık söz konusu ise işverene iş sözleşmesini fesih imkânı verecektir⁸³.

2.5.2. Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri

Sözleşmelerin müzakere edilmesi ile başlayan ve kurulmasıyla devam eden süreçte temel ve yan edimlerin ifası taraflarca istenebilir hale gelmekte bunlardan ayrı olarak da dürüstlük kuralının bir sonucu ve gereği olarak koruma ve güvence yükümlülükleri de talep edilebilir hale gelecektir. İşte tarafların bu kapsamda belirlenmiş karşılıklı yükümlülüklerine aykırı tüm davranışlar ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturacaktır, *Akyol*, koruma yükümlerinin “bilgi verme ve açıklama, dar anlamda koruma, gösterme, katılma, birlikte hareket etme” den oluştuğunu belirtmekte, “dürüstlük kuralının müdahalesiyle sözleşmesel yükümlülüklere ek yükümlülükleri getirdiğini⁸⁴” ifade etmektedir. Dürüstlük kuralının müdahalesiyle oluşan bu ek yükümlülüklerin ifasından kaçınılması veya aykırı davranışlarda bulunulmuş olması ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturmaktadır.

İş Kanunu’nun 25. maddesinin II. bendi, işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı veren işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışları örnekseyici mahiyette sınırlı olmayacak şekilde sayılmış “benzeri haller” ifadesiyle de çalışanın davranışının mahiyetinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil ettiği durumlarda

⁸³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.839

⁸⁴ AKYOL, s. 47; Yargıtay kararında “Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. ... halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür. Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.” şeklinde belirtilmiştir. Y22HD, 23.01.2017, E. 2017/483, K. 2017/716 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih edebileceği hüküm altına alınmıştır⁸⁵.

Örnekseyici mahiyette sınırlı olmayacak şekilde sunulmuş olması karşısında ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık, içinde bulunulan durum ve zamanın şartlarına göre dürüstlük kuralının müdahalesiyle oluşan ek yükümlülüklerinin tespitiyle belirlenebilecek olup hâkimin takdir yetkisindedir⁸⁶.

Ayrıca “benzer haller”in tespitinde çalışanın sadakat borcuna aykırılık durumları ahlak ve iyiniyet borcuna aykırılık oluşturacak ve işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyacaktır. Nitekim TBK 396. maddesinin 1. fıkrasında “çalışanın özen ve sadakat borcu” başlığı altında düzenlenen “*İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.*” hükmü ile çalışanın iş görme edimini yerine getirirken somut işin zorunlu kıldığı nitel ve nicel koşulları karşılaması, bilerek isteyerek yahut işini savsaklayarak tembellik yapmadan çalışması⁸⁷ bir başka ifade ile sözleşmeye bağlı olması, “sadakat” yükümlülüğü vurgulanmıştır. Öğretide sadakat “çalışanın doğruluk ve güven ilkesinin gerektirdiği ölçüde işverenin menfaatlerini koruması ve bu menfaatlara zarar verecek durumlardan kaçınması” şeklinde tanımlanmıştır⁸⁸.

Türk Borçlar Kanunu’nun 396. maddesinin 2. fıkrasında işverenin korunmaya değer menfaatlerinin neler olduğu sayılmakta olup “*İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve*

⁸⁵ OĞUZMAN, s.43; SÜZEK, 2018, s. 703; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.840; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 552; F. SAVAŞ, Fesih, s. 58

⁸⁶ OĞUZMAN, s.43

⁸⁷ KABAKÇI, s.26-28

⁸⁸ Gülsevil ALPAGUT, “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler (Sadakat Borcu)”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2012, S. 25, s. 23-31

bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür.” Düzenlemesiyle işverene ait maddi unsurların işin yapılmasına uygun ve bu amaca hizmet edecek nitelikte kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Bu yönüyle çalışanın özen yükümlülüğü çerçevesinde işin yapılışıyla ilgili işverenin kendisine teslim ettiği araç ve gereçleri işin gerektirdiği uygunlukta kullanmak ve kullanımını özenli yapmak zorunda olduğu ifade edilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 396. maddesinin 3. fıkrasındaki “*İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez.*” düzenlemesiyle, ücret alınmamış olsa dahi ücret karşılığı başkasına hizmette bulunarak sadakat borcuna aykırılık oluşturacak davranışlar, rekabet yasağına aykırılık oluşturacak veyahut çalışanın performansını etkileyecek nitelikteki ⁸⁹ davranışlar, işveren için haklı nedenle fesih hakkı oluşturacaktır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 396. maddesinin 4. fıkrasındaki “*İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.*” düzenlemesiyle de İşK. 25/II (e) hükmünden farklı olarak sır saklamamanın kapsamı konusunda bir sınırlama getirilmeksizin “meslek sırrı” dışındaki sair sırlar bakımından çalışanın yükümlülüğü düzenlenmiştir⁹⁰.

Görüreceği üzere İşK. 25. maddenin II. bendinin (b), (c), (d), ve (ı) fıkra hükümleri, TBK düzenlemesiyle getirilmiş olan çalışanın sadakat ve özen

⁸⁹ ALPAGUT, “Sadakat Borcu”, s. 26

⁹⁰ ALPAGUT, “Sadakat Borcu”, s. 27-28

yükümlülüğünün başka bir görünümünü oluşturmaktadır⁹¹. Bu sebeptendir ki, işverenin haklı nedenle derhal fesih sebeplerini oluşturan İşK. 25. II madde düzenlemesi başlığı altında çalışanın sadakat ve özen yükümlülükleri kapsamında olan davranışlarına aykırılıklar aynı zamanda TBK' ya tabi çalışanlar için de sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle işverene haklı nedenle fesih hakkı vereceği göz önüne alınmalıdır.

2.5.2.1. İşçinin İşvereni Yanıltması

Çalışanın işvereni yanıltması, ilke olarak açıklama zorunluluğu bulunmamasına rağmen dürüstlük kuralının müdahalesiyle sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların şahsı ile ilgili ve sözleşmenin konusu, edimi, var ise tehlikeleri ve bunların sonuçları bir başka ifade ile sözleşmenin esaslı noktaları hakkında açıklama yapmak yükümlülüğüne⁹² aykırı davranışlarından oluşur⁹³.

Kişilerin, kişilik haklarının sınırları içerisinde kendisine sorulan soruları yanıtlaması ve iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işverenin bu sorularına tam ve doğru cevap vermesi yükümlülüğü, dürüstlük kuralının etkisi ile oluşan ikincil bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, iş hukukunda çalışanın gerçeğe aykırı ifadeler ile açıklama yapmış olması halini kapsamayıp, sözleşmenin esaslı noktalarından bir veya birkaçı hakkında susması⁹⁴ veya yanıltıcı bilgi vermiş olması⁹⁵ çalışanın bu

⁹¹ **ALPAGUT**, “Sadakat Borcu”, s. 23; **KABAKÇI**, s. 25-28

⁹² **AKYOL**, s. 47-50

⁹³ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s. 552; **NARMANLIOĞLU**, s. 439-440; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.281; **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 67; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.459; **ÖZCAN**, İş Güvencesi, s.35

⁹⁴ Çalışanın bilerek gerçeğe uymayan beyanı ile işvereni yanıltması gerekmekte olup, sorulmayan soru karşısında susması halinde, hileden ziyade “hata” sebebine dayanılarak sözleşmenin fesih edilebileceği görüşü için bkz. **OĞUZMAN**, s.74; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.840; **NARMANLIOĞLU**, s. 440; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.281,282

⁹⁵ **SÜZEK**, 2018, s. 703; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.840, **NARMANLIOĞLU**, s. 440

yükümlülüğe aykırı davranışını oluşturacaktır. İşveren, işin görülmesi sırasında sonradan öğrendiği ve sözleşmenin devam ettirilmesinin kendisinden beklenilemeyecek derecede öneme haiz bir bilgi olması durumunda, çalışanın “culpa in contrahendo” sorumluluğuna başvurmak suretiyle, haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanarak iş sözleşmesini fesih yoluna gidebilecektir.

Sözleşmenin kurulması sırasında çalışanın kendisi hakkında susması, hatalı ve yanlış bilgi vermesi veya işin niteliklerine uygunluk açısından işvereni yanıltacak bilgileri vermek suretiyle işvereni hataya düşürmesi halinde işveren, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle haklı sebeple fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi fesih edebileceği⁹⁶ gibi işin görülmesi sırasında⁹⁷ da işverenin çalışan tarafından yapılan iş ile ilgili olarak yanıltılması, dürüstlük kuralından kaynaklanan ek kanuni yükümün ihlali nedeniyle aynı sonucu doğuracaktır. İşverenin hataya düşmesi çalışanın yanıltmasından değil de işverenin kendi kusuru ile gerçekleşmesi halinde, örneğin sorulmayan bir konuda çalışanın kendiliğinden açıklamada bulunmamişsa yahut üçüncü kişiler tarafından yanıltılmış ise⁹⁸ haklı sebebin varlığından söz edilemeyecektir.

⁹⁶ OĞUZMAN, s. 84; işverenin çalışana soru sorma hakkının sınırı yapılacak işin niteliğine bağlı olarak sağlık durumu ile ilgili olabileceği gibi işverenin bir menfaatinin bulunması halinde çalışanın özel hayatına dair sorular yöneltilebileceği ancak bunun kişilik haklarını zedeleyici nitelikte olmaması gerekecek ve her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerekecektir. ERGİN, Sağlık Nedenleri, s. 21-23

⁹⁷ “...devamlı borç ilişkilerinde edimler süregeldiği için sözleşmenin kurulmasından sonra da açıklama yükümünün bulunduğu kabul edilmektedir” AKYOL, s. 49; Yargıtay kararında ise salt işin yapılışı ile ilgili olmasa dahi yanlış bilgi verilmesini haklı fesih sebebi olarak kabul etmiştir. “Disiplin Kurulu kararında feshe konu edilen ve müfettiş incelemesinde iş akdinin feshini gerektiren eylem olarak nitelendirilen bir diğer eylem ise; davacının soruşturma aşamasında gerçeğe aykırı beyanda bulunmasıdır. Davacı müfettiş soruşturmasında müfettişin sorusu üzerine Aydın Orman Ür. Tic. Ltd. Şti’ nin ortağı olmadığını beyan etmiştir. Ancak dosya da bulunan Ticaret Sicili Gazetesine göre davacı ilgili şirketin ortağıdır. Bu nedenle davacı soruşturma aşamasında banka müfettişine gerçeğe aykırı beyanda bulunmuştur. Bu eylemde işverene banka mevzuatına göre haklı nedenle iş sözleşmesini fesih yetkisi vermektedir.” Y7HD, 19.06.2014, E. 2013/25809, K.2014/13821

⁹⁸ OĞUZMAN, s. 74; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.840

2.5.2.2. İşçinin İşverenin Şeref ve Namusuna Dokunacak Söz ve Davranışları, Şeref ve Haysiyet Kırıcı Asılsız İhbar Ve İsnatları

Sözleşme ilişkisinin tarafları hukuki işlem için temas ettikleri anda başlamak üzere güven ilişkisi olarak ifade edilebilecek ikinci bir ilişki kurmuş olurlar ki “işlem temasından doğan” “özen ilişkisi” dürüstlük kuralının bir etkisi⁹⁹ olarak çalışanın sözleşmeyle yüklendiği edimleri yerine getirmesi yanında bu edimleri yerine getirirken işverenin şahsına, ailesine ve işletmenin de değer ifade etmesi durumunda işletmenin şahsiyetine saygı göstermek, işverenin güvenini suistimal etmemek, güven ilişkisinden doğan koruma yükümlülüklerine aykırı davranmayarak¹⁰⁰ işverene sadakat ve saygı borcu vardır.

Çalışanın sadakat borcunun konusu ve kapsamı, çalışan ile işveren arasında kurulmuş olan hizmet ilişkisinin konusuna, aralarındaki ilişkiye, işin özelliği ve nihayetinde ticari hayatın alışkanlıklarına göre değişiklik göstereceği de göz önüne alınarak belirlenmeli ve belirlenen bu sınırlar dahilinde çalışan, işverenin ve işyerinin çıkarlarını korumaya hatta işverenin bu çıkarlarına zarar verebilecek her türlü davranıştan uzak durmaya özen göstermelidir. Bu anlamda çalışanın “yapma borcu” yanında “yapmama (kaçınma) borcu” doğmaktadır ki, işte çalışan tarafından işverenin ailesinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi, bir başka ifade ile yapmama borcuna aykırılık içeren eylemleri¹⁰¹ işveren için haklı nedenle derhal fesih sebebi oluşturacaktır; nitekim, Yargıtay vermiş olduğu bir kararda¹⁰² uluslararası faaliyette

⁹⁹AKYOL, s. 46; **A. Can TUNCAY**, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü(Sadakat), Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 1043-1086

¹⁰⁰AKYOL, s. 46; **OĞUZMAN**, s. 70

¹⁰¹**TUNCAY**, Sadakat, s.1049-1085; **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 72-73

¹⁰²Yayınlanmamış Yargıtay kararı, söz konusu kararda her ne kadar sadece verilen kararın onanması şeklinde ise de dava dosyasının incelenmesinde işverence çalışanın yapmış olduğu küfür içerikli sözleri sarf etmiş olmasını fesih sebebi olarak belirtmiş ve işverenin feshinin haklı kabul edilmiş olması şeklindedir. Y22HD, 01.10.2012, E.2012/15454, K.2012/20711

bulunan bir firmada, vardiya ustasının çalışanların yaptıkları işi ciddiye içinde yapmaları gerektiği ikazında bulunurken çalışanlara hitaben iş yerine atfen kullandığı küfürlü sözleri bu kabilden addederek, yapılan feshi haklı bulmuştur. İşverene karşı çalışanın bu özen yükümlülüğünün işverenin otoritesini taşıyan üst düzey vekilini de içerdiği, işverenin ailesi gibi çalışanın hakaretamiz davranışlarına maruz kalması halinde, işverenin haklı fesih hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin sona erdirilmesine sebep olacağı¹⁰³ belirtilmiştir. Yine çalışanın işverenin aleyhinde asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması, bu isnatların da “asılsız” olduğunun tespiti¹⁰⁴ halinde haklı fesih nedeni sayılabilecektir.

2.5.2.3. İşçinin İşverenin Başka Bir İşçisine Cinsel Tacizde Bulunması

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (c) alt bendinde çalışanın işverenin bir başka işçisine cinsel tacizde¹⁰⁵ bulunması düzenlenmiş olup cinsel tacizin tanımı ve içeriği hakkında açıklama yapılmamıştır, Avrupa Birliği'nin 2002/73 sayılı Direktifinde istenilmeyen, insan onuruna aykırı ve suistimal edilen çalışma ortamı olarak tanımlanmış olan cinsel taciz, Öğretide belirli bir kişiye yöneltilmesi dahi ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık içeren, rahatsız edici çalışma ortamı yaratan, işyerinin düzenini bozan cinsel nitelikli davranışlar olarak tanımlanmıştır¹⁰⁶.

¹⁰³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.842, NARMANLIOĞLU, s. 441; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.459; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.285

¹⁰⁴ SÜZEK, 2018, s.704; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.841; NARMANLIOĞLU, s. 442; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.285

¹⁰⁵ Abbas BİLGİLİ, “İş Yerinde Cinsel Taciz”, Adana 2010, s.5-8; Cinsel taciz kavramı İş Kanunu'nda veya TBK'da tanımlanmamış, Ceza Kanunlarında tanımlanmış haliyle suç olarak hukukumuzda yer almıştır. Ancak iş hukukunun verdiği anlam kişinin rızası hilafına rahatsız edici bakışlardan tecavüze varan her türlü göz, el ve sanal eylemi içeren davranış ile yapılan kişilik haklarına saldırı niteliğinde ki eylemleri ifade ederken ceza hukukunda tanımlı olduğu şekilde sınırlandırılmıştır. Bkz. Abbas BİLGİLİ, “İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz (Cinsel Taciz)”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2011, S.21,

¹⁰⁶ Erdem ÖZDEMİR, “İşyerinde Cinsel Taciz”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2016, S. 2, s. 147-159

Öğretide bir kısım yazarlarca¹⁰⁷ çalışanın işverenin bir diğer çalışanına cinsel tacizde bulunmasının “kişilik haklarına” aykırı davranış niteliğinde olmadığı, daha çok iş emniyetinin tehlikeye düşürülmüş olması niteliği nedeniyle işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı verdiği ileri sürülmüş, bir diğer görüş¹⁰⁸ ise çalışanın taciz niteliğindeki davranışının “sadakat borcuna” aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesinde “işçinin kişiliğinin korunması” kenar başlığı altında yapılan düzenleme ile psikolojik taciz (Mobbing) mağdurunun daha fazla zarar görmesini önlemek adına işverenin gerekli önlemleri alması yükümlülüğü getirilmiştir¹⁰⁹. Böylelikle, İş Kanunu’nda düzenlemesi bulunmayan ancak uygulama ve Öğretide¹¹⁰ tanımlanmış olan psikolojik taciz kavramı, uzun zaman içerisinde tekrarlanan ve sistematik bir şekilde devam eden, çalışanın kişilik haklarına saldırı olarak tanımlanan mobbing¹¹¹ işverenin ödevleri arasında, işçinin kişiliğinin korunması¹¹² olarak tanımlanarak hukuk sistemimizde yerini almıştır.

¹⁰⁷ **OĞUZMAN**, s. 71, yazar “çalışanın bir başka çalışana tecavüz veya tehditte bulunması” şeklinde ifade etmektedir.; **F. Burcu SAVAŞ**, İşyerinde Manevi Taciz (Manevi Taciz), İstanbul 2007, s. 6-7; Konuyla ilgili yapılan sonraki çalışmalarda ve özellikle TBK 417. madde düzenlemesiyle birlikte Mobbing kavramının F. Savaş tarafından ifade edildiği üzere “manevi taciz” olarak nitelendirilmesi ve salt “cinsel taciz” olarak değerlendirilmemesi, Yargıtay kararlarında da “cinsel taciz” kavramıyla sınırlı olarak değerlendirilmediği; “manevi taciz” in ise işyerinde göz önüne alınca yine F. Savaş’ın ifadesiyle işyerini kast ederek “örgüt içindeki ekip çalışmasının ve birliktelik duygusunun bozulması sonucunda başarılı iş sonuçları ortaya çıkmamakta, üretim, etkinlik ve işin kalitesi ile niceliği düşmekte ve bu nedenle işyerinin adı ve saygınlığı da lekelenmekte” tespitini yaparak iş emniyetinin tehlikeye düşürülmüş olması nedeniyle işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğmuş olmaktadır.

¹⁰⁸ **BİLGİLİ**, Cinsel Taciz, s. 63- 78; **Murat AKI**, “Mobbing (Psikolojik Terör) Tanımı ve Türleri Türk ve Karşılaştırmalı Hukukta Yeri”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2011, S.21, s. 86- 99

¹⁰⁹ **Nihat YAVUZ**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler- Özel Hükümler”, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 596-612

¹¹⁰ **F. SAVAŞ**, Manevi Taciz s. 6-7; **Tuncay KAPLAN**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması (Kişiliğin Korunması)”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2011, S.24, s. 40- 53

¹¹¹ **Hakan KESER**, İş Sözleşmesinin Mobbing Sebebi İle Feshi Üzerine Bir Değerlendirme, Legal İSGHD Özel Sayı Fevzi Demir’e Armağan, İstanbul 2016, s. 261-275; Mobbing, F. Savaş tarafından “Her türlü incitici ve küçük düşürücü tutum ve davranış örüntüsü olarak ortaya çıkan, daha dolaylı ve

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (c) alt bendinde çalışanın işverenin bir başka işçisine cinsel tacizde bulunması düzenlemesi manevi tacizin bir üst basamağı olup; failin amacı, mağdurun cinsiyeti ve eylemin sürekliliği veya ani oluşu açısından mobbingten ayrılmaktadır¹¹³. Mobbingde iş ilişkisinde bulunulan mağdurun işi bırakıp gitmesi amacıyla sistematik ve süreklilik arz eden bir yıldırma politikası söz konusu iken cinsel tacizde ise süreklilik arz etmeyen, anlık hareketlerden oluşan cinsel nitelikli bir amaç hedeflenmektedir.

Psikolojik taciz; kanunun deyiimiyle Mobbing çalışanın kişilik haklarına taciz iken cinsel taciz ruhsal ve bedensel dokunmazlığının ihlalini içermesi nedeniyle mağdur yönünden daha ağır sonuçları doğurabilecek olup TBK 417. maddesindeki düzenlemeden ayrılmaktadır.

Tacizin işyerinde veya işyerinin dışında meydana gelmesinin bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁴. Nitekim, tacizin fiili olarak yapılması ile sosyal medyanın kullanılması suretiyle yapılması arasında da bir fark olmayacaktır. Yargıtay kararında "...alt işveren işçisi olarak çalışan davacının asıl işveren bünyesinde kamu görevlisi olarak çalışan işçiye "... adlı sosyal paylaşım sitesinde dava dilekçesindeki kabulden de anlaşıldığı üzere arkadaş olarak ekli olmadığı halde ortak arkadaşların olması nedeniyle gördüğü resmini beğenmesi ve " ...çok sade ve güzelsin " şeklindeki sözü cinsel taciz boyutuna ulaşmamakla birlikte sataşma niteliğinde olup olayın işyerine

uzun süreli gerçekleştirilen ve hem fiziksel hem de psikolojik sonuçlar ortaya çıkaran, bir grup insan tarafından gerçekleştirilen bireysel saldırıdır." şeklinde tanımlanmıştır. **F. SAVAS**, Manevi Taciz, s. 6-7; **Hediye ERGİN**, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, Cilt I, s.245-262,

¹¹²**Tankut CENTEL**, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması (Kişiliğin Korunması)", Sicil İHD, İstanbul Aralık 2011, S.24, s. 13- 18

¹¹³ **Abbas BİLGİLİ**, İş Hukukunda Mobbing (Psikolojik Taciz), 3. Baskı, Adana 2015, s. 12

¹¹⁴ **ÖZCAN**, İş Güvencesi, s.37; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.291

yansıdığı ve iş akışının bozulduğu sabit olduğundan somut olayda haklı bir fesih nedeni bulunmasa dahi fesih için geçerli bir nedenin bulunduğu¹¹⁵ belirtilmiş, sosyal medya üzerinden yapılan taciz benzeri davranışların, örneğin evli bir bayana telefonla mesaj atılması¹¹⁶ haklı nedenle fesih olarak görülmüştür. Yargıtay bir başka kararında¹¹⁷ ise her ne kadar çalışanın iş sözleşmesinin feshi üzerinden işverenin davranışı kapsamında değerlendirilerek “Ayrımcılık, bir birey veya bireylerden oluşan bir grubun, birtakım özellikleri ve niteliklerinden dolayı haksız muamele görmesidir. İşyerinde ise işverenin, işvereni temsil eden temsilcisinin veya işverenin diğer bir işçisine, ırkı, rengi, cinsiyeti, medeni hali, cinsel tercihi, hamileliği, dini, mezhebi, siyasi görüşü ve benzeri nedenlerle tacizde bulunması, bu nedenle işten çıkarılması halinde ortaya çıkmaktadır” şeklinde karar vermişse de benzeri nitelikte “ırkı, rengi, cinsiyeti, medeni hali, cinsel tercihi, hamileliği, dini, mezhebi, siyasi görüşü ve benzeri nedenlerle tacizde” bulunabileceğini, taciz iddiasının salt cinsel içerik ve boyutta ele alınıp değerlendirilemeyeceği¹¹⁸ yönünde karar vermiş olup öğretide de bu yönde değerlendirilmektedir¹¹⁹.

Yargıtay’ın işyerinde iş emniyetini tehlikeye düşürecek sonuçlar ortaya çıkaracak nitelikte olması itibarıyla “taciz” kavramını haklı fesih nedenleri arasında saymış olması, çalışan açısından kabul edilen bu durumun işveren için de kabul edilmesinin isabetli olacağı yönünde değerlendirmede bulunarak Öğretide *F. Savaş*, manevi taciz mağdurunun devamsızlığının işverene İşK. 25. maddesinin I. Bendinde düzenlenen sağlık sebepleri ve II. bendinin (g) fıkrası uyarınca haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceğini ileri sürmüştü buna dayanarak çalışanın iş sözleşmesinin işveren

¹¹⁵ Y7HD, 10.03.2016, E. 2015/43589, K. 2016/6048; (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹¹⁶ Y9HD, 14.01.2015, E.2013/7490, K. 2015/470 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹¹⁷ Y9HD, 17.09.2015, E. 2015/18355, K. 2015/26031; (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹¹⁸ Y9HD, 07.05.2015, E. 2015/9188, K. 2015/16811; (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹¹⁹ Ayrıntılı inceleme için bkz. **CENTEL**, Kişiliğin Korunması, s. 15; **BİLGİLİ**, Cinsel Taciz, s. 63-90; **Hande HEPER**, Uluslararası Düzenlemeler Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizle Mücadele: Avrupa Ülke Örnekleri ve Türkiye İçin Öneriler, Fevzi DEMİR’ e Armağan, Legal İHSGD Özel Sayı; İstanbul 2016, s. 427- 467

tarafından feshinin haksız olacağını belirtmiştir. Yine manevi taciz, mağdurun işyerinde verimsizliğine neden olmuşsa bu verimsizlik gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshi iyiniyet kurallarına aykırı olarak kabul edilecektir¹²⁰.

2.5.2.4. İşçinin Sataşması, İçki ve Uyuşturucu Madde Kullanma Yasağına Aykırı Hareketi

İş Kanunu'nun 84. maddesinde "İçki veya uyuşturucu madde kullanma yasağı" başlığı altında düzenlenmiş bulunan bu hüküm, 6331 sayılı yasanın¹²¹ 37. maddesiyle değiştirilerek İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (d) alt bendinde "*İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması.*" düzenlenerek işverene haklı sebeple derhal fesih hakkı tanımıştır.

Öğretide ve Yargıtay kararlarında çalışan veya aile yakınlarından birinin¹²² iş süreleri dışında dahi olsa veya Ceza Kanunu'na göre suç teşkil etmese dahi¹²³ işverene, işverenin aile fertlerine veya işverenin bir başka çalışanına yazılı olarak¹²⁴, sosyal medya aracılığıyla¹²⁵, mail yoluyla¹²⁶ veya sözlü veya davranışla¹²⁷ sataşması, bu

¹²⁰F. SAVAŞ, Manevi Taciz, s. 116-117

¹²¹ RG. 30.06.2012, 28339

¹²²NARMANLIOĞLU, s. 443; Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda "...dosya içeriğine göre davacının çalışma arkadaşına karşı doğrudan hakaret ve tehdit gibi sataşma niteliğinde bir davranışı ya da eşi ve oğlunu suça azmettirmesi söz konusu değildir. Ancak, işin yapımı ile ilgili işyerinde meydana gelen basit bir tartışmayı eşine bildirerek yukarıda açıklanan olaya sebebiyet verdiği açıktır..." Y9HD, 06.12.2010, E. 2010/28835, K. 2010/36179 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹²³MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.844, NARMANLIOĞLU, s. 444; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.298

¹²⁴"...İşverene sataşma şeklindeki bu yazı nedeni ile..." Y9HD, 30.05.2016, E. 2015/2870, K. 2016/12605 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹²⁵MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s. 843; "...sosyal paylaşım sitesi olan facebook sayfasında, "Ümraniye mağazasında içine kendimi de katarak bu mağazada bir tane ADAM

sataşmanın da sözleşmenin devam ettirilmesi işverenden beklenmeyecek ağırlıkta olması ve işyerindeki çalışma düzenini olumsuz etkilemesi halinde¹²⁸, işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanmak suretiyle iş sözleşmesini sona erdirebileceği görüşü hakimdir.

Nitekim çalışanın sataşma niteliğindeki “*davranışlarının ağırlığı*”, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkının varlığının tespitinde önemli bir kriter olup Yargıtay vermiş olduğu “grup başı olarak görev yapan ...isimli işçiye ağza alınmayacak sözlerle küfür ettiği¹²⁹; soruşturma raporunda davacı ile ...arasındaki olayın tartışma boyutunu aştığı, küfürleşme ve yumruklaşma şeklinde gerçekleştiği, davacının ...'ın tişörtünü yırttığı anlaşılmış.... davacının asıl işverenin çalışanına karşı küfür içeren sözler

gibi ADAM yok, herkes kaypak olmuş, herkes yalaka olmuş. Taklacı olmuş, bunun öbür dünyası da olacak, iki yakaları elimde olacak İNŞALLAH...." sözlerini sarf ettiği, davacının bu sayfasına işyerinde çalışan bir kısım işçilerinde tanımlı olduğu, davacının bu sözleri üzerine diğer bir kısım işçilerin de yorum yapıp cevaplar yazdıkları anlaşılmalı, tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, davacının sözlerinin, diğer çalışanları da hedef alır şekilde rencide edici olduğu, eleştiri sınırlarını aştığı, işyerindeki çalışma barışını bozduğu, sözlerinin arasına kendisini de dahil etmesinin eylemi masum kılmayacağı, eylemin 4857 sayılı Yasanın 25/II-d kapsamında sayılması için işçinin, işverenin başka işçisine sataşması yeterli olup, bu sataşmanın yüz yüze, mail yolu ile ya da sosyal paylaşım sitesi ile olmasının da sonucu değiştirmeyeceği...” Y9HD, 23.05.2016, E. 2015/2635, K. 2016/12272; “...sosyal paylaşım sitesinin görüntüsü dosyaya sunulmuş olup davacının “iki kelimeyi bir araya getirip cümle kuramayan adamlar müdür olursa basit bir resmi yazıya cevap yazmayan geri zekalılar şef olur ...’de iş hayatı saçma sapan ilerliyor” şeklinde paylaşımında bulunduğu görülmektedir. Yapılan paylaşım ve davalı tanık beyanları değerlendirildiğinde paylaşımın davalı işyerine yönelik olduğu davacının söz konusu hakaret ve sataşma içeren paylaşımının işverene haklı fesih imkânı verdiği, davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı...” Y9HD, 31.03.2016, E. 2015/27643, K. 2016/7929 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹²⁶MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.843; Y9HD, 13.01.2016, E. 2015/25023, K. 2016/589 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹²⁷NARMANLIOĞLU, s. 443; “...davacının iş sözleşmesi hasta veya yakınına darp etmesi (fiziki müdahalede bulunması) sebebiyle feshedilmiştir. Gerçekten davalının işyerine gelen hasta veya yakınının davacı tarafından darp edilmesi işçinin doğruluk ve bağlılığına uymayan davranışlarına girer” Y7HD, 14.03.2016, E. 2015/6085, K. 2016/6215 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹²⁸SÜZEK, 2018, s.705-706; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.843

¹²⁹Y9HD, 09.02.2017, E. 2017/267, K. 2017/1311; Y22HD, 26.01.2015, E. 2013/29002, K. 2015/931 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

söylediği ve fiili saldırıda bulunduğu¹³⁰ işveren feshinin, davacının davranışlarından kaynaklanan haklı nedene dayandığı¹³¹; davacının duruma sinirlenip amirine hakaret ettiği gibi işyerindeki masa ve camlara vurup, camı kırıp yaralandığı¹³² ; ramazan ayında yemek çıkarılmaması ve yemek bedellerinin ödenmemesi nedeniyle tartışma çıktığı, çıkan tartışmada mağaza müdürünün davacı işçiye “yalan söylüyorsun” şeklindeki sözü üzerine davacı işçinin mağaza müdürüne hakaret ettiği ve sonrasında tarafların birbirini darp ettiği¹³³ şeklindeki kararlarında çalışanın davranışındaki ağırlığın işveren açısından sözleşmenin devamını beklenemeyecek ölçüde etkilemesi koşuluna bağladığı görülmektedir.

Yargıtay yine çalışanın sataşma niteliğindeki eyleminin yöneltildiği kişinin yapılan iş ile ilgili veya işveren ile olan yakınlığı veya işyerinde iş ile ilgili bulunup bulunmaması¹³⁴ şeklinde ayrımlara tutarak kararlar vermiştir. Yargıtay bir kararında işverenin, aile fertlerinden birine veya işverenin bir başka çalışanına söz veya davranışla sataşması hakaret niteliğindeki sözlerinin davalı işverene haklı fesih hakkını tanıdığı ancak “işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövğüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacağını kabul etmiş aynı kararda “iş

¹³⁰Y22HD, 22.02.2016, E. 2014/31726, K. 2016/4841; Y22HD, 26.01.2016, E. 2014/29605, K. 2016/2119 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹³¹Y7HD, 09.03.2016, E. 2015/39736, K. 2016/5880; Y9HD, 24.02.2016, E. 2014/30434, K. 2016/3839 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹³²Y9HD, 23.05.2016, E. 2015/2346, K. 2016/12246 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹³³YHGK, 18.01.2017, E. 2015/22-551, K. 2017/16 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹³⁴Yargıtay kararında “dedikodu çıkarılan işçilerden biri evli olup, söz konusu dedikodunun kaynağının davacı olduğu tanık beyanları ve dosyada mevcut ayrıntılı ve tutarlı yazılı ifadelerle sabittir. Davacının söz konusu davranışı diğer iki çatışana yönelik sataşma mahiyetindedir. Bu durumda işverence yapılan fesih haklı sayılmalıdır” diyerek dedikodunun haklı neden kapsamında değerlendirmiştir. Y22HD, 24.03.2015, E. 2015/7794, K. 2015/11301 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

yerinde düzeni ve disiplini olumsuz etkilemesi işçi işveren ilişkisini işveren açısından çekilmez hale getirmesi durumunda örneğin diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek¹³⁵; diğer işçinin tahriki ile bu davranışta bulunmuş ve aslında sataşan diğer işçi olup, bu işçinin iş sözleşmesi o an için feshedilmemiş ise de bu durum işveren açısından geçerli nedeni ortadan kaldırmaz. Fesih haklı değilse de geçerli nedene dayanmaktadır¹³⁶ diyerek sataşma eyleminin ağırlığı¹³⁷ ve sataşmanın iş sözleşmesi ile bağlantılı olduğu ölçüde haklı nedenle fesih hakkının söz konusu olduğunu davranışın ağırlığı azaldıkça ve iş sözleşmesinden kaynaklanan ilişkiden uzaklaşıldıkça geçerli nedenle fesih hakkının bulunduğu belirtilmiştir.

Sataşma niteliğindeki davranış iddiasının ispat yükümlülüğü işveren tarafından yerine getirilmelidir. Bu iddianın somut bir olaya ilişkin olması gerekmekte olup, Yargıtay soyut iddialardan ibaret¹³⁸ olması halinde işverenin haklı nedenle fesih hakkının bulunmadığını belirtmiştir. Yine aynı şekilde Yargıtay “yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez¹³⁹” şeklindeki kararıyla sataşma davranışının yapıcı olmayan subjektif eleştiri niteliğindeki davranışlar olarak tanımlamış böylesi bir durumun varlığı halinde işverenin haklı nedenle fesih hakkından bahsedilebilecektir¹⁴⁰.

¹³⁵Y9HD, 27.02.2017, E. 2016/5462, K. 2017/2547 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹³⁶ÖZCAN, İş Güvencesi, s. 38; Y9HD, 07.02.2017, E. 2016/4157, K. 2017/1265 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹³⁷Y22HD, 16.03.2015, E. 2014/8256, K. 2015/10131 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹³⁸Y7HD, 15.03.2016, E. 2015/6810, K. 2016/6245 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹³⁹Y9HD, 27.02.2017, E. 2016/5462, K. 2017/2547; Y22HD, 22.06.2015, E. 2015/16785, K. 2015/21346 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁴⁰SÜZEK, 2018, s.705

Çalışanın işyerine *sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması* işverene haklı nedenle fesih yetkisi tanımakla birlikte söz konusu alkolün işyeri dışında alınmış olması sonrasında sarhoşluk belirtileri göstermeyen işçinin işyerine gelmesi haklı neden olarak kabul edilemeyeceği; işçinin, işyeri dışında aldığı alkollü içki miktarı işçinin irade ve davranışlarını ve işini normal şekilde yürütülmesini etkilemiyorsa ve çalışanın iradesi dışında üçüncü kişilerin hileli davranışı sonucunda meydana gelen alkol veya uyuşturucuya bağlı olumsuz bir davranışı söz konusu ise¹⁴¹ sadece içki almış olması sözleşmenin feshi için yeterli değildir¹⁴² şeklindeki kararıyla Yargıtay, Öğretide de kabul edildiği üzere haklı fesih hakkının işyeri dışında alınan alkol miktarının “işin normal şekilde yürütülmesini etkilemesi” kıstasına bağlamıştır. Bunun yanında işyeri ve eklentilerinden sayılan araç dışında alınmış olsa dahi alkollü olarak araç kullanan şoförün sözleşmesini haklı nedenle fesih edilebilecektir. Çalışanın işyeri dışında alkol almasının aksine işyerinde alkollü içki kullanmak (kanaatimizce veya sair keyif verici madde) sarhoşluğa veya geçici zihinsel ve bedensel algı ve tepki kaybına sebebiyet vermemiş olsa dahi haklı nedenle fesih oluşturacaktır¹⁴³.

Alkolün işyerinde alınmış olması halinde işverenin haklı fesih hakkının varlığı söz konusu olmasıyla birlikte işverenin, işyerinde alınmış olan alkolün sağlık kurulu raporu aldırarak suretiyle ispatlamak gibi bir yükümlülüğü bulunmadığı gibi çalışanın rapor almaya zorlaması da söz konusu olamayacağından fesih bildirimimin içeriğinin tutulan tutanak ve davalı tanıklarının beyanı ile ispatlanmış kabul edilebileceği Yargıtay kararında belirtilmiştir¹⁴⁴.

¹⁴¹MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.844; NARMANLIOĞLU, s. 444; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.300-301

¹⁴²SÜZEK, 2018, s.706; NARMANLIOĞLU, s. 444; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.300; Y9HD, 16.06.2016, E. 2015/3881, K. 2016/14526 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁴³MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.844; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.300; Ufuk AYDIN, “İşçinin Sürücü belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2010, S.18, s. 232-243

¹⁴⁴ Y7HD, 17.03.2016, E. 2015/44559, K. 2016/6536 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Alkollü içki alınmasıyla ilgili olarak haklı sebeple derhal fesih hakkını oluşturan tüm durumlar düzenlemenin amacına uygun olarak alkollü içki yanında eroin, kokain esrar gibi iradeyi geçici veya daimi nitelikte sakatlayan maddelerin işyerinde kullanımı, işyerine getirilmesi veya işyeri dışında kullanılmış olsa dahi iş güvenliğini tehlikeye düşürecek, işyeri düzenini bozacak ve üretimi engelleyecek nitelikte sonuçlara sebebiyet verecek şekilde kullanımı işveren için haklı nedenle derhal fesih hakkını doğuracak¹⁴⁵ olup; iş güvenliğini tehlikeye düşürecek, işyeri düzenini bozacak ve üretimi engelleyecek nitelikte sonuçlar doğurması çalışanın sataşma niteliğindeki davranışları için de geçerli olacaktır¹⁴⁶.

2.5.2.5. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışları

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (e) alt bendinde “*İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması*” düzenlemesi Yargıtay'ın da belirttiği üzere “yasadaki haller sınırlı sayıda olmayıp” “genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları¹⁴⁷” işverene haklı nedenle derhal fesih imkânı tanımaktadır.

Öğretide ve Yargıtay tarafından sadakat ve saygı borcu başlığı altında, işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyan aykırı davranışların hırsızlık, güveni kötüye

¹⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.845

¹⁴⁶ OĞUZMAN, s.69; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.317

¹⁴⁷“...usulsüz internet siparişlerini tespit ettiğinde durumu mağaza yönetimi yanında şirket üst yönetimine de bildirmesi gerekirken bilgilendirme yapmadığı, işçiye güvenin sarsıldığı ve sözleşmesel yükümlülüğe aykırılık teşkil ettiği feshin geçerli nedene dayandığı” Y22HD, 23.01.2017, E. 2017/483, K. 2017/716; Y22HD, 26.01.2015, E. 2015/131, K. 2015/945 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

kullanma, işverenin meslek sırlarını açığa kavuşturulması¹⁴⁸ ve “bunlar gibi” sebepler¹⁴⁹ olduğu bu tür davranışların ise “güven temelinin çökmesi” ne sebep olan davranış olarak nitelendirilmesi halinde işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyacağı belirtilmiştir.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda da işçinin kişiliğinde bulunan bir sebep olarak şüphenin “iş ilişkisinde işverenin işçisine karşı duyduğu, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açan”, “ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı” ve nihayetinde işverende meydana gelen bu zedelenmenin “işverenden katlanması beklenemeyecek” nitelikte olması gerektiği; böyle bir durumda “iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalkmasına bağlı olarak” sözleşmenin işveren tarafından haklı nedenle feshedilebileceği belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın ifadesiyle “şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için, işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü” olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Şüphenin, fesih anında mevcut belirli objektif vakıa ve emarelere dayanması gerektiği, işverenin sırf sübjektif değerlendirmesinin

¹⁴⁸ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s. 845-847; “...mahkemece ilaç fabrikasında çalışan davacının diğer bir işçiye ilaç verdiği ve bu nedenle işyeri kurallarına aykırı davranışının kesin olarak ispat edilemediği belirtilen olay tanık beyanlarına göre fesihten bir veya bir buçuk yıl önce meydana gelmiştir. Keşif sonrası arge bölümü çalışanlarının rahatlıkla ilaç numunelerine ulaşabileceği, davacının bu eylemi yapmasının imkânsız olmadığı belirtilmiştir. Bu tespiti göre işveren ilaçların dışarı çıkarılmaması yönünde talimat vermiş ise de bunun önlenmesi için gerekli tedbirleri almamıştır. Mahkemece davranışın kesin olarak ispat edilemediği kanaatine ulaşılmasına rağmen, eylemin davacı tarafından yapılması yönünden kuvvetli şüphenin bulunması nedeniyle hizmet ilişkisinin sürdürülmesinin davalı açısından kabul edilemez hal aldığı, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmiştir. Oysa şüphe feshinden söz edebilmek için yukarıda açıklandığı üzere şüphenin, fesih anında mevcut belirli objektif vakıa ve emarelere dayanması gerekir. Somut uyumsuzlukta ilaçların fabrika dışına çıkarılması olayının yaklaşık bir yıl önce olduğu belirtilmiştir. Fesih anında mevcut belirli objektif bir vakıa ve emare bulunmamaktadır. Kısaca fesih anında davacının şüphe uyandıracak bir davranışı yoktur. Davalı işveren geçerli ve haklı fesih nedenini kanıtlayamadığından, davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır” Y9HD, 01.12.2014, E. 2014/25713, K. 2014/36221 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁴⁹ **OĞUZMAN**, s.70-73; **TUNCAY**, Sadakat, s.1049-1085; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 765; **SENYEN-KAPLAN**, s. 285; **ÖZCAN**, Sözleşmenin Feshi, s. 40-41; **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 96; **ALPAGUT**, Sadakat Borcu, s. 29

yeterli olmayacağı, yapılan incelemede işçinin şüphe edilen eylemi işlediğinin büyük bir ihtimal dahilinde olduğu sonucunun ortaya çıkması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁰.

Öğreti ve Yargıtay'ın çalışanın “doğruluk ve bağlılığa” uymayan davranışının ağırlığını göz önüne almak suretiyle bir ayrıma tabi tuttuğu görülmektedir. Nitekim doğrulukla bağdaşmayan hareketler kapsamında bir banka çalışanın “kendisine tahsis edilen banka kurumsal e-posta adresini kullanarak taşınmazlara ait satış alt değer, taşınmaz ekspertiz bilgileri ve tapu bedeli gibi bilgileri üçüncü kişilerle paylaştığı” bu durumun “etik ilkelerine aykırı eylemlerde bulunduğu ve yaptığı iş nazara alındığında doğruluk ve bağlılıkla” bağdaşmadığı iş sözleşmesinin feshinde haklı sebebin var olduğuna hükmetmiştir¹⁵¹.

Bir başka kararda “davacıyla birlikte bir kısım çalışanın işverenin yıllık izinlerin kullanımına ilişkin aldığı karar üzerine işyerinde iş saati içinde toplantı yaptıkları dikkate alındığında davacının bu davranışının işin yürütümünü olumsuz etkilediği, davalı işverenin siparişlerini zamanında bitirilemediğinden sevkiyatın gecikmesine sebep olarak iş yerinde olumsuzluğa yol açtığı anlaşılmaktadır. Buna göre davalı tarafça yapılan feshin haklı sebep ağırlığında olmasa da geçerli bir fesih mahiyetinde olduğu anlaşılmaktadır” diyerek çalışanın davranışındaki doğruluk ve bağlılığa aykırı hareketin işyerinde işin yürütümünü olumsuz etkileyen davranışlar ile dürüstlük kuralının

¹⁵⁰ “... güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı muhtelif tarihte, temizlik görevlisi tarafından Garajında bulunarak kendilerine getirilen 50,00 TL'ye ilişkin aynı vardiyada çalışan ile birlikte tutanak tutmuştur. Tanık beyanlarına göre, işyeri uygulaması gereği en geç bir hafta sonra kayıp eşyaların tutanak ile birlikte emanet birimine teslim edilmesi gerekmektedir. Ancak birkaç ay sonra dava dışı'ın kendi vardiyasında çalışırken yaptığı kontrol sırasında tutanağa rağmen paranın bulunmadığını fark etmesi üzerine davacıyı telefonla aradığı, davacının parayı tutanağa iğnelediklerini söylediği, tutanakta iğne izi olmadığını fark etmesi üzerine davacı ile tekrar telefonla görüştüğü, sonuç alamaması üzerine bekleyen tutanakları yaktığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar tutanakları yakan kişinin davacı olmadığı açık ise de kayıp 50,00TL nin vardiya arkadaşı ile birlikte davacıya teslim edildiği ve zamanında ilgili birimlere iletilmediği açıktır. Ortaya çıkan bu olgular sebebi ile işverenden iş ilişkisini sürdürmesi beklenemez derecede şüphe meydana gelmiş olup iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı sabit olmasa da geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir.” Y22HD, 16.01.2017, E. 2017/746, K. 2017/34 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁵¹ **TUNCAY**, Sadakat, s.1049-1085; Y22HD, 23.06.2016, E. 2016/17238, K. 2016/19081 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

etkisiyle edim yükümlüsüne yüklenmiş olan “borcun konusunu koruma ve ona özen gösterme” olarak ifade edilecek olan koruma yükümlülüğüne aykırı davranıştan sakınması hatta işin niteliğine göre edimin değeri ile orantılı özen gösterme yükümlülüğüne uygun davranış¹⁵² sergilemeyi ayrı ayrı değerlendirdiği görülmektedir.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre çalışanın sadakat borcuna aykırılık oluşturan davranışı teşebbüs aşamasında kalmış olsa veya suç niteliği taşıyorsa, ceza mahkemelerince yapılan yargılama sonucunda beraat etmiş olsa dahi ceza dosyasındaki suçu oluşturan maddi vakıalar ile bağlı olarak söz konusu davranış değerlendirildiğinde “güven temelini çökmesi” söz konusu ise iş yargıcı tarafından işverenin haklı nedenle fesih hakkının varlığına hükmedebilecektir¹⁵³. Örneğin sır saklama yükümlülüğüne¹⁵⁴ aykırı davranış bu kapsamda sayılabilecek olup işverenin iradesiyle, sır saklama kapsamında değerlendirdiği ve açıklanmamasında korunmaya değer menfaatinin bulunduğu bir durumda¹⁵⁵ çalışanın bu sırrı üçüncü kişilere açıklayarak sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmış olması zarar doğmuş olmasa dahi işverene haklı nedenle fesih hakkı verecektir. Böyle bir durumda çalışanın eyleminin ayrıca TCK hükümleri gereğince suç sayılıp sayılmamasının bir önemi bulunmayacaktır.

Öğretideki bir başka görüşe göre ise görevi kötüye kullanma, hırsızlık ya da meslek sırlarını ortaya atma gibi fiillerde TCK hükümlerine göre değerlendirme yapılarak haklı nedenle fesih hakkının varlığı saptanmalıdır. Bu görüşe göre çalışanın

¹⁵²AKYOL, s.51; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 187

¹⁵³SÜZEK, 2018, s.707; AKTAY/ARICI/ SENYEN-KAPLAN, s. 187; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.846; SENYEN-KAPLAN, s. 285; NARMANLIOĞLU, s. 448; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.40

¹⁵⁴Sır saklama yükümlülüğü, çalışanın işiyle ilgili, çalışması sırasında üretim ve iş sırlarından oluşan bilgileri sözleşmenin devamı süresince kendi menfaatine kullanamaması veya başkalarına açıklayamamasından oluşur. **Demet BELVERENLİ**, “İşçinin Sır Saklama Borcu (Karar İncelemesi)”, Legal İHSGHD, İstanbul 2016, S.50, s.989-1023

¹⁵⁵ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. **TUNCAY**, Sadakat, s.1050-1065; **BELVERENLİ**, s. 1002

yargılandığı ceza mahkemesinde beraat etmiş olması haklı nedenle fesih hakkının bulunmadığını göstermektedir¹⁵⁶.

2.5.2.6. İşçinin İşyerinde Suç İşlemesi

Çalışanın işyerinde suç işlemesi İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (f) alt bendinde düzenlenmiştir. Buna göre “İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi” işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı verecektir. Öğretide “işyerinde işlenmiş olması” ifadesinin İş Kanunu'na göre tanımlanmış işyeri¹⁵⁷ ve işyeri sayılan¹⁵⁸ yerleri içerdiği ve “suçun yedi günden fazla hapisle cezalandırılmış” olmasının, suç oluşturan fiil için mahkemece hükmedilen cezanın esas alınması gerektiği, yasada öngörülen cezanın esas alınamayacağı ve cezanın ertelenmemiş olması gerektiği¹⁵⁹ çoğunluk tarafından ileri sürülmüştür.

Yargıtay kararında cezanın ertelenmiş olmasının veya fiilde suç vasfının bulunmaması veya delil yetersizliği nedeniyle beraat etmiş olmasının işverenin haklı nedenle fesih hakkının varlığı açısından önemi bulunmadığını¹⁶⁰ belirtmiştir.

¹⁵⁶ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 227

¹⁵⁷ İş Kanunu 2. maddesi “işyeri” tanımı yapılmış olup “İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır” şeklindedir.

¹⁵⁸ Aynı maddenin ikinci fıkrasında “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.”; Araçlar işyeri sayılması nedeniyle, trafik para cezaları hariç araçta işlenen suçlar bu hükmün kapsamına girecektir. SÜZEK, 2018, s.708; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.376; F. SAVAŞ, Fesih, s. 106

¹⁵⁹ SÜZEK, 2018, s.708; NARMANLIOĞLU, s. 450-451; AKTAY/ARICI/ SENYEN-KAPLAN, s. 188; MOLLAMAHTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.849

¹⁶⁰ “Davacının ikrar ettiği eyleminin hırsızlık olup, Ceza Mahkemesi'nin delil yetersizliğine dayalı beraat kararının hukuk hakimini bağlamayacağı gibi işverenin derhal haklı fesih hakkını da ortadan kaldırmayacağı...” Y9HD, 18.02.2010, E. 2008/19019, K. 2010/3872 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Kanaatimizce *Tuncay*'ın da belirtmiş olduğu üzere suçun işyerinde işlenmiş olması halinde dürüstlük kuralının etkisiyle edim yükümlüsü olarak çalışana yüklenmiş olan “borcun konusunu koruma ve ona özen gösterme” yükümlülüğüne aykırı davranış nedeniyle işlenen suçun maddi vakıa olarak sabit olması durumunda suç vasfının bulunmaması veya delil yetersizliği nedeniyle beraat etmesine bağlı olmaksızın madde düzenlemesinde “ertelenmeyen” bir cezadan bahsedilerek yedi günden fazla cezanın verilmiş olması durumunda işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkının doğmuş olduğunun kabulü¹⁶¹ gerekecek olup Yargıtay ise çalışan ile işveren arasında güven ilişkisinin tamamen ortadan kaldırarak nitelikte olması halinde haklı sebebin oluştuğu yönünde karar vermiştir¹⁶².

Kural olarak çalışanın işyeri dışındaki özel hayatına ilişkin davranışları kusur oluşturmayacak ve iş ilişkisini etkilemeyecektir; ancak, suçun işyeri dışında işlenmiş olması halinde çalışanın görevinin kapsamı ve niteliği, işletmenin amacı göz önüne alındığında işyerinde bir karışıklık yaratıyor ve bu durum işveren tarafından sözleşmenin devamının kendisinden beklenmeyecek nitelikte ise haklı nedenle fesihten bahsedilebilecektir. Örneğin şoför olan çalışanın özel hayatında araç kullanırken alkollü olarak araba kullanması, öğretmenin veya güvenlik görevlisinin hırsızlık yapması ve bu suçtan ceza almış olması halinde yasanın devamsızlık olarak belirtilen yedi günü aşmıyorsa ancak işin yürütümünü olumsuz etkiliyorsa geçerli neden olarak kabul edilmelidir¹⁶³.

¹⁶¹ **TUNCAY**, Sadakat, s.1049-1085; **F. SAVAŞ**, Fesih, s. 108; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.378

¹⁶² “...fesih tarihinde derdest ceza davasının kesinleşmemiş olduğu gerekçesiyle kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiş ise de; işyerinin niteliği, yapılan işin özelliği, ceza davasının fesih tarihinde derdest olması ve sonradan kesinleşmesi, davacı aleyhine açılan kamu davasında davacıya atfedilen suçun mahiyeti ve davacının soruşturma aşamasında tutuklu olduğunun anlaşılması hususları birlikte değerlendirildiğinde belirtilen hususlar çalışan ve çalıştırılan arasındaki güven ilişkisini tamamen ortadan kaldırarak nitelikte olduğundan davacının iş akdinin davalı işveren tarafından haklı nedenle feshedildiğinin kabulü ile kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile talebin kabulü yönünde hüküm kurulması hatalı olup..” Y7HD, 02.06.2014, E. 2014/4927, 2014/12099 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁶³ **KOÇ**, Suç ve Sözleşme, s. 1437

2.5.2.7. İşçinin İşe Devamsızlığı

Çalışanın iş görme edimini yerine getirmesi ve bunun karşılığında ise ücret talep etmesi beklenir. Ancak çalışan işe gelmez, gelmiş olmakla birlikte çalışmaz ise borcunu ifa etmemiş, ifadan kaçınmış kabul edilerek, sözleşme kusurlu imkânsızlık nedeniyle sona ermiş olacaktır. Bu durum kat'i ve mutlak şekilde ortaya konulmuş ise sözleşmenin feshinden söz edilecek olup sözleşme kusurlu imkânsızlık nedeniyle sona ermiş olacaktır¹⁶⁴. Çalışanın devamsızlığının işveren tarafından haklı nedenle fesih sebebi olarak en çok başvurulmuş neden olması nedeniyle Yargıtay'ın bu konuda çalışanın korumaya ve haksızlığa uğramasını önlemeye çalışarak devamsızlık nedeniyle fesih iddiasını titizlikle ele aldığı görülmektedir¹⁶⁵.

Çalışanın sözleşmeyle taahhüt etmiş olduğu edimleri ifadan kaçınarak hiç ifa etmemesinin dışında ve bu durumdan farklı olarak¹⁶⁶ devamsızlık yapmak suretiyle kendi kusuruyla ifa etmemiş olması ise İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (f)

¹⁶⁴ OĞUZMAN, s.58-59

¹⁶⁵Yargıtay Kararında “Somut uyuşmazlıkta davalı tarafça davacının iş akdinin devamsızlık sebebi ile feshedildiği savunulmasına rağmen devamsızlığa ilişkin usulüne uygun tutanakların tanzim edilmediği, SGK işten ayrılış bildiğinde işten çıkış tarihinin 09.03.2014 olarak ve kodunun 4 olarak belirtildiği, 13.05.2014 tarihli davalı fesih ihtarında ise devamsızlık tarihlerinin 05.05.2014, 06.05.2014, 07.05.2014 olarak belirtilmesine rağmen tutanakların davacının çıkışı verildikten sonra tutulduğu gibi davalının savunması ile çeliştiği anlaşılmaktadır.” Y9HD, 06.06.2017, E. 2017/21334, K. 2017/9803; “davacının Bölge Çalışma Müdürlüğüne verdiği şikayet dilekçesinde ve dava dilekçesinde hizmet akdinin 25.1.2008 tarihinde işveren tarafından feshedildiğini belirttiği görülmektedir. Mahkeme kararına esas bilirkişi raporunda da Ocak ayı ücreti 27 gün olarak hesaplanmıştır. Hizmet cetvelinde davacı adına 2008 yılı Ocak ayı için 23 gün prim tahakkuku yapılmıştır. Hizmet akdi 26.01.2008 tarihinde sona eren davacının bu tarihten sonra işe devam etmemesi feshin doğal sonucudur. Bu sebeple fesih tarihinden sonra tutulan tutanaklara itibar edilemez. Ayrıca işyerinde sekiz yıldan fazla çalışan bir işçinin tazminat haklarını yok edecek şekilde, nedensiz yere işi terketmesi hayatın olağan akışına aykırı olup, hukuki sonuç doğurmayacak devamsızlık tutanaklarına dayanarak davacının kıdem ve ihbar tazminat taleplerinin reddi bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, 12.10.2011, E. 2009/22437, K. 2011/37052 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁶⁶MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.851-853; Yargıtay “çalışanın işe gelmesine rağmen ifadan kaçınmasını görevlerin hatırlatılmasına rağmen yapmamakta ısrar etmesi olarak değerlendirilmesi ve İşK.'nın 25/II-h alt bendine göre sözleşmenin feshi yoluna gidilebileceğini” belirtmektedir. Y9HD, 06.06.2017, E. 2017/21334, K. 2017/9803 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>);

alt bendinde şu şekilde düzenlenmiş “İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” ve işveren için haklı nedenle derhal fesih hakkı olarak kabul edilmiştir. Nisbi emredici kural olarak çalışan lehine düzenleme yapılabilecek olmasıyla birlikte; Yargıtay vermiş olduğu kararlarında bu hususu “devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalı¹⁶⁷” kararıyla “İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” durumunun ayrı bir fesih nedeni olacağını belirtmiştir. Ocak devamsızlığı, çalışanın işe gelmesinin beklendiği çalışma günlerinde kusur ve kastı aranmaksızın işverenden izin almadan ve haklı bir nedene dayanmadan işe gelmemesi¹⁶⁸ olarak tanımlamıştır.

Çalışanın iki gün aralıksız olmak üzere işgünü itibariyle devamsızlık yapmış olması veya herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü devamsızlığın bir ay içinde iki defa tekrarlanması durumu işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyacaktır. Yargıtay "bir ay" ifadesinin takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı” ifade etmesi gerektiğini; ilk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçınıcı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık sürenin sona ereceğini ve son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek “sonraki devamsızlıklar ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilmesi¹⁶⁹” gerektiğini belirtmiştir.

¹⁶⁷MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.851; Y9HD, 06.06.2017, E. 2017/21336, K. 2017/9805 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁶⁸Saim OCAK, “İş sözleşmesinin İşçinin Devamsızlığı Nedeniyle Feshedilmesi (İşçinin Devamsızlığı)”, Legal İHSGHD, İstanbul 2013, S.38, s. 31

¹⁶⁹AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.382-383; OCAK, İşçinin Devamsızlığı, s.43-44; Y9HD, 06.06.2017, E. 2017/21336, K. 2017/9805 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkânı yoktur¹⁷⁰. Çalışanın devamsızlık olarak belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olması gerekir¹⁷¹. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkânı doğmaz¹⁷². Çalışanın devamsızlığı, hastalığı¹⁷³, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı¹⁷⁴, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi devamsızlığı haklı kılan bir nedene dayanıyorsa haklı fesih sebebi oluşturmayacak¹⁷⁵ ancak çalışanın bu haklı nedeni makul bir süre içerisinde bildirmesi gerekmekte olup; makul sürenin ne olduğu konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte olabildiğince çabuk bildirimde bulunulması gerektiği konusunda ittifak mevcuttur¹⁷⁶.

Öğretide bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre haklı bir nedene dayansa dahi çalışan devamsızlık nedenini işverene dürüstlük kuralının bir gereği olarak bildirmek zorundadır, çalışan tarafından bu yükümlülüğe uyulmaması halinde fesih haklı kabul edilecek bu durumda feshin kanuna aykırı olduğu ileri sürülemeyecektir¹⁷⁷.

¹⁷⁰MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.851; NARMANLIOĞLU, s. 453; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.41

¹⁷¹"İşyerinde cumartesi günü iş günü ise belirtilen günde devamsızlık da diğer koşulların varlığı halinde haklı fesih nedenini oluşturabilir" Y9HD, 05.10.2009, E. 2008/43280, K. 2009/25721 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁷²MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.851; Y9HD, 06.06.2017, E. 2017/21330, K. 2017/9799; Y22HD, 30.03.2017, E. 2017/29771, K. 2017/7223 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁷³Y7HD, 10.03.2014, E. 2013/25496, K. 2014/5514 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁷⁴Y9HD, 04.07.2012, E. 2010/13837, K. 2012/26215 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁷⁵MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.853; NARMANLIOĞLU, s. 454; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.384

¹⁷⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.852-854; OCAK, İşçinin Devamsızlığı, s.47-51;

¹⁷⁷MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.854; F. SAVAŞ, Fesih, s. 112-113; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 386

Azınlık görüşüne göre çalışanın haklı bir nedeninin olduğunu işverene bildirmemiş olmasının, işverenin haklı nedenle fesih hakkı olarak kanunda sayılmadığını bunun sadece bir ispat sorunu oluşturduğunu, devamsızlığın mazerete dayanması halinde bu nedeni işverene bildirmek zorunda olsa da bu bildirim yapmamış olmasının geçerli nedenle fesih oluşturacağı ileri sürülmektedir¹⁷⁸.

Devamsızlığın, haklı bir nedenle zorunluluktan kaynaklandığının varlığını ispat yükümlülüğü çalışanda¹⁷⁹ olup, ispatı halinde işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkânından bahsedilemeyecektir. Çalışanın bu nevi bir haklı nedeninin varlığının ispatı açısından özel sağlık kuruluşundan alınmış olsa dahi raporlara değer verilmesi¹⁸⁰ gerekmektedir.

Öğretide ve Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda "Tatil" kavramının şayet iş sözleşmesinde, genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu taktirde söz konusu günlerde çalışılmaması¹⁸¹; dolayısıyla resmi veya dini bayram tatili, hafta sonu tatili, yıllık izin veyahut iş sözleşmesinin askıda¹⁸² olmasının bir önemi olmadığı¹⁸³, çalışanın işe başlaması gerektiği halde başlamaması durumunun devamsızlık sayılması gerektiği belirtilmiştir. İşverenin ücretli ya da ücretsiz olarak izin

¹⁷⁸ **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s. 384

¹⁷⁹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.854

¹⁸⁰Yargıtay kararında "dosyada yer alan telefon mesaj kayıtları ve sağlık raporlarından davacının devamsızlığa konu günlerde sağlık mazereti nedeni ile işe gelemediği" ne hükmetmek gerektiğini belirtmiştir. Y9HD, 11.05.2016, E. 2015/31179, K. 2016/11764 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁸¹**OCAK**, İşçinin Devamsızlığı, s.47; Y9HD, 06.06.2017, E. 2017/21333, K. 2017/9802 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁸² **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s. 851; "İş sözleşmesinin askıya alınması durumunda, işçinin çalışması gereken günde işe başlamaması da devamsızlık olarak değerlendirilmelidir" Y9HD, 25.04.2008, E. 2007/15152, K. 2008/10326 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁸³**OĞUZMAN**, s.59; **SÜZEK**, 2018, s.709; **NARMANLIOĞLU**, s. 453; **OCAK**, İşçinin Devamsızlığı, s.42

verdiği bir çalışanın, izin süresince işyerine gitmesi beklenemeyeceğinden, bu durumda bir devamsızlıktan söz edilemeyeceği; ancak yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, çalışanın kendiliğinden izne ayrılmasının söz konusu olamayacağı ve işverene bilgi vermeksizin tamamen kendi inisiyatifini kullanarak işverenin yönetim hakkını ortadan kaldıracak şekilde yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi durumunda, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halinin oluşacağı¹⁸⁴ belirtilmiştir.

Diğer yandan çalışanın yıl içerisinde “her ay bir kez olmak üzere üç defa devamsızlık yapmış olması ve işe gelmeme nedeniyle alınan savunmasında ise işe gelmemenin özel bir nedeni olmadığını ileri sürmüş olması, İşK.’nin 25/II. maddesinde sayılan haklı nedenler ağırlığında değil ise de davacının bu davranışları işyerinde olumsuzluklara neden olması ve iş ilişkisinin işveren açısından çekilmez bir hal almış olması¹⁸⁵; işyerinde toplu eyleme katılarak üç gün süreyle işe devamsızlık sebebiyle üretim faaliyeti önemli ölçüde aksamış olması¹⁸⁶ karşısında işverence yapılan fesihlerin haklı nedenle fesih olarak değerlendirilmesi Yargıtay kararlarında vurgulanmıştır.

Yargıtay, çalışan tarafından yapılan devamsızlığın sebebinin araştırılmasının işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan özen yükümlülüğü kapsamında olduğu ve çalışanın işe davet edilerek iş görme yükümlülüğünün hatırlatılması gerektiğini, devam etmediği günlere ilişkin yasal mazeretinin bulunması halinde devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesinin fesih edilemeyeceğini belirtilmiştir¹⁸⁷. Kanaatimizce, Yargıtay’ın bu

¹⁸⁴ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.387; Y9HD, 15.06.2017, E. 2017/5168, K. 2017/10580 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁸⁵ Y9HD, 14.03.2017, E. 2016/6679, K. 2017/4009 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁸⁶ Y9HD, 13.03.2017, E. 2016/31164, K. 2017/3809 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁸⁷“Somut olayda taraflar arasında iş sözleşmesinin feshine ilişkin yazılı bir fesih bildirimini bulunmamaktadır. Ancak davacı tanıkları davacının hak ettiğini ileri sürdüğü fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle işten ayrıldığını belirtmiş, diğer taraftan işveren de gönderdiği ihtarname ile davacı işçiyi işe dönmeye davet etmiştir. İşverence gönderilen ihtarname fesih iradesini göstermemekte, işçiyi işe davet etmekle birlikte, gelmemesi halinde sözleşmeyi feshedeceği uyarısını

uygulaması çalışanın işverene devamsızlık nedenini bildirmesi yükümlülüğünün sonuçlarına dair görüş farklılığını ortadan kaldırıcı niteliktedir.

Çalışanın devamsızlığının ispat yükü işverende olup işveren çalışanın işe devam etmediğini aynı işyerinde çalışan ve devamsızlığı bilebilecek kişilerin bilgi ve görgüsüne dayalı olarak tutanak altına alarak ispat yükümlülüğü yerine getirmeli aynı zamanda işyeri kayıtlarıyla da çalışanın devamsızlık yaptığının ortaya koyması gerekmektedir¹⁸⁸.

2.5.2.8. İşçinin, Hatırlatıldığı Halde Görevini Yapmamakta Israr Etmesi

1475 sayılı kanunda işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmaması haklı fesih nedeni olarak sayılmış ve işçinin bu anlık durumu yeterli görülüşken; 4857 sayılı Kanun'da aynı durum işçinin "görevi yapmamakta ısrar etmesi" şeklinde düzenlenmiş, işçinin başta iş sözleşmesi olmak üzere, mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve hatta örf adetin kendisine yüklemiş olduğu kurallar da dahil olmak üzere üstlendiği ödev ve görevleri mutlaka işçiyi ifaya yönlendiren bir hatırlatmanın varlığına rağmen yapmamakta ısrar etmesi¹⁸⁹ durumunun işverene haklı nedenle fesih hakkı verdiği biçiminde düzenlemeye gidilmiştir. İşçinin görev tanımının, bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması, işverenin hatırlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz¹⁹⁰.

çermektedir. Her iki delilin bir arada değerlendirilmesinde sözleşmenin işçi tarafından eylemli olarak feshedildiği sonucuna varılmaktadır.” YHGK, 01.03.2017, E. 2014/22-2348, K. 2017/384 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁸⁸ KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.489; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.42; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.386

¹⁸⁹ NARMANLIOĞLU, s. 458; SENYEN-KAPLAN, s. 287; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.855; ÖZCAN, İş Güvencesi, s. 42; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.423; Y22HD, 16.05.2017, E. 2017/32725, K. 2017/11254 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁹⁰ Y9HD, 17.02.2016, E. 2014/33524, K. 2016/3009 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

İşverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez görevi yapmaması yeterli sayılmamalıdır. İşçinin görevi yapmama eylemi, hatırlatmanın ardından devamlılık arz etmelidir¹⁹¹. Devamlılık gösteren görevi yapmama, haklı neden kabul edilmeli; ancak devamlılık göstermeyen görevi yapmama, işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise, iş sözleşmesinin feshi geçerli neden sayılmalıdır¹⁹².

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda, işyerinde bulunmasına rağmen edimlerini yerine getirmeyen çalışana işveren tarafından “hatırlatma/uyarı” yapılmasını, “işçiye yapması istenen görev açık biçimde bildirildikten sonra işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmesi”; yapılacak bu nevi bildirimde, görevin hatırlatılmasının yeterli olduğunu ayrıca iş sözleşmesinin feshedileceği hususunun bildirilmesinin gerekmediğini, bu yönde bir bildirim yapılması sonrasında ve bildirim yazılı yapılmış ise çalışanın yeni bir eylemi gerçekleşmedikçe, önceki eylemlerine dayanılarak iş akdinin feshedilemeyeceği¹⁹³, hatırlatmanın şekil açısından bir kısıtlamaya tabi tutulmadığı¹⁹⁴, ancak ispat yükü işverene ait¹⁹⁵ olduğu belirtilmiştir.

¹⁹¹NARMANLIOĞLU, s. 458; Y9HD, 15.06.2017, E. 2017/5180, K. 2017/10628 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁹²F. SAVAŞ, Fesih, s. 117; “Davacının söz konusu işyeri kıyafetini giymesi asli görev kapsamında değerlendirilemeyeceğinden fesih haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte geçerli nedene dayanmaktadır” Y9HD, 05.05.2008, E. 2007/32507, K. 2008/11105; Y9HD, 20.03.2017, E. 2016/5475, K. 2017/2968 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁹³EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 230; “...görevini ihmal eden davacının iş akdinin son olay sonrası derhal feshedilmeyip, uyarılması ve 6 iş günlük hak düşürücü sürede geçirildiğinden işverenin feshi haksız olup, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken reddi hatalıdır” Y9HD, 18.02.2013, E. 2010/46465, K. 2013/5851; Y9HD, 15.06.2017, E. 2017/5180, K. 2017/10628 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁹⁴NARMANLIOĞLU, s. 458; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.855; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 425; “...hatırlatmanın sözlü ya da yazılı biçimde yapılması mümkündür” Y9HD, 22.06.2017, E. 2017/5507, K. 2017/11214 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁹⁵ÖZCAN, İş Güvencesi, s. 43; “...tarihlerinde vuku bulan oda temizliğinin düzgün yapılmaması, hasta ve hasta yakınları ile hakaret içermeyen tartışma yapması, iş akışını bozucu niteliktedir ve delil durumuna göre işyerinde olumsuzluk yaratmıştır. Ancak, bu davranışlar, 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinde sayılan haklı sebep boyutuna ulaşmamıştır. Bütün bu hususlar dikkate alındığında, feshin haklı sebebe dayandığının davalı tarafça ispat edilemediği anlaşılmaktadır” Y22HD, 14.05.2013, E. 2012/22622, K. 2013/10416 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Çalışanın görevinin hatırlatılmasına rağmen yapmamakta ısrar etmesi, kastı ve ihmali niteliğindeki davranışı neticesinde ortaya çıkıyorsa¹⁹⁶ işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermekle birlikte uygulamada çalışanın görev/iş ve işyeri değişikliğine gidilmesi sonrasında “görevi ve yaptığı işe göre yapılan görevlendirmenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olup olmadığı” değerlendirilmek suretiyle feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı belirlenmesi gerekmektedir.¹⁹⁷ Ayrıca işveren, yönetim hakkı kapsamında “talimat verme”, “görevlendirme”, “görev veya görev yeri değişikliği” gibi haklarını objektif olarak kullanmalıdır¹⁹⁸. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulmasının işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğinde¹⁹⁹ olmaması gerekir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini²⁰⁰, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Bunu yanında çalışma

¹⁹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.856; NARMANLIOĞLU, s. 459

¹⁹⁷ Y22HD, 05.05.2016, E. 2015/6773, K. 2016/13571 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁹⁸ Yargıtay bir kararında “ambalajlama bölümünde çalışan davacı işçinin “canlı hayvan kabul” bölümünde görevlendirilmesinin çalışma şartlarında esaslı değişiklik oluşturduğu” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuş Bozma gerekçesinde “yapılan görevlendirmenin geçici olup işverenin yönetim hakkı kapsamında kaldığı, çalışma koşullarında esaslı değişiklikten bahsedilemeyeceği” belirtilerek “görevlendirmenin geçici” olup olmadığı konusunda araştırma yapılmasını “geçici görevlendirmelerin sıklığı” tespiti ile objektif kullanılmadığı yönünde yerel mahkeme tespit yapmak suretiyle kararda direndiği görülmüştür. YHGK, 18.01.2017, E. 2015/7-3413, K. 2017/22 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>); Kanaatimizce işverenin yönetim hakkı kapsamında yaptığı görev değişikliği sonrasında çalışanın kendisine verilen görevi yapmamakta ısrar etmesi nedeniyle işverenin haklı nedenle fesih hakkının görev değişikliğinin objektif kıstaslar içinde olup olmadığı noktasında ayrı bir inceleme yapılması gerekmektedir. Yargıtay'ın vermiş olduğu karar bu yönde inceleme yapılması gerektiğini vurgulaması açısından önemlidir.

¹⁹⁹ Y7HD, 16.03.2016, E. 2016/5945, K. 2016/6386 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁰⁰ NARMANLIOĞLU, s. 459; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.426; “Güvenlik görevlilerinin mekanik saatler olduğu dönemde sahte anahtarlarla kontrol noktalarına gitmeden saatleri kurduklarının anlaşılması, ancak kişisel olarak kimin yaptığını tespit edilememesi üzerine davacının da içinde bulunduğu tüm güvenlik görevlilerinin defalarca uyarıldıkları ve nöbetlerde kontrol noktalarına

koşullarında işçi aleyhine değişiklik niteliğinde olan görevlendirmelerin, İşK.'nın 22. maddesi uyarınca işçiyi bağlamayacağı açıktır. Bu kapsamda mutad olmayan, iyiniyet kuralları çerçevesinde ifası kendisinden beklenemeyecek bir görevin hatırlatıldığı halde yerine getirilmemiş olması işverene haklı fesih imkânı vermez²⁰¹.

2.5.2.9. İşçinin Kusuru ile İşin Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi, İşverene Zarar Vermesi

Daha önce belirtmiş olduğumuz üzere dürüstlük kuralı, taraflara sözleşme esaslı ilişkilerinin doğrudan edim ve yan yükümlülüklerinin dışında genel çerçeve oluşturarak, geniş anlamda koruma yükümleri yanında dar anlamda koruma yükümü de getirmektedir. Sözleşmenin taraflarının karşı tarafı koruma yükümü, dar koruma yükümünü oluşturur²⁰². İşK.'nın 25/II. maddesinin (I) bendinde “*İşçinin kendi isteği veya savaşamı 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*” düzenlemesi, bu kapsamda çalışanın “dar koruma yükümü” olarak ifade edilebilecek bir yüküm olup, ihlali halinde haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanarak iş sözleşmesini fesh edebileceği hüküm altına alınmıştır.

İşverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyan bu düzenlemeye göre iki farklı durum ayrı ayrı ancak aynı alt bendi içinde düzenlenmiş olup, ilk olarak çalışanın iş

gidilmemesi, sahte anahtar kullanılması, güvenlik talimatlarına uyulmaması halinde somut delil tespit edildiğinde iş akdine son verileceğinin belirtilmesi üzerine dijital saat dönemine geçildiğinde davacının tur raporlarından 25.06.2012 günü nöbeti sırasında bazı kontrol noktasına gitmediğinin tespiti üzerine iş akdinin feshedildiği anlaşılmıştır. Bu haliyle görevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar eden davacı işçinin iş akdinin işveren tarafından feshi haklı olup ihbar ve kıdem tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken...” Y7HD, 30.04.2014, E. 2014/1463, K. 2014/9570;

²⁰¹SÜZEK, 2018, s.710-711; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.856; Y9HD, 17.02.2016, E. 2014/33524, K. 2016/3009 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁰² AKYOL, s.52

güvenliği önlemlerine kusurlu olarak aykırı davranması ve bunun sonucu olarak iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmüş olması gerekir²⁰³. İş güvenliğinin tehlikeye düşürülmüş olduğunun kabulü için her halükârda bir zararın meydana gelmiş olması gerekmemekte, zarar ihtimalinin varlığı yeterlidir²⁰⁴. Ancak İşK.'nın 25. maddesinde belirtilen haklı fesih hakkının doğmuş olması için iş güvenliğine aykırı hareketin çalışanın kasti veya ağır ihmali ile meydana gelen bir davranış olması gerekmektedir²⁰⁵.

Yargıtay verdiği kararlarında, tüm işyerinde iş güvenliği bakımından tehlike oluşturacağı halde tuvalette sigara içilmesini²⁰⁶ haklı nedenle fesih hakkı kapsamında değerlendirirken, öğretilen bir başka kararında aynı türden tehlikenin varlığına rağmen çalışanın sigara içmesi gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshi kararını diğer tüm çalışanlar yönünden aynı kuralın uygulanmadığı, sadece sözleşmesi fesih edilen nezdinde sigara içilmesinin gerekçe gösterilmiş olmasını fesih hakkının kötüye kullanımı olarak değerlendirmiş²⁰⁷; güvenlik görevlilerinin görev saatlerinde daha önce uyarılmış olmalarına rağmen TV izlemiş olmalarını bu kapsamda değerlendirmedeği görülmektedir²⁰⁸. Söz konusu kararlarda Yargıtay, yapılan işin niteliği göz önüne alınarak çalışanın davranışının işyeri açısından tehlike oluşturması ve çalışanın bu nitelikteki davranışının sonuçlarının ağırlığının iş sözleşmesinin devamını işverenden beklenemeyecek nitelikte olması halinde haklı sebebin söz konusu olacağını belirttiği görülmektedir.

²⁰³ NARMANLIOĞLU, s. 460; F. SAVAŞ, Fesih, s. 123; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.447; Y22HD, 16.05.2017, E. 2017/32725, K. 2017/11254 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁰⁴ OĞUZMAN, s. 68; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.857-858; NARMANLIOĞLU, s. 461; F. SAVAŞ, Fesih, s. 123; ÖZCAN, İş Güvencesi, s. 43

²⁰⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.858; NARMANLIOĞLU, s. 461

²⁰⁶ NARMANLIOĞLU, s. 461; Y22HD, 10.05.2016, E. 2016/11845, K. 2016/14174 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁰⁷ Hediye ERGİN, “İşyerinde Sigara İçme yasağını İhlal Eden İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi – Yargıtay 9. HD.’nin 11.10.2010 Tarihli Kararının İncelenmesi- (Karar İncelemesi)” Sicil İHD, İstanbul Mart 2012, S.25, s. 106-111

²⁰⁸ Y7HD, 17.02.2016, E. 2015/37498, K. 2016/3446 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Çalışanın davranışı yaptığı işin niteliğiyle değerlendirildiğinde, iş güvenliğini tehlikeye düşüren bir hal söz konusu değil ise de işin akışında aksamaya neden olan ve işveren açısından da iş ilişkisinin devamını olumsuz yönde etkileyen bir davranış geçerli fesih olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁰⁹. Çalışanın sigara içmesi iş güvenliğini tehlikeye düşürmediği gibi işin niteliğini de etkilememiş ise örneğin ara dinlenmede içilmesi halinde haklı nedenle derhal fesih hakkından bahsedilemeyeceği gibi işin niteliği ve iş güvenliğini etkilemediği sürece işe girerken sigara içilmesi hususunda yasak getirilmesinin ayrımcılık nedeni²¹⁰ oluşturduğu, bilirkşi marifetiyle işin niteliğini etkilemesi ve tehlikeye düşürdüğüünün tespitinin yapılması²¹¹ gerektiği Yargıtay kararlarında belirtilmiştir.

İkinci olarak ise işçinin işverene veya başkasına ait olmakla birlikte işverenin eli altında olan makine, tesisat, eşya ve diğer maddelere kaybederek veya hasar vererek zarar vermesi²¹² düzenlenmiştir. Bu davranışın haklı fesih sebebi oluşturması için, işverene verilen bir zararın bulunması ve bu zarar miktarının işçinin otuz günlük çıplak brüt ücretini aşması gerekir. Meydana gelen zararın çalışanın kasıtlı bir davranışından veya ağır ihmali neticesinde meydana gelmiş olması gerekir²¹³.

Türk Borçlar Kanunu'nun işçinin sorumluluğu başlığı altında düzenlenen 400. maddesinin 1. fıkrasına göre “İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur.” 2. fıkrasında ise “Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup

²⁰⁹ Y9HD, 06.03.2017, E. 2016/6401, K. 2017/3237 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²¹⁰ Y9HD, 18.02.2016, E. 2014/29293, K. 2016/3137 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²¹¹ Y9HD, 23.11.2015, E. 2014/21243, K. 2015/33186 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²¹² Oğuzman' a göre “zarara konu eşyanın mal sahibi ile işveren arasındaki sözleşme veya ayni hakka bulunan mallar için değil herhangi bir sebeple işverenin zilyedi olduğu (hatta gasp edilmiş) ve bu mallara gelecek hasardan sorumlu olacağını” belirtmektedir, **OĞUZMAN**, s.70; aynı yönde görüş için **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s. 449; **NARMANLIOĞLU**, s. 462; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.505

²¹³ **OĞUZMAN**, s.69; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.859; **NARMANLIOĞLU**, s. 462; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.449

olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur.” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasındaki bu düzenleme, çalışanın “sorumluluğunun sınırlarının belirlenmesi” yönünden yeni bir düzenleme olup daha önce belirtmiş olduğumuz üzere²¹⁴ İş Kanunu’nda öngörülmemiş ve düzenleme altına alınmamış bir hususta TBK bir düzenleme öngörmüş ise TBK’nın ilgili düzenleme hükümleri çalışanın daha lehine olmak kaydıyla uygulanacaktır. Bu düzenleme ile çalışanın kusuru değerlendirilirken işin niteliği, uzmanlık gerektirip gerektirmediği ve nihayetinde çalışana eğitim verilip verilmediği kusurun belirlenmesinde ön plana çıkan kriterler olarak sayılmaktadır. Bir başka ifade ile çalışanın kusurun derecesi belirlenirken, işin tehlikeli olup olmaması, zararın yüksekliği, riskin sigorta edilebilirliği, işçinin işletmedeki konumu, ücretinin seviyesi, kıdemi, yaşı, ailevi ilişkileri ve zarar anına kadarki davranışları göz önünde bulundurulacaktır²¹⁵.

Türk Borçlar Kanunu’nun 400. maddesinin 2. fıkrası düzenlemesinin yasal gerekçesinde belirtildiği üzere “işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde göz önünde tutulabilecek ölçütler yer almıştır. Bu ölçütler, işin tehlikeli olup olmaması, işin uzmanlık ve eğitim gerektirip gerektirmemesi, işçinin bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleridir. İşçinin sorumlu olup olmadığının belirlenmesinde, bu ölçütlerden yararlanılacaktır.” denilerek ve İşK. m.25/II. (1) bendindeki işverene tanınmış olan “haklı nedenin yeniden değerlendirilmesi ve yoruma tabi tutulması” gerektiği, bu durumda ise çalışanın ispat külfeti kendisinde olması karşısında kusur oranına göre meydana gelen hasar otuz günlük ücretini aşacak boyutta olsa dahi, hasarın meydana gelmesinde işveren veya başka bir etkenin ağırlıklı etkisinin olduğu durumda,

²¹⁴Bkz. ikinci bölüm 1.2. “İş Sözleşmesini Fesih Hakkının İş Kanunu ve Diğer Kanunlarda Düzenlenmiş Olmasının Fesih Hakkı Açısından Değerlendirilmesi” başlık altında anlatımları

²¹⁵F. SAVAŞ, Fesih, s. 123; Y9HD, 29.04.2015, E. 2014/2957, K. 2015/15780 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

çalışanın kusurunun işverenin veya başka bir etkenin kusuruna oranla daha az ve hafif olduğu durumlarda sorumlu tutulmaması yönünde değerlendirilmesi gerekmektedir²¹⁶. Buna göre salt kusur ve zararın esas alınarak haklı nedenle fesih hakkının varlığının belirlenemeyeceğini belirtmiştir. Çalışanın hafif kusurlu olması halinde bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde ise geçerli neden oluşturacaktır.

Çalışanın otuz günlük ücretini aşacak şekilde yol açacağı hasar kendi kusurundan kaynaklanan hatalı üretim sonucu olabileceği gibi²¹⁷ görevi ile ilgili olmak kaydıyla diğer çalışanlar tarafından yapılan kusurlu davranışı fark etmesine rağmen hatalı işlemin önlenmesi adına gerekli özeni göstermeyerek zararın artmasına sebebiyet veren çalışanda Yargıtay tarafından aynı kapsamda²¹⁸ değerlendirmiştir. Zararın üst limiti çalışan lehine olacak şekilde sözleşmeyle artırılarak düzenleme yapılabilecektir²¹⁹.

2.5.3. Zorlayıcı Nedenler

İş Kanunu'nun 25/III. bendinde düzenlenen “İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması” hükmü, işveren için haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak belirtilmiştir. Bu hükme göre çalışanın kendi

²¹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.860; NARMANLIOĞLU, s. 464

²¹⁷ Y9HD, 11.03.2015, E. 2015/1642, K. 2015/10040 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>); benzer bir başka kararda “149 kg ipliğin hatalı üretilmesinde davacının tam kusurlu olduğu görüşü bildirilmiştir. Belirtilen miktardaki hatalı ipliğin maliyeti, asgari ücret seviyesinde ücret almakta olan işçinin 30 günlük ücretini aşar niteliktedir.” Y22HD, 26.02.2015, E. 2015/3403, K. 2015/8272 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²¹⁸ ÖZCAN, İş Güvencesi, s. 44; Nitekim Yargıtay “...savunmasında da belirttiği üzere, önceki vardiyada yapılan hatalı üretimi fark etmiş, ancak yetkilileri uyararak üretimi durdurmamıştır. Hatalı üretime bilerek devam eden işçinin eylemi doğruluk ve bağlılığa aykırı davranış niteliğindedir. İşveren feshi haklı nedene dayanmaktadır” değerlendirmesini yapmıştır. Y9HD, 27.05.2010, E. 2008/28023, K. 2010/14777 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²¹⁹ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.451

çevresinden kaynaklanan bir sebeple²²⁰, “sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması, gibi durumlarda²²¹” sözleşmeden kaynaklanan edimlerin yerine getirilememesi söz konusu olup, bu durum iş sözleşmesinin askıya alınma halini oluşturmakta ve bir haftadan uzun sürmesi halinde işverene haklı nedenle fesih hakkı tanımaktadır²²².

Yine aynı Yargıtay kararında “İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler bu madde kapsamına girmez” denilerek “örneğin işyerinin kapatılmasının zorlayıcı neden sayılmayacağı” belirtilmiştir. Öğretide işyerinin üretime bir hafta ara vermesinin de işverene haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceği²²³, zira işyerinden kaynaklanan bir sebeple üretime ara verilmiş olacağı belirtilmiştir.

Zorlayıcı nedenin tek başına varlığı işverene haklı nedenle fesih hakkı vermeyecek, aynı zamanda bu durumun bir haftadan fazla sürmüş olması -örneğin en az sekiz gün sürmüş olması da- gerekmektedir. Zorlayıcı sebeplerin varlığını ispat yükü çalışana ait olup, zorlayıcı nedenin bir haftadan uzun sürmesi ve devamlılığı halinde, çalışılmayan süreler için yarım ücret ödeneceği²²⁴, işveren açısından derhal fesih hakkının zorlayıcı sebebin ortadan kalkmasına kadar devam edeceği, ortadan kalkmasıyla da iş sözleşmesinin taraflarından çalışan için işyerinde çalışmanın ve işveren için ise çalışana aynı işinde çalıştırmanın zorunluluk olduğu, ancak çalışanın bir haftadan uzun süre sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirememesi halinin işveren tarafından haklı neden olarak kullanılmayacağına dair güven oluşturmuş ise bu

²²⁰SÜZEK, 2018, s.712-713; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.861; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.227

²²¹ Y9HD, 13.02.2017, E. 2015/7545, K. 2017/1631 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²²²MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.862; NARMANLIOĞLU, s. 464-465; F. SAVAŞ, Fesih, s. 133; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.44

²²³ SÜZEK, 2018, s.713; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.45; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.227

²²⁴ Y7HD, 10.06.2013, E. 2013/3824, K. 2013/10929 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

nedene dayanarak sözleşmenin feshine gidilemeyeceği, yine işverenin bu haklı nedenin varlığına rağmen bu hakkını kullanmayabileceği bu durumda da sözleşmenin devam edeceği ileri sürülmüştür²²⁵.

2.5.4. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması

İş Kanunu'nun 25/IV. bendinde “İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki²²⁶ bildirim süresini aşması” işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanımaktadır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere “Böyle bir durumda, bildirim süreleri kadar bir zaman geçmiş ve işçi yine de işine dönememiş; işveren bu sürenin sonunda işçinin iş sözleşmesini derhal fesih yoluyla sona erdirebilecektir.”

Çalışanın süresi belirli veya belirsiz ya da kısmi süreli olduğuna bakılmaksızın İşK.' ya tabi sürekli bir işte çalışıyor iken kusuru olsun veya olmasın²²⁷, en az iki hafta ve en çok sekiz hafta olmak üzere çalışma süresine bağlı olarak kendisi için geçerli ihbar süresini aşacak şekilde tutukluluk veya gözaltı nedeniyle devamsızlık yapmış olması durumunda iş sözleşmesi askıda kabul edilecek, askı sürelerinin dolmasıyla birlikte tutukluluk veya gözaltı süresinin bildirim süresini aşmış olması halinde işveren haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanarak çalışanın iş sözleşmesini sona

²²⁵ KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.508; F. SAVAŞ, Fesih, s. 133

²²⁶ İş Kanunu 17 maddesinde düzenleme altına alınan bildirim süreleri “İş sözleşmeleri; İşçi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra; işçi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra; işçi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra; işçi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır. Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir.” şeklindedir.

²²⁷ NARMANLIOĞLU, s. 467; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.45; Ercan AKYİĞİT, “İş Sözleşmesini Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi (İş Kanunu M. 25/IV Üzerine Bir Deneme) (Tutukluluk)”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2009, S.16, s. 53-62

erdirebilecektir²²⁸. Çalışanın gözaltına alınması veya tutukluluğunun suç şüphesiyle veya bir kovuşturmayla başlamış olması yeterli olup sonrasında beraat edip etmediğinin bir önemi olmayacaktır²²⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki bildirim süresinin aşılmasının tek bir tutukluluk veya gözaltında geçmesi mi, yoksa toplam tutukluluk veya gözaltı süresinin mi göz önüne alınacağı noktasında; aynı suçtan tek bir tutukluluk veya gözaltı süresinin ihbar süresini aşması durumu işverenin haklı nedenle fesih hakkının doğumu için yeterli olup, farklı suçların söz konusu olması halinde gözaltı veya tutukluluk sürelerinin toplamının bildirim süresini aşması gerekecektir. Çalışanın edim yükümlülüğünün olmadığı günler, örneğin yıllık ücretli izin, yasal grev veya lokavt halleriyle iç içe geçerek çalışan özgürlüğünden yoksun kalmış ise bu sürelerin dışlanması suretiyle belirlenecek sürede ihbar süresinin aşılmış olması aranacak ve işveren gözaltı veya tutukluluk devam ettiği sürece haklı nedenle fesih hakkını kullanarak sözleşmenin feshi yoluna gidebilecek; tutukluluk veya gözaltının sona ermesi ile birlikte artık bu hakkı kullanamayacak ancak geçerli nedenle fesih hakkını kullanılarak sözleşme sona erdirebilecektir²³⁰.

²²⁸SÜZEK, 2018, s.713-714; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.862; NARMANLIOĞLU, s. 467; F. SAVAŞ, Fesih, s. 137; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.510

²²⁹MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.863; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.237; “Mahkemece fesih tarihinde derdest ceza davasının kesinleşmemiş olduğu gerekçesiyle kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiş ise de; işyerinin niteliği, yapılan işin özelliği, ceza davasının fesih tarihinde derdest olması ve sonradan kesinleşmesi, davacı aleyhine açılan kamu davasında davacıya atfedilen suçun mahiyeti ve davacının soruşturma aşamasında tutuklu olduğunun anlaşılması hususları birlikte değerlendirildiğinde belirtilen hususlar çalışan ve çalıştıran arasındaki güven ilişkisini tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olduğundan davacının iş akdinin davalı işveren tarafından haklı nedenle feshedildiğinin kabulü ile kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile talebin kabulü yönünde hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir.” Y7HD, 02.06.2014, E. 2014/4927, K. 2014/12099 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²³⁰ AKYİĞİT, Tutukluluk, s. 53-62; Yargıtay kararı “...davalı işyerinde 2495 Sayılı Yasa kapsamında çalışmakta olup, aynı yasanın 21.maddesi uyarınca sendika üyesi olamayacağından, dayanışma aidatı dahi ödese işyerinde yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden yararlanamaz. Bu açıdan davacının tutukluluğunun 45 günü geçtiği ve Toplu İş Sözleşmesinin 50.maddesi uyarınca işlem yapılmasının sonuca etkisi yoktur. Kaldı ki tutuklanan davacı görevden uzaklaştırılmış ve tahliye olduktan sonra işe dönme başvurusu yaptığında işe alınmamış ve iş akdinin 1475 Sayılı Kanun’un 17/II. maddesi uyarınca fesih işlemi onay makamı olan Valilik oluruna 20.07.1999 tarihinde sunulmuştur. Bu olgulara göre Devlete karşı işlenen suçlardan dolayı devamsızlık nedeniyle feshin gerçekleştirildiğinin kabulü gerekir. Davacı hakkında açılan kamu davası 4616 Sayılı Yasa uyarınca

2.6. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasında Süre

İş Kanunu'nun 26. maddesinin "Derhal fesih hakkını kullanma süresi" başlığı altında yapılan düzenleme "24 ve 25. maddelerde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerde 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." şeklinde olup bu düzenlemeye göre sadece ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerin oluşturduğu haklı nedenle derhal fesih hakkı, haklı fesih sebebinin öğrenilmesinden itibaren altı iş günü içerisinde kullanılarak iş sözleşmesinin feshi diğer tarafa bildirilmek zorundadır. Yenilik doğuran haklar niteliğinin bir gereği olarak fesih hakkı zamanaşımına tabi olmayıp²³¹ zaman sınırlaması ile bir başka ifade ile hak düşürücü süreye tabi olarak kullanılmalrı söz konusudur²³². Zira, yenilik doğuran bir hakkın muhataba karşı kullanılması tehdidini sonsuza kadar yaşatarak tarafların bu tehditle karşı karşıya bırakılması adalete uygun düşmeyecektir.

Altı iş günlük süre hak düşürücü süre²³³ olup; söz konusu süre geçtikten sonra veya haklı sebeple fesih durumunu oluşturan fiilin ve/veya durumun gerçekleştiği

ertelenmiş ise de, sonuçta söz konusu kararda davacının eyleminin yasadışı örgüte yardım ve yataklık olduğu kanaatine varıldığından, devlete karşı işlenen bu suç nedeniyle devamsızlık üzerine feshin gerçekleştirilmesi haklı bir nedendir. Kıdem tazminatının reddi yerine kabulü hatalıdır." şeklindedir. Y9HD, 02.06.2003, E. 2002/27237, K. 2003/9915 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²³¹Yenilik doğuran hakkı var kılan kanun veya hukuki işlem ile hakkın kendisi herhangi bir zaman sınırlamasına tabi tutulmamış olabileceği gibi bu durumda dahi muhatabın hakkın kullanılmasına dair bir süre verebileceği veya bu hakkın kullanılmayacağına dair muhatabında bir güven yaratılmış olması halinde hakkın etkisizleşmesi söz konusu olacaktır. Ayrıntı için bkz. **BAYCIK**, s.281-283; **BUZ**, s.89

²³² **OĞUZMAN**, s.110; **NARMANLIOĞLU**, s. 411; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, 2014, s.802

²³³ **NARMANLIOĞLU**, s. 411; Hak düşürücü süre, zamanaşımından farklı olarak hakkın kullanılmasını engellemekte ve muhatabına bir defa hakkı vermemekte olup hakkın kullanımını belirli bir süreyle

tarihten başlamak üzere her halükârda bir yıl geçmesiyle artık bu sebebe dayanılarak iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinden bahsedilemeyecektir²³⁴. Çalışanın maddi menfaat elde etmiş olması halinde bu bir yıllık süre uygulanmayacaktır²³⁵.

Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, “...Haklı feshe neden olan olayda işçinin maddî bir menfaati olmuşsa, altı işgününe riayet etmek koşuluyla olayın üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin işverenin haklı fesih imkânı olduğunu²³⁶” belirterek; zarara neden olayın oluşumu göz önüne alınarak oluşum tarihinden itibaren bir yıllık hak düşürücü sürenin dikkate alınmayacağı, altı günlük sürenin ise zarar miktarının belirlenmesi ve fesih işlemi yapmaya yetkili makama iletilmesiyle başlayacağı vurgulanmıştır. Zarar miktarının belirlenmesi ve çalışanın ücreti ile kıyaslanması zorunludur²³⁷. İşveren için çalışanın iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkını kullanarak sona erdirmesini sağlayacak nitelikteki ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışın devamlılık göstermesi halinde, hak düşürücü süre davranışın sona ermesiyle başlayacaktır²³⁸.

tahdit edip muhatabın katılımına izin vermeksizin hak sahibi tarafından kullanılmasını dahi sınırlamaktadır. **BAYCIK**, s. 28; **ÖZCAN**, İş Güvencesi, s.26

²³⁴**SÜZEK**, 2018, s. 724; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.804; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.191; **NARMANLIOĞLU**, s. 411; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s. 233; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.514; **ÖZCAN**, İş Güvencesi, s.26

²³⁵**MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.804, **NARMANLIOĞLU**, s. 411; **SENYEN-KAPLAN**, s. 290; **Ertan İREN**, “Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler”, Sarper **SÜZEK**’e Armağan, İstanbul 2011, Cilt II, s.1335-1342

²³⁶Y9HD, 11.05.2017, E. 2017/20424, K. 2017/8464 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²³⁷**SÜZEK**, 2018, s.725; **NARMANLIOĞLU**, s. 412; Y9HD, 22.05.2017, E. 2017/4905, K. 2017/8483 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²³⁸ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.803

Öte yandan somut olayda işverenin dayandığı haklı nedenle fesih hakkını doğuran olay hakkında bir soruşturma yapılıyorsa söz konusu hak düşürücü süre soruşturmanın sonlanmasından itibaren işlemeye başlayacaktır²³⁹.

Öğretide belirtildiği üzere hak düşürücü sürenin niteliğinden dolayı öncelikle feshin altı iş günü içerisinde yapıldığının ispat yükü fesih işlemi gerçekleştiren tarafta olup, taraflar ileri sürmese dahi hâkim bunu resen dikkate almak zorundadır²⁴⁰. Hak düşürücü nitelikte olan altı günlük sürenin geçirilmesi sonrası yapılan fesih artık haksız fesih hüküm ve sonuçlarına tabi olacaktır²⁴¹.

2.7.Haklı Fesih Hakkının Sınırlandırılması

Haklı nedenle fesih hakkı, mutlak emredici bir kural olup, taraflar bundan feragat edemeyecekleri gibi kanunda sayılmış haklı sebepleri sınırlayıcı düzenlemelere iş sözleşmesinde yer veremeyecekleridir²⁴². Zira TMK'nın 23. maddesi "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.*" uyarınca haklı fesih hakkından feragat kişilik haklarından feragat anlamına gelecek olup hukuk düzeni buna izin vermeyecektir²⁴³. Bununla birlikte kanunda sayılmış olan ancak mutlak emredici nitelikte olmayan, örneğin İşK. 25 maddesinin II. bendi dışında kalan haklı nedenle fesih sebeplerini işçi lehine olmak kaydıyla sınırlandırabilecekleri, bazı sebeplerin de haklı sebep olarak addedilmeyeceği hususunda yine işçi lehine düzenlenmiş olmak

²³⁹ NARMANLIOĞLU, s. 413; İREN, SÜZEK'e Armağan, s.1339

²⁴⁰SÜZEK, 2018, s.724; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.802, NARMANLIOĞLU, s. 412; İREN, SÜZEK'e Armağan, s. 1336

²⁴¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 576; SENYEN-KAPLAN, s. 290

²⁴² OĞUZMAN, s. 38; KARABAĞ BULUT, s. 85- AKTAY/ARICI/SENYEN- KAPLAN, s.195-196; SENYEN-KAPLAN, s.307; Esin ÖNAL, "İş Akdinde Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması", Legal İSGHD, S.44, İstanbul 2014, s. 139-161

²⁴³ KARABAĞ BULUT, s. 85 ayrıca s.150-154

kaydıyla tarafların sözleşmeyle hüküm altına alıp kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir²⁴⁴.

Toplu İş Sözleşmesi ile işverenin bildirmsiz derhal fesih hakkını kullanması disiplin kurulu kararı alınmış olmasına bağlanmış ise, işverence yapılan fesihte haklı bir neden bulunsa dahi salt disiplin kurulu kararı alınmasına dair TİS hükümlerinin ihlali feshin haksız olacağı sonucunu doğuracaktır²⁴⁵.

2.8.Haklı Nedenle Feshin Hukuki Sonuçları

İşverenin haklı nedenle fesih hakkını doğuran bir sebebin ortaya çıkması ve bu hakkın altı günlük süre içerisinde kullanılarak muhataba ulaşılmış olması halinde iş sözleşmesi derhal sona erecektir²⁴⁶. Bununla birlikte İşK.’nın 25/II. bendi “Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık” başlığı altında belirtilmiş olan sebeplerden birinin varlığı nedeniyle sözleşme sona erdirilmiş ise işveren, çalışanın aynı maddenin alt bendinde belirtilen nitelikteki davranışı sonucu zarara uğramış olması halinde genel hükümlere göre bu zararının giderilmesini talep edebilecektir²⁴⁷. Yine, işveren haklı sebeple fesih yapmış olmasına rağmen çalışandan ihbar tazminatı talep edemeyecektir. Zira ihbar tazminatı, İşK.’nın 17.maddesinde belirtilen bildirim sürelerine uymaksızın feshe muhatap olan tarafça istenebilecek bir tazminat olup, fesih işlemini gerçekleştiren taraf olarak işverenin ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır²⁴⁸.

²⁴⁴MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.810-811AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.196

²⁴⁵ NARMANLIOĞLU, s. 487; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.196; SENYEN-KAPLAN, s.307

²⁴⁶ OĞUZMAN, s.132; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.807

²⁴⁷ SÜZEK, 2018, s. 732; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 576

²⁴⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 234; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.192; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.29

İş Kanunu'nun 25/I, III ve IV bendi hükümlerine göre işveren tarafından yapılan haklı nedenle fesih hallerinde işveren tarafından çalışana kıdem tazminatı, şayet var ise ücreti ile yasadan veya sözleşmeden doğan, para ve/veya para ile ölçülebilen hak kazanmış olduğu tüm menfaatlerinin eksiksiz olarak ödenmesi zorunludur²⁴⁹.

İş güvencesi kapsamındaki bir çalışanın iş sözleşmesinin haklı nedenin varlığı ileri sürülerek işveren tarafından feshi halinde çalışanın yapmış olduğu itiraz ile yargısal denetim sonucunda haklı nedenin bulunmadığının belirlenmiş olması halinde Öğretideki bir görüşe göre derhal fesih tahvil yapılarak süreli feshe imkân verilmelidir²⁵⁰. Tahvil geçerlilik koşullarını taşımayan bir hukuki işlemin aynı sonucu doğuracak benzer amaçları taşıyan ve geçerlilik şartları da oluşmuş başka bir hukuki işleme ikame edilmesi²⁵¹ olarak tanımlanması nedeniyle haklı feshin geçerli feshe tahvil edilebilmesi için işverenin bildirimli fesih hakkını kullanırken fesih sebebinin açıkça belirtilmesi ve fesih bildiriminin yazılı yapılması gerekmektedir²⁵².

Bir başka deyişle, İşK.'nin "sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19.maddesinin 1. fıkrasındaki "İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır." düzenleme gereğince haklı nedenle feshin geçerli nedene tahvil edebilmesi için anılan maddedeki öngörülen usule riayet edilmiş olması gerekecektir. Ancak Yargıtay, feshin haklı nedene dayanarak yapılması durumunda geçerli fesihte aranacak olan usul şartlarının haklı nedenle fesihte aranmayacağını²⁵³ kararlarında belirtmektedir. Nitekim Yargıtay, haklı nedenle feshin

²⁴⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.808

²⁵⁰ MANAV, s. 195-196

²⁵¹ MANAV, s. 194; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, İş Güvencesi s.97; DURAL/ SARI, s. 224

²⁵² MANAV, s. 196-197; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, İş Güvencesi s.97

²⁵³ "iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde belirtilen nedenle feshedildiğinden, aynı yasanın 19. maddesindeki savunma alınması koşulunun aranmasına gerek yoktur" Y9HD, 22.06.2017, E. 2016/16593, K. 2017/10993 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

geçerli nedenle feshe tahvili sırasında da bildirim usulüne uyulup uyulmamış olmasını dikkate almamaktadır. Yargıtay'ın bu yöndeki kararı ile, haklı nedenle fesih hakkını kullandığından bahisle iş sözleşmesini sona erdiren işverenin haklı nedenin varlığını ispatlayamaması halinde feshin geçerli feshe tahvili ile iş güvencesi hükümlerinin dolanılması söz konusu olacak; işveren, salt çalışanın iş güvencesinden yararlanmasını engellemek adına haklı fesih hakkını kullandığından bahisle sözleşmenin feshi yoluna gidebilecektir²⁵⁴. Oysa haklı fesih hakkını kullanmak suretiyle fesih söz konusu ise gerek altı günlük hak düşürücü sürenin geçirilmiş olması²⁵⁵ ve gerekse haklı bir nedenin bulunmamasının yargısal denetimle ortaya çıkması halinde fesih haksız fesih olarak kalacak, haksız ve geçersiz olması nedeniyle de çalışanın işe iadesine karar verilmesi gerekecektir. İşK. 19. maddesindeki şekil şartlarına uyulmuş olması şartıyla haklı nedenlerin bulunmayışı feshi geçerli feshe dönüştürecek ve çalışanın işe iadesine karar verilemeyecektir. Zira işveren bu durumda iki aşamalı koruma olarak çalışanın feshe karşı korunması için gerekli yükümlülüklerini yerine getirmiş olacaktır.

2.9.Haklı Nedenle Fesih Hakkı Kötüye Kullanılabilir mi?

Haklı nedenle fesih hakkı iş sözleşmesinin tarafları olan çalışana ve işverene tanınan bir hak olup özü itibariyle sözleşmenin devamının kendisinden beklenemeyecek nitelikte ve ağırlıkta katlanılması mümkün olmayan bir sebebin varlığını ifade eder. Bu

²⁵⁴ F. SAVAŞ, Fesih, s. 226

²⁵⁵ “İşveren tarafından feshe dayanak yapılan davacının davranışlarının 5953 s. Kanun'un 11. maddesi kapsamında haklı fesih nedeni oluşturduğunun kabulü gerekir. Ancak dosya içeriğinden 4857 s. Kanun'un 26. maddesinde öngörülen altı iş günlük hak düşürücü süre içinde davalı işveren tarafından fesih hakkının kullanılıp kullanılmadığı belirlenememektedir.

Bu itibarla öncelikle davacının fesih nedeni yapılan söz ve davranışlarının işyerinde feshe yetkili makam tarafından öğrenilme tarihi belirlenerek fesih hakkının İş Kanunu'nda öngörülen 6 işgünü hak düşürücü süre içinde kullanıldığı belirlenmesi halinde fesih haklı nedene dayandığının kabulüyle davanın reddine karar verilmeli, söz konusu hak düşürücü süre içinde fesih hakkının kullanılmadığının belirlenmesi halinde ise işveren tarafından yapılan feshin geçerli fesih nedene dayandığı gözetilerek davanın reddine karar verilmelidir.” Y22HD, 11.06.2013, E. 2013/10888, K. 2013/14125 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

nedenle ve böylesi bir sebebe rağmen objektif iyiniyet kuralları gereğince sözleşmeye devam edilmesi taraflardan beklenemeyecektir.

İş Kanunu 25. maddesinde belirtilen haklı nedenler işverene tanınan ve çalışanın davranışlarını esas alan sözleşmenin sona erdirilmesi için işverene haklı neden veren düzenlemelerdir. Burada çalışanın özellikle ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı ve çalışanın gözaltına alınması ve tutuklanmasıyla feshe konu edilebilecek bir sebebi ortaya çıkarmış olması nedeniyle kötüniyetli olduğunu söylemek ve yine sağlık sebepleri ve zorlayıcı sebepler başlığı altındaki düzenlemeler her ne kadar çalışanın kusurlu davranışına dayanmıyor olsa dahi objektif iyiniyet kuralları gereğince işverenden sözleşmeye devam etmeyip son erdirmesini beklemek mümkün hale gelmektedir. İşte belirtilen her dört başlık altında düzenlenmiş olan fesih sebepleri işverene haklı nedenle fesih sebebi sunmuş olması nedeniyle işverenin bu feshinin kötüniyetli olduğunun ileri sürülmesi genel kural olan *hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez* anlayışı gereğince mümkün değildir²⁵⁶.

Yukarıda belirtmiş olan işverenin iş sözleşmesini feshine konu edilebilecek haklı nedenlerin mümkün olduğu kadar detaylı incelenmesinin temel sebebi geçerli fesih sebepleri ile haklı fesih sebeplerinin mevzuatımızdaki güncel ayrımının net olarak ortaya konulabilmesi amacıyla ele alındığını belirtmek gerekir. Sonuç olarak belirtmek gerekir ki haklı nedenle fesih hakkı kullanılarak işveren tarafından sözleşmenin sona erdirilmiş olması halinde, söz konusu bu feshin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu ileri sürülemeyecektir.

²⁵⁶ SÜZEK, 1976, s. 23-24

3. SÜRELİ (BİLDİRİMLİ) FESİH

Sözleşmelerin, özellikle de konusunu karşılıklı sürekli edimlerin oluşturduğu²⁵⁷ iş sözleşmelerinin süresi belirli ya da süresi belirsiz şekilde yapılabileceklerini, süresi belirli iş sözleşmelerinin süresinden önce fesih edilebileceğini, süresi belirsiz iş sözleşmelerinin ise belirli iş sözleşmelerinde olduğu gibi haklı bir nedenin bulunması halinde derhal fesih hakkı kullanılmak suretiyle fesih edilebileceğini daha önce belirtmiştik²⁵⁸.

İşte belirsiz iş sözleşmelerinin derhal fesih yoluyla feshinden farklı olarak ikinci bir fesih şekli, süreli fesih iradesini kullanarak sözleşmeyi sona erdirmektir. Bu fesih türünde sözleşmeler, belirli bir süreye riayet ederek, belirlenmiş olan sürenin bitimiyle sona erer²⁵⁹. Öğretide “bildirimli fesih”, “önelli fesih” “ihbarlı fesih” şeklindeki terimler ile ifade edilse de anlatılmak istenilen, sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa tanıdığı belirli bir sürenin sona ermesiyle sözleşmenin sona erdirileceğine ilişkin iradenin ortaya konulmasıdır²⁶⁰.

İş sözleşmesinin bildirimli fesih hakkı kullanılmak suretiyle sona erdirilmesi kural olarak süresi belli olmayan (belirsiz süreli), sürekli iş sözleşmeleri için geçerli olup²⁶¹; bildirimli fesih, süresi belirli olmayan iş sözleşmelerinde sonu belli olmayan

²⁵⁷Süresi belli olmayan karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler sürekli yinelenen edimler ile tarafların rızalarının dışında devamı halinde şahsiyet hakkına tecavüz olarak kabul edilmektedir. İş sözleşmesi, özellikle işçi açısından değerlendirildiğinde “ilanihaye devam edecek olan akit bir nevi köleliğe dönüşmüş olacağı”; işveren açısından ise sözleşmenin işçinin feshiyle sona ermesinden işverenin muhtemel zararının azaltılması için ihbar önelinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. **OĞUZMAN**, s.59

²⁵⁸ Bkz. Birinci bölüm “5.4 fesih” başlığında anlatılanlar

²⁵⁹ **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.116; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.894; **NARMANLIOĞLU**, s. 352; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.151; **KESER**, Bildirimli Fesih, s.21; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.246

²⁶⁰ **OĞUZMAN**, s.165; **NARMANLIOĞLU**, s. 352; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.58

²⁶¹ **OĞUZMAN**, s.168; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.894; **EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN**, s. 172; **NARMANLIOĞLU**, s. 353; **ÖZCAN**, İş Güvencesi, s.14

süreyle sözleşmeye bağlı kalınmasını önlemek için düzenlenmiştir²⁶². Bu yönüyle süreli fesih hakkının varlığından bahsedilebilmesi için süresi belli olmayan sürekli bir sözleşmenin olması yeterli ve gereklidir²⁶³.

Bildirimli fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle kural olarak şarta ve süreye bağlı olarak kullanılamazlar²⁶⁴. Ancak sürekli borç ilişkisi doğuran ve belirli bir süre devam ettirilen iş sözleşmelerinin, taraflarının sözleşmenin devamına inanmış olmaları nedeniyle aniden sona erdirilmesi, feshe muhatap taraf aleyhine olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Feshe muhatap tarafın korunmaya değer menfaatinin varlığı halinde, kanun veya hukuki işlemle örneğin muhatabın süreye veya şarta bağlı kullanıma muvafakat ettiği durumlarda, yenilik doğuran hakkın şarta veya süreye bağlı kullanımı söz konusu olabilecektir²⁶⁵. Bu anlamda, İşK.'nın 17. maddesindeki kanuni düzenlemeyle bozucu yenilik doğuran hakkın süreye bağlanması söz konusudur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 3. fıkrasında da "*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.*" şeklinde düzenlenmiş ve madde gerekçesinde belirtildiği üzere "Sözleşmede kararlaştırılan süre sona erdiği hâlde, tarafların hizmet ilişkisini sürdürmeleri durumunda, sözleşmenin örtülü olarak yenilenmesi ve belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi." söz konusu olacaktır²⁶⁶. Öğretide ifade edilmiş olan hayat

²⁶² OĞUZMAN, s. 33; SÜZEK, 2018, s.533-534; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.59

²⁶³ OĞUZMAN, s. 167; SÜZEK, 1976, s.104; NARMANLIOĞLU, s. 353; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.59

²⁶⁴ BUZ, s. 89; BAYCIK, s. 259; NARMANLIOĞLU, s. 359; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.61

²⁶⁵ BAYCIK, s. 259-266

²⁶⁶ N. YAVUZ, s. 630-632

süresince veyahut on seneden fazla süre için yapılan süresi belirli iş sözleşmelerinin de ihbar süresine bağlı olarak fesih edilebileceği, bu kuralın çalışanın şahsiyetini koruma amacına hizmet eden yönüyle uygulanabileceği²⁶⁷, TBK'nın 430. maddesi ile istisnai olarak²⁶⁸ belirli süreli sözleşmenin de bildirimli fesih yoluyla sonlandırılabilmesinin düzenleme altına alındığı görülmektedir.

3.1.1. Süreli Fesih Hakkının Kullanılması

Süreli fesih hakkı, süresi belirsiz bir sözleşmeye dayanarak tek taraflı olarak muhatabına yöneltilmesi gereken ve sözleşmeyi sona erdirme iradesini taşıyan muamele olup süresi belirli olmayan sözleşmenin herhangi başka bir sebeple sona ermesi halinde bildirimli fesih hakkı ortadan kalkar²⁶⁹.

Süreli fesih beyanı karşı tarafa ulaştığı, hakimiyet alanına girdiği an hüküm ve sonuçlarını doğuracak olup tek taraflı irade beyanı ile geri alınamayacak²⁷⁰, bir başka ifade ile feragat edilemeyecektir. Nisbi emredici hukuk kuralı²⁷¹ olarak ancak muhatabının onayı veya kabulüne gerek kalmaksızın bildirimli fesih irade beyanı, hüküm ve sonuç doğuracaktır²⁷².

²⁶⁷ OĞUZMAN, s.162; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.59

²⁶⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 172; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 425; ÇELİK, İsbetli Olmayan Düzenlemeler, s. 7

²⁶⁹ OĞUZMAN, s.169; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s.350; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.209

²⁷⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.903; NARMANLIOĞLU, s. 359; KESER, Bildirimli Fesih, s. 23; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, İş Güvencesi s.24-25; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.16

²⁷¹ OĞUZMAN, s. 165; SÜZEK, 2018, s. 539; KESER, Bildirimli Fesih, s. 28; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.64

²⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 815; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s. 172; NARMANLIOĞLU, s. 357; KESER, Bildirimli Fesih, s. 22

Türk Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinin 2. fıkrasında “*Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, 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 altı hafta sonra sona erer.*” düzenlemesine yer verilmiş olup, İş Kanunu kapsamında olmayan hizmet sözleşmesiyle çalışanlar için uymaları gereken bildirim süreleri düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre “*Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir.*” ve 5.fıkraya göre “*Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır.*” düzenlemesi gereğince her iki taraf için de aynı olması gereken bildirim sürelerini tarafların sözleşme ile arttırabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Ancak Yargıtay’a göre bildirim süresinin üst sınır için ihbar ve kötüniet tazminatı için belirlenen sürelerin toplamının kabul edilmesi gerekecek²⁷³, ayrıca yasada belirlenmiş olan sürelerin altında bir bildirim süresi öngörülmüş ise yasada düzenlenmiş olan asgari süre dikkate alınacaktır. İş Kanunu’nun 17. maddesinde hüküm altına alınan ve çalışanın hizmet süresine bağlı olarak “iki haftadan başlayıp sekiz haftaya kadar değişen” ihbar süresi öngörülmüştür. TBK’da getirilen düzenleme ile İşK. ’da yapılmış olan düzenleme arasında işin niteliğinden doğmayan bir farklılık yaratılmış olması öğretide eleştirilmiş²⁷⁴ olmakla birlikte söz konusu süreler, bölünmeden kullanılmalıdır. Örneğin dört haftalık ihbar süresinin sadece iki haftası kullanılmış olması halinde, ihbar müddetinin kullanılmadığı değerlendirilerek kalan altı hafta üzerinden değil de ihbar süresi süresinin tamamı yönünden çalışanın talep hakkı olacaktır.

²⁷³MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s. 909; BAYSAL, s. 9-10; “... Bildirim önellerinin arttırılabileceği yasada belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hâkimin belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir. Üst sınırın en çok ihbar ve kötüniet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir.” Y9HD, 14.07.2008, E. 2007/24490, K. 2008/20203; Y9HD, 21.03.2006, E. 2006/109, K. 2006/7052 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁷⁴ ÇELİK, İsabetli Olmayan Düzenlemeler s.7

İş Kanunu'nda öngörülen ihbar süreleri asgari sürelerdir. Sözleşmeyle işçi lehine olmak kaydıyla artırılması mümkündür²⁷⁵.

3.1.2. Süreli Fesih Hakkının Sınırlandırılması

Süreli fesih hakkının sınırlandırılması kanunla veya sözleşmeyle yapılabilecektir. Taraflar süresi belirsiz iş sözleşmesinde belirli bir sürenin dolması veya geçmesi halinde veya belirli bir süreden önce bildirimli fesih hakkının kullanılabilmesine dair asgari bir süre öngörebilirler. Bu durumda, bildirimli fesih hakkının sözleşmeyle sınırlanması söz konusu olacaktır ki, buna bildirimli fesih süresinin sınırlandırılması şeklinde yapılan süresi belirsiz sözleşme denilecektir; bu hükümleri içeren sözleşme, işverenin feshi açısından artırılması yahut her iki taraf içinde artırılması ile birlikte işveren yönünden daha uzun sürenin belirlenmiş olması halinde geçerli kabul edilebilecektir²⁷⁶.

İşverenin süreli fesih hakkına, işçileri koruma ve sosyal hayatta ciddi çalkantıları önlemek amacıyla kanuni olarak belirli sınırlamalar getirilmiştir²⁷⁷. Kural olarak sözleşmenin bildirimli feshinin, bildirimli feshinden farklı olarak bir nedene dayanması ve bu nedenin belirtilmesi gerekmektedir²⁷⁸. Ancak, süresi belirsiz iş sözleşmelerinin bildirimli fesih yoluyla fesih hakkının kullanılarak sona erdirilmesi hususunda taraflar, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle “sebebin bildirilmesi” ni kararlaştırmışlarsa,

²⁷⁵ OĞUZMAN, s. 193; SÜZEK, 2018, s. 538; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.906; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 173; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 428- 430; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.153; KESER, Bildirimli Fesih, s. 37; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.13; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.246

²⁷⁶ OĞUZMAN, s. 201- 202; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s. 907-908; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.194

²⁷⁷ OĞUZMAN, s. 164

²⁷⁸ NARMANLIOĞLU, s. 486; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.59

feshe muhatap olan feshin sebebinin bildirilmesini isteyebilir²⁷⁹. Bunun yanında günümüz çalışma hayatında işveren tarafından yapılan bildirimli fesihlerde, iş güvencesi hükümlerinin göz önüne alınarak belirli koşulların varlığı halinde işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirimli fesih yoluyla sonlandırılacağı kanuni düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır²⁸⁰.

Kanuni bir nedene dayanmasının yanında işveren tarafından yapılan süreli feshin yazılı yapılması İşK'nın 109. maddesi gereğince kural olup, bir diğer kanuni sınırlamayı²⁸¹ oluşturmaktadır. Öğretide bir görüş, bildirimli feshin işveren tarafından yapılması halinde feshin çalışana yazılı bildirilmesi zorunlu olduğunu bunun ise ispat açısından öte bir sıhhat şartı olduğunu²⁸² belirtmiştir. Öğretide bir diğer görüş ise sıhhat şartı olmayıp ispata ilişkin olduğunu²⁸³ ileri sürmüş ispat edilmesi şartıyla her türlü fesih bildiriminin geçerli olduğunu ileri sürmüştür.

²⁷⁹SÜZEK, 2018, s. 741; AKTAY/ARICI/ SENYEN-KAPLAN, s.151

²⁸⁰ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.152; NARMANLIOĞLU, s. 486

²⁸¹SÜZEK, 2018, s.535; KESER, Bildirimli Fesih, s. 23; Yargıtay kararı: "...iş sözleşmesinin 14.05.2015 tarihinde feshedileceğini belirtir 13.04.2015 tarihli fesih bildirim ve evrak zimmet defteri sunulmuştur." Y9HD, 10.10.2016, E. 2016/21247, K. 2016/17560; benzer yönde karar için: "...fesih bildirimiminin tanzim tarihi 12.02.2014 olup bildirim üzerinde "... numarasının ve İadeli-Taahhütlü" ibaresinin bulunduğu yani fesih bildirimiminin posta yoluyla tebliğe çıkartıldığı anlaşılmaktadır. Davalı şirket tarafından sunulan tebliğ belgesine göre, fesih bildirimini davacıya 17.02.2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Dava, 13.3.2014 tarihinde açılmıştır. Mahkemece, fesih bildirimiminin tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde açıldığı anlaşılan davanın süresinde olduğu kabul edilerek işin esasına girilerek inceleme yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken" Y7HD, 14.04.2016, E. 2016/12229, K. 2016/8304 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁸²SÜZEK, 2018, s. 624; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s. 424 ve 503; CENTEL, s.122; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.62

²⁸³MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.902; NARMANLIOĞLU, s. 354; KESER, Bildirimli Fesih, s. 23; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s.351-352; ÖZCAN, İş Güvencesi, s. 9

Yargıtay, Öğreti tarafından da benimsendiği üzere bazı kararlarında feshin yazılı yapılmasını ispat sorunu olarak ele alırken²⁸⁴; bazı kararlarında ise ispat yükümlülüğünün bildirimli fesih iradesini ortaya koyan tarafın üzerinde olması nedeniyle, feshin yazılı yapılmasının önem kazandığı ancak tek başına ispat sorunu açısından değerlendirilemeyeceği²⁸⁵, zira işverenin sözlü veya bu yöndeki bazı davranışları sergilemek suretiyle de bildirimli fesih iradesini ortaya koyabileceği belirtilmiştir²⁸⁶. Yargıtay'ın eylemli fesih²⁸⁷ olarak ifade ettiği bu durum, bir başka kararında “Fesih bildiriminde “fesih” sözcüğünün bulunması gerekmediği” ve “fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabileceği” şeklinde ifade edilmektedir. Yargıtay, yine bir başka kararında belirttiği üzere “İşçinin işe alınmaması²⁸⁸, otomatik geçiş kartına el konulması²⁸⁹”, “işverenin tek tarafı olarak

²⁸⁴Yargıtay kararında “Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 109. Maddesi’nin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır” Y7HD, 27.05.2014, E. 2014/3781, K. 2014/11413 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁸⁵ Yargıtay kararında “...İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Bunun yanında feshe ilişkin belgenin düzenleme tarihi kural olarak fesih bildiriminin yapıldığı tarih olarak kabul edilemez. Önemli olan düzenleme tarihi değil, belgenin işçiye tebliğ edildiği tarihtir. İşçinin kayıtlardaki fesih bildirim tarihi ile gerçek fesih bildirim tarihinin farklı olduğunu, davanın süresinde açıldığını iddia etmesi durumunda, bu iddiası ile ilgili delilleri toplanmalı, gerçek fesih bildirim tarihi araştırılmalı, özellikle hak düşürücü sürenin bertaraf edilip edilmediğine dikkat edilmelidir. İşçiyi yanıltıcı nitelikte değişik tarihler içeren fesih bildiriminin tebliğ tarihinin hak arama yolunu açacak şekilde işçinin lehine yorumlanması İş Hukukunun işçiyi koruma özelliğinin gereğidir.” Y9HD, 22.11.2016, E. 2016/34498, K. 2016/20601 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁸⁶ SÜZEK, 2018, s.535; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.900, KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s. 61

²⁸⁷Yargıtay kararında “İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmaz.” Y9HD, 13.03.2017, E. 2016/6620, K. 2017/3763 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁸⁸ Y7HD, 27.05.2014, E. 2014/3781, K. 2014/11413 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden “işverenin feshi” olarak değerlendirilmesi gerektiği²⁹⁰ vurgulanarak; feshin yazılı yapılmasının çalışanın bildirimli de olsa feshe karşı koruma amacına hizmet ettiği belirtilmiştir. Bu yönüyle değerlendirildiğinde kanımızca fesih bildiriminin yazılı yapılması sıhhat şartı olarak değerlendirilmelidir.

Bildirimli fesih hakkı yasal düzenlemeler ile sınırlandırıldığı gibi bildirimli fesih hakkının kullanımını da bazı durumlarda sınırlandırılmıştır²⁹¹. Bildirimli fesih hakkının kullanımını yasal düzenlemeyle sınırlandırılması genel nitelikteki bir düzenlemeyle Türk Borçlar Kanunu’nda görülmektedir. TBK’nın 432. maddesinin 6. fıkrasında fesih bildirim sürelerinin “iş sözleşmesinin askıda olma hali” nde işlemeyeceği belirtilmiştir. İşK.’nın 31. maddesinin 3. fıkrasındaki “İş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez. Ancak özel kanunların bu husustaki hükümleri saklıdır. Bu süre içinde iş sözleşmesinin Kanundan doğan başka bir sebebe dayanılarak işveren veya işçi tarafından feshedildiği öteki tarafa bildirilmiş olsa bile, fesih için Kanunun gösterdiği süre bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlar.” düzenlemesi ve İşK.’nın 59. maddesinin 2. fıkrasındaki “İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde 1. maddede belirtilen bildirim süresiyle, 27. madde gereğince işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez” düzenlemesi ve yine İşK.’nın 25. maddesinin I. bendinin (b) alt bendinden sonra gelen fıkrada “(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74’üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda

²⁸⁹ Y9HD, 11.10.2011, E. 2010/37145, K. 2011/36924 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁹⁰ Y22HD, 25.04.2016, E. 2015/7107, K. 2016/12065 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁹¹ OĞUZMAN, 201; NARMANLIOĞLU, s. 490

kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez.” düzenlemesi ve son olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun²⁹² 66. maddesindeki *“Kanuni bir grev kararının alınmasına katılma, teşvik etme, greve katılma veya greve katılmaya teşvik etme nedeniyle bir işçinin iş sözleşmesi feshedilemez.”* hükmü ile çalışanın iş sözleşmesinin askıda olduğu ve bildirimli fesih sürelerinin işlemesine engel teşkil eden sınırlamalar getirilmiş, bildirimli fesih hakkının kullanımının askı halini oluşturan bu sürelerin sona ermesi ile başlayacağı belirtilmiştir.

Bildirimli fesih sürelerinin işlemlerini engelleyen bu yasal düzenlemelerden bir kısmı açıkça, bir kısmı ise askıda olma halinin niteliğinden hareketle aynı sonuca varılarak bildirimli fesih hakkının yapılacağı zamanı ve bildirimli fesih sürelerinin işlemlerini engellediği; iş sözleşmesinin askıda olduğu çalışanın askerlik ve kanundan doğan çalışma nedeniyle İşK.’nın 13. maddesi²⁹³, gebelik ve lohusalığı nedeniyle 18. maddesi ve 74. maddesi, toplu işçi çıkarılmasına karşı düzenleme olan 29. maddesinde veya İşK. 17. maddesinde belirtilen bildirim süresine uyma yükümlülüğü ile işveren tarafından yapılacak bildirimli fesihlerde bildirim bu süreler içinde yapılmış olması durumunda hukuki sonuç doğurmayacağı, feshe ilişkin sürelerin işlemeyeceği, öğretide kabul edilmiştir²⁹⁴.

²⁹² RG. 18.10.2012, 28460.

²⁹³ Maddenin gerekçesinde belirtilmiş olan ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile tam süreli iş sözleşmesi çalışanı arasında ayırım yapılması mümkün olmayıp bölünebilir haklardan çalıştığı süreyle orantılı faydalandırılması gerekmekte, buna mukabil “bölünmeyen bir haktan, yararlanma şartları bulunduğu, her iki türdeki sözleşmeler arasında bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Örneğin belirsiz süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi, tam süreliден farklı olamaz gerek kanuni bildirim süreleri ve gerek sözleşmeyle belirlenen süreler her iki sözleşme türünde de aynı olabilir.”

²⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.910; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s. 67-68

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen kararda²⁹⁵ çalışanın kendi kusur veya kastından kaynaklanmayan bir hastalık nedeniyle tedavi gördüğü ve raporlu olduğu süre içerisinde bildirimli fesih yoluyla iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde, bildirim süresinin, raporun bitim tarihinden itibaren başlayacağını belirtmiştir.

Söz konusu bu kanuni sınırlamalar çalışanı korumaya yönelik olarak getirilmiş emredici hükümler olup taraflarca tamamen ortadan kaldırılamayacağı gibi sözleşmeyle de sınırlandırılmayacaktır²⁹⁶. Bildirimli fesih hakkının, sosyal amacından saptırılmak suretiyle iyiniyet ve dürüstlük kuralına aykırı, gayri ahlaki ve gayri meşru amaçlarla kullanılması hakkın kötüye kullanımını oluşturacaktır²⁹⁷. Son olarak belirtmek gerekir ki, bildirimli fesih sürelerine uyulmaması halinde fesih işlemi haksız fesih²⁹⁸, iş güvencesi kapsamındaki iş sözleşmeleri yönünden ise fesih geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğurmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirecek ancak usulsüz fesihte bulunan taraf aleyhine ihbar tazminatı başta olmak üzere ve herhangi bir zarara uğranılması halinde genel hükümlere göre tazminat talebi gündeme gelecektir²⁹⁹.

²⁹⁵“...Davalı işveren hizmet akdinin feshi iradesini davacının raporlu olduğu süre içinde açıklamıştır. Rapor süresi içinde fesih hukuki sonuçlarını doğurmaz, ancak rapor süresinin bitiminde fesih gerçekleşmiş olur. Bu itibarla davacı fesihten sonra geçen 8 günlük süreye ait kıdem tazminatı farkını isteyebilir...” Y22HGK, 10.10.1990, E. 1990/9-322, K. 1990/467 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁹⁶ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s. 906; **SENYEN-KAPLAN**, s.309

²⁹⁷ **OĞUZMAN**, s. 209; bildirimli fesih sürelerinin işçi lehine de olsa hakkın tanınmış amacına aykırı olarak belirlenmiş olması halinde TMK 2. / II hakkın kötüye kullanımı yasağı kuralının hakkın amacı dışında kullanılmasını engelleme var ise düzeltici ve düzenleyici fonksiyonu kapsamında hâkimin sözleşmeye müdahale ederek düzeltebileceğini ileri sürmektedir. **KAPLAN**, Bildirim Süreleri, s. 13

²⁹⁸ **OĞUZMAN**, s. 213

²⁹⁹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.920; **SÜZEK**, 2018, s. 549-551; **NARMANLIOĞLU**, s.469

3.1.3. Süreli Feshin Hüküm ve Sonuçları

İşverenin iş sözleşmesini fesih iradesini içeren beyanı, çalışana ulaşmasıyla birlikte ulaşma teorisi³⁰⁰ gereğince hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Sözleşmenin sonlandırılmasına dair asıl hüküm, bildirim süresinin sonunda doğacak olup bu bildirim feshin hüküm doğuracağı süreyi başlatmakla fesih ilk hükmünü doğurmuş olacaktır³⁰¹. İşverenin bildirimli fesih iradesinin çalışana ulaştırılmasıyla başlayan bildirim süresinin işlemesine taraflar engel olamayacaklardır. Ancak, bildirim süresince tarafların edim yükümlülükleri devam edecek olduğundan bildirim süresi içerisinde tarafların borca aykırılık oluşturan ve taraflar için haklı bir nedenle fesih hakkının doğması halinde, haklı sebeple fesih hakkını kullanmak suretiyle iş sözleşmesini fesih yoluna başvurabileceklerdir³⁰².

Gerek bildirimli fesih yoluyla iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi durumunda tarafların sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmeye devam etmeleri gerekse de ihbar süresinin gayesi gereğince işverenin yeni bir iş bulması adına çalışma saatleri içerisinde³⁰³ çalışana iş arama izni vermesi gerekmektedir³⁰⁴. Bu husus, TBK'nın 421. maddesinde ve İşK.'nin ise 27. maddesinde düzenlenmiştir.

³⁰⁰ Ulaşma teorisine göre bozucu yenilik doğurucu hak olan fesih beyanının karşı tarafın hakimiyet alanına girdiği anda hüküm doğuracağı temel kaidesini ifade eder. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku, s. 273; **EREN**, Genel Hükümler, s.234; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.66

³⁰¹ **SÜZEK**, 2018, s.542; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 29; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s. 66

³⁰² **OĞUZMAN**, s. 194; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s. 911; **NARMANLIOĞLU**, s. 366; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s.355; **ÖZCAN**, İş Güvencesi, s.17

³⁰³ **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.247-248; İş arama izninin, hafta tatili, genel tatil gibi izinlerinin kullanıldığı tarihlerde işverenin çalışana iş arama izni verme yükümlülüğünün bulunmadığına dair karar incelemesi için bkz. **Ercüment ÖZKARACA**, “Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2010, S. 20, s. 102-109

³⁰⁴ **OĞUZMAN**, s. 195; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s. 912; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.153-154; **YÜREKLİ**, s.221; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 31; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s.355; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.519; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.248; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.69

İşverenin çalışana yeni bir iş bulabilmesi adına vermek zorunda olduğu iznin kullanılma zamanı ve süresini işyeri gereklerini gözeterek işveren belirleyebilecektir, fakat işveren zamanın ve sürenin belirlenme yetkisini, çalışanın iş bulabilmesini sağlayacak şekilde kullanması gerekmektedir³⁰⁵.

İşveren tarafından yeni bir iş bulabilmesi adına uygun zaman ve süre belirlenmiş olmasına rağmen çalışan bu süreyi kullanmayıp edimlerini yerine getirmekten imtina ederse, çalışanın işveren tarafından verilen görevi yerine getirilmemekte ısrar etmesi söz konusu olacak ve bu durum işverene sözleşmeyi haklı sebeple derhal feshetme imkânı tanıyacaktır³⁰⁶.

3.1.4. Peşin Ödeme Suretiyle İş Sözleşmesinin Feshi

Türk Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinin 4. fıkrasındaki “*İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir.*” hükmü, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere İŞK.'nın 17. maddesinden faydalanılarak, aynı maddenin 5. fıkrasından hareketle düzenlenmiştir. Düzenleme, işverenin farklı sebeplerle fesih bildirimının yapılmasından sonra çalışanın artık işyerinde kalmasını ve çalışmaya devam etmesini istemeyebileceği; işyerinde olumsuz davranışlar içerisine girerek örneğin daha az dikkat sarf ederek hatalı üretime neden olabileceği, işin yapılması ile ilgili bilgi ve belgelerin işyeri çıkarılması vb. kaygılarına yol açabilmesi nedeniyle getirilmiştir.

Öğretideki bir görüş ve Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere işveren tarafından yapılan bildirimli fesihte bildirim süresine ait ücretin peşin olarak ödenerek

³⁰⁵SÜZEK, 2018, s.544; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.914-915; KESER, Bildirimli Fesih, s. 32; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.71

³⁰⁶ OĞUZMAN, s. 196-197

sözleşmenin sonlandırılması halinde feshin “derhal fesih” niteliğini kazanacağı belirtilirken³⁰⁷, bir diğer görüş “derhal fesih” değerlendirmesinin yerinde olmadığını, sözleşmenin bildirim süresinin sonunda sona ermesi ve feshin bildirim süresinin sonunda hüküm ve sonuçlarını doğurması gerektiğini savunarak, çalışanın bildirim süresi içerisinde lehine gerçekleşecek haklardan yararlandırılması gerektiğini, aksi değerlendirmenin “bildirim süresi” hükmünün amacına ve iş hukukunun temel ilkelerine uygun olmadığını³⁰⁸ belirtmiştir.

Kanaatimizce, ihbar öneline ait ücretin peşin ödenerek sözleşmenin sona erdirilmesinin “derhal fesih” niteliğinde olduğu görüşüne katılmak mümkün olmayıp, işveren tarafından yapılan bildirimli feshin ücretinin peşin olarak ödenmesiyle “derhal fesih” olarak addedilmesi, bildirimli fesih düzenlemesinin amacına ve iş hukukunun sosyal adalet sağlama gayesi doğrultusunda zayıf koruma yükümlülüğüne aykırı olduğu eleştirileri yerindedir.

Çalışan yönünden ise feshin bildirim süresine ait ücretin peşin ödemek suretiyle derhal fesih niteliğine kavuşturulması mümkün olmayıp, çalışanın iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkını kullanırken bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle sonlandırması mümkün değildir³⁰⁹. Öğretide bir görüş ise bildirim süresine ait ücreti

³⁰⁷**KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s.357; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 33; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s. 72-73; “Bildirimli fesih başlığı altında düzenlenen bir başka fesih türü, “peşin ödeme yoluyla iş akdinin feshi” dir. İşverene tanınan bir fesih hakkıdır. İşveren ihbar süresine ilişkin ücretini peşin vermek suretiyle iş akdini fesheder. İşten çıkarılacağını bilen işçinin veriminin ve işe bağlılığının azalmasının sakıncasını gidermek amacıyla düzenlenmiştir. Dairemiz çeşitli kararlarında olayı üçe ayırmıştır. İlki peşin ödeme durumunda ihbar öneli içerisinde gerçekleşen haklardan yararlandırılmamaktadır. Ancak peşin ödeme hakkı kötüye kullanılmışsa bildirim öneli içerisindeki haklardan yararlandırılmıştır. Bildirim süresinin peşin ödenmemesi durumunda, anılan süre içerisindeki haklardan yararlandırılmaktadır.” Y9HD, 11.03.2004, E. 2004/4475, K. 2004/4789 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁰⁸**ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT**, s. 433; **SÜZEK**, 2018, s.548-549; **NARMANLIOĞLU**, s. 371; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.932; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.155; **YÜREKLİ**, s. 227; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.73

³⁰⁹Bu görüşe göre “Çalışana bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini sona erdirmesinin işverenin çok büyük zararlara uğrayacağı gerekçesiyle bu yöndeki hakkın sadece işverene tanınması”nın doğru olduğu şeklindedir **OĞUZMAN**, s.200;

peşin ödemek suretiyle derhal fesih niteliğine kavuşacak şekilde bir hakkın çalışana da sağlanması gerektiğini, bu durumun her iki tarafın menfaatine uygun olacağı belirtilmektedir³¹⁰. Ayrıca bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin feshi İşK 'da sadece işverene tanınmış bir hak iken Basın İşK' ya tabi çalışanlar yönünden her iki tarafa da tanınmıştır³¹¹.

Bildirimli fesih hakkını kullanarak, peşin ödeme suretiyle iş sözleşmesini sona erdiren işverenin, bu hakkı kullanması sonrasında bildirim süresinin bir kısmını da iş arama izni vermek veya kalan sürenin ücretini peşin ödemek suretiyle seçimlik bir hak olarak kullanamayacaktır³¹². Ancak, işveren tarafından yapılan bildirimli fesih sonrası çalışanın yaşlılık aylığı bağlanması için işverene müracaatta bulunması halinde çalışanın bu davranışı sözleşmenin devamı sırasında yeni bir irade beyanı olarak değerlendirilerek, işverenin ihbar tazminatından sorumlu olmayacağı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir³¹³.

Bildirimli fesih hakkı kullanılarak sözleşmesinin feshi, bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmek suretiyle Yargıtay'ın “derhal feshe dönüşeceği”ne dair görüşü de dikkate alınca her hak gibi işveren tarafından bildirim süresine ait ücretin peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bir başka ifade ile “derhal feshe dönüştürülmesi” hakkı dürüstlük kuralına aykırı kullanılmaması gerekecektir. Bu yönüyle örneğin çalışanın kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için bir yılı doldurmasına, emeklilik hakkını doldurmasına ya da yeni TİS ile zam almasına bir gün

MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.930; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 33; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.311

³¹⁰ **SÜZEK**, 2018, s. 547; **YÜREKLİ**, s. 228

³¹¹ **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.250

³¹² **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.933-934; **NARMANLIOĞLU**, s. 370; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 36; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s.354-357; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.74

³¹³ YHGK, 23.11.2005, E. 2005/9-633, K. 2005/645 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

kala peşin ödeme ile sona erdirmeye hak kaybına yol açacağından bu durumlarda bildirim süresine ait ücretin peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hakkın kötüye kullanımını niteliğinde kabul edilecektir. Bu durumda bildirimli feshin kötüniyetli olarak bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin sübut bulması halinde çalışanın bildirim süresinde gerçekleşmiş olan haklardan yararlanması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir³¹⁴.

4. İŞ GÜVENCESİ

4.1.Genel Olarak

Sözleşmelerin tarafların iradesi ile sonlandırılması hakkının, bir başka ifade ile sözleşmeyi fesih hakkının; İş Hukuku'nun sosyal adaleti ve çalışma barışını sağlamak, zayıf konumdaki çalışana korumak ve ona insan onuruna yakışır bir çalışma hayatı sunmak adına birtakım sınırlamalara tabi tutulduğunu ve derhal fesih hakkının ancak haklı bir nedene dayanması halinde kullanılabilir bir hak olduğunu belirtmiştik.

Bildirimli fesih hakkı, İXX. Yüzyılda “serbesti ilkesinin” hâkim olduğu ve bu nedenle de tarafların bildirim öneline uymak suretiyle herhangi bir neden göstermeksizin ve istediği zaman sözleşmeleri sona erdirmeye hakkı olarak tanımlanmış; söz konusu bu fesih, haksız veya hakkın kötüye kullanımını oluşturacak şekilde

³¹⁴ “...işverence önel verilmeksizin ve ihbar tazminatı peşin ödenmeksizin yapılan fesihlerde, önel süresi içinde işçi lehine oluşacak artışlardan işçinin yararlanması gerekir. Bir başka anlatımla bu tür fesihler önelli fesih gibi kabul edilmektedir. Böyle olunca da ihbar tazminatı ödenmediği sürece iş sözleşmesi önel bitimine kadar devam edecektir. Ayrıca önel süresi içinde taraflarca başka nedenlerle gerçekleştirilecek fesih işlemleri geçerli sayılacaktır. Somut olayda davalı işveren 22.12.2000 tarihinde iş sözleşmesini feshetmiş, ancak ihbar tazminatını ödememiştir. Önel süresi içinde 01.01.2001 tarihinde yeni kıdem tazminatı tavanı ve TİS zamları yürürlüğe girmiş ve davacı 09.01.2001 tarihinde bağlı bulunduğu kuruma emeklilik için başvurmuştur. Davacı önel süresi içinde emekli olmak suretiyle iş sözleşmesini sona erdirdiğinden ihbar tazminatından yararlanamaz. Ancak iş sözleşmesini 09.01.2001 tarihinde feshettiğinden 01.01.2001 tarihinde yürürlüğe giren kıdem tazminatı tavan farkı ile Toplu İş Sözleşmesi farklarından yararlanacaktır. Böyle olunca, davacının fark kıdem tazminatı ve fark işçilik alacakları belirtilen fesih tarihine göre hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır.” Y9HD, 01.03.2004, E. 2003/13738, K. 2004/3888 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

yapılmış olsa dahi sözleşmeyi sona erdiren bir hukuki işlem olarak kabul edilmiş, XX. yüzyılda ise işçi aleyhine sonuçlar doğuran bir nitelik kazanmıştır³¹⁵.

İş Hukuku'nun tarihsel seyrinde, değişik ülkelerde “yaşam boyu sözleşmelerin yasaklanması” ile başlayan köleliğe karşı duruş; “feshe karşı koruma”, “işin sona erdirilmesi konusunda tavsiye kararları”, “kar eden işletmelerin çalışanları ekonomik sebeplerle işten çıkarmalarının zorlaştırılması” gibi düzenlemeler³¹⁶ ile belirsiz süreli iş sözleşmelerinin bildirimli fesih hakkı kullanılarak, çalışan tarafından sona erdirilmesinde fesih serbestisi ilkesini ön plana çıkartarak, işveren tarafından kullanılmasında ise eşitlik ilkesi bozularak çalışan lehine birden fazla kısıtlamalar getirilmiştir³¹⁷.

İşverenin bildirimli fesih hakkı, birçok hukuk düzeninde kanunla sınırlandırılırken bir başka ifade ile bildirimli fesih hakkının doğumu bir takım kanuni sebeplerin ortaya çıkması halinde varlığı kabul edilirken, kanunla sınırlandırılmayan sistemlerde işverenin iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkının sınırlandırılması, hakkın kötüye kullanımı teorisiyle³¹⁸, yani iş sözleşmesinin bildirimli feshinden sonra feshin hakkın kötüye kullanımı şeklinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılarak, yargısal denetim yoluyla ek tazminatlara bağlanmak suretiyle kısıtlanmıştır³¹⁹.

İşverenin bildirimli fesih hakkını sınırlayan bahsi geçen her iki sistemin, *işletme yararı* kavramını ortak bir kıstas olarak ele aldığı, bu kıstasın ise “*işletmenin teknik ve ekonomik gerekleri ve çalışanın hafif kusuru*”ndan oluşan bir üst kavram olarak

³¹⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 446; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.894-897; SÜZEK, 1976, s.29

³¹⁶ MANAV, s. 16-17

³¹⁷ SÜZEK, 1976, s.30; CENTEL, s.10-11

³¹⁸ SÜZEK, 1976, s.92

³¹⁹ Ayrıntı için bkz. SÜZEK, 1976, s. 31-55; BAYSAL, s. 11

tanımlandığı görülmektedir³²⁰. Hakkın kötüye kullanımı teorisini uygulayan hukuk sistemlerinde feshin kötünietli yapıldığını ispatlamak yükümlülüğü çalışanın üzerinde iken, işverenin bildirimli fesih hakkını kanunla sınırlayan hukuk sistemlerinde feshin kanuna uygun yapıldığının ispat yükü işverendedir. Bu yönüyle bakıldığında hakkın kötüye kullanılması yoluyla fesih hakkını sınırlayan sistemlerin, çalışanı koruma bakımından daha az koruyucu niteliğe sahip olduğu, kanunla sınırlayan sistemlerin feshine karşı çalışanı daha çok koruduğu ve en önemlisi kanunla sınırlayan sistemlerin çalışanın işe iadesinin sağlaması nedeniyle modern iş hukuku anlayışının amaçlarına daha uygun olduğu ve iş güvencesi hükümlerine yer verilerek zayıf konumda bulunan çalışanın korunması, çalışma barışının sağlanması ve nihayet sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak toplumsal yapının işsizlik nedeniyle bozulmasının önüne geçilmek istendiği görülmektedir³²¹.

Bir yandan devletler kendi iç hukuklarında yaptıkları düzenleme ile belirtmiş olduğumuz düzenlemelere yer verilirken, bir yandan da küreselleşmenin yarattığı etkiler ile uluslararası çalışma standartları oluşturulmaya çalışılması ve günümüzde iş gücü rekabetinin standartlaşması, devletleri bağlayıcı nitelikte sözleşmeler yoluyla işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı başta olmak üzere çalışma hayatına ilişkin kurallar geliştirilmeye ve çalışma barışının sağlanması yönünde önemli adımlar atmaya zorlamaktadır.

Günümüzde “iş güvencesi” çalışanın hakkı olmaktan öte bir insan hakkı olarak değerlendirilmekte, her ne kadar bağlayıcılığı bulunmasa da, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23. maddesinde “herkesin; çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır” denilerek³²² çalışanın işsizliğe karşı korunması, bir başka ifade ile var olan iş sözleşmesinin devamının

³²⁰ SÜZEK, 1976, s. 56

³²¹ SÜZEK, 1976, s. 57; CENTEL, s.12

³²² NARTER, s. 15

sağlanması yönünde işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının yasal düzenlemeyle sınırlandırılması söz konusudur.

İş güvencesinin temel haklardan biri olarak değerlendirilmesi, sözleşmeye taraf ülkeler açısından bağlayıcılığı olan bir diğer hukuki norm, “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi”ne ilişkin 158 sayılı ILO sözleşmesidir³²³. Bu sözleşme, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkına yönelik sınırlamalar getirmekte birlikte bütün işçileri kural olarak kapsamakta, sözleşmeyi imzalamış olan devletlerin belirli durumlarda bazı işçileri kapsam dışı bırakılabilecekleri belirtilerek uygulamada esnek düzenlemelere yer verilmiştir³²⁴. Sözleşmeyi imzalayan devletlerin kendi iç hukuklarında bir kısım çalışanları kapsam dışında bırakacak nitelikte düzenleme yapabilecek olmaları; gelişmişlik seviyeleri, insan hakları ve işçilik haklarına verdikleri önemin göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

4.2.Türk Hukuku’nda İş Güvencesi

Günümüzde zayıfı koruma amacı doğrultusunda haklı neden oluşturacak kadar ağır olmamakla birlikte sözleşmenin devamının işverenden beklenemeyecek nitelikte ve ağırlıkta olan işçi davranışlarına dayanarak, belirli şekil şartlarını da yerine getirme yükümlülüğüne riayet etmek suretiyle çalışanın iş sözleşmesinin bildirimli feshi yoluna gidilebileceği, işverenin iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkının sınırlandırılmasının işletme yararı kavramıyla ele alındığı, gerek bir sebebe dayanma zorunluluğu ve gerekse fesihte öngörülen şekle uyma mecburiyetleri ile işverenin iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkı sınırlandırılarak işçinin işini kaybetmemesi, haksız fesih durumunda da işe iadesi amaçlanmaktadır.

³²³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s. 448 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.958-962; BAYSAL, s. 12-19; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.135

³²⁴ MANAV, s. 20; CENTEL, s. 22

Ülkemizde İş Hukuku'nun çalışanı korumaya yönelik anlayışı; 3008 ve 1475 sayılı İş Kanunları döneminde önceleri *hakkın kötüye kullanımı teorisiyle* işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı sınırlandırılmak suretiyle³²⁵ uygulanmaya çalışılmış, daha sonra 4773 sayılı yasa³²⁶ ile işverenin iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkı, süreli fesihlerde serbesti ilkesi gereğince feshin hakkın kötüye kullanımını oluşturacak nitelikte yapıldığı yargı tarafından tespit edilmesi halinde işverenin ilave tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmesi şeklinde feshe karşı çalışanın korunması düşüncesi terk edilerek 1475 Sayılı İş Kanunu'na eklenen 13A³²⁷, 13B³²⁸, 13C³²⁹, 13D³³⁰ ve 13E³³¹ maddeleri ile

³²⁵ SÜZEK, 1976, s. 93-94; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.936

³²⁶ RG. 15.08.2002, 24847.

³²⁷ Feshin geçerli sebebe dayandırılması başlığı altında On veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili niteliğinde olmayan bir işçinin belirsiz süreli hizmet akdini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.” Hükmü getirilmiş sendika üyeliği, ve sendika nedeniyle faaliyet, çalışan tarafından sözleşmeden doğan hakların takibi amacıyla yapılan işveren aleyhinde ki işlemleri, işverenin ayrımcılık içeren tutumları, kadın çalışanların yasak işlerde çalıştırılmaları halinde işe gelmemeleri, hastalık ve kaza nedeniyle geçici olarak bekleme süresinde işe gelmemek halleri geçerli neden oluşturmayacağı ayrıca sayılmış ve altı aylık kıdemin hesaplanmasının “İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir.” şeklinde yapılabileceği belirtilmiştir.

³²⁸ Madde başlığında “İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır” denilerek “İşveren bakımından beklenemeyecek haller hariç olmak üzere, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli hizmet akdi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 17. maddenin (II) numaralı bendinde gösterilen sebeplerle fesih hakkı saklıdır.” düzenlemesi getirilmiştir.

³²⁹ Fesih bildirimine itiraz ve usul başlığı altında “Hizmet akdi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.” Düzenlemesi yer almış ikinci fıkrada “Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir.” ve son fıkrada “Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.” şeklinde düzenleme getirilmiştir.

³³⁰ Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları başlığı altında “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyi en az altı ay en çok bir yıllık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. İşçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları kendisine ödenir.

“Feshin geçerli sebebe dayandırılması”, “meşru bir nedene dayanma” koşulu getirilerek işverenin fesih hakkı kanuni düzenlemeyle sınırlandırılmıştır ve feshin geçerli sebebinin bulunup bulunmadığı yargısal denetime tabi tutularak ve yargılama sonunda geçerli bir sebebin bulunmaması halinde çalışanın iadesi yargı kararıyla sağlanarak, meşru nedene dayanmayan feshin sonucunda verilen işe iade kararına rağmen çalışanın işe başlatmayan işverene ayrıca tazminat –iş güvencesi kapsamında olanlar için işe başlatmama tazminatı, kapsam dışında olanlar için değişiklik öncesinde olduğu üzere kötüniyet tazminatı- yükümlülüğü getirileceği kabul edilmiştir³³².

22.05.2003 tarihinde ise 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiş, çalışanların iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshine karşı koruma iş güvencesi hükümleriyle sağlanmıştır³³³. Ancak belirtmek gerekir ki, iş güvencesi kapsamında olan çalışanların işten çıkarılmaması anlamına gelmemekte, işletme gerekleri göz önüne alınarak, işletme gereklerinin zorunlulukları da değerlendirilerek uyumlu bir denge içerisinde birleştirilmesi amaçlanmıştır³³⁴. Esnek bir iş güvencesi modeli olarak bu düzenlemeye göre işveren tarafından yapılan iş sözleşmesinin feshi geçerlilik incelemesi ile yargısal denetime açılmış, feshin geçersizliğine mahkemece karar verilmesi halinde işverenin

Bildirim süresine ait ücret işçiye peşin ödenmişse, bu tutar yukarıdaki hükümlere göre yapılacak ödemedi mahsup edilir. İşçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin olarak ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren altı iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmazsa, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir” düzenlemesine yer verilmiştir.

³³¹ “Hizmet akdi feshedilen işçi yeni bir işe girer ve mahkemece feshin geçersizliğine karar verilirse, önceki işine dönmek istemeyen işçi durumu altı iş günü içinde önceki işverene bildirir. Yazılı olarak yapılacak bu bildirim üzerine belirsiz süreli hizmet akdi işverence geçerli bir sebeple feshedilmiş gibi sayılır ve buna ilişkin hukuki sonuçlar doğar” hükmü ile çalışanın yeni işe girmesi düzenlenmiştir.

³³² SÜZEK, 2018; s. 565-570; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.937; ÖZDEMİR, Sözleşmenin Sona Ermesi, s. 108

³³³ SÜZEK, 2018, s. 567; CENTEL, s.23

³³⁴ SÜZEK, 2018, s. 569; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.938-939

çalışanı işe başlatması, başlatmaması halinde ise yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmiştir³³⁵.

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra iş güvencesi kapsamındaki çalışanlar yönünden işveren tarafından yapılan bildirimli fesihler geçersizlik yaptırımına maruz bırakılarak çalışanın tekrar aynı işine başlayıp devam etmesi sağlanırken, işverenin bu feshinin aynı zamanda kötüniyetle yapılmış olması çalışanın işe iadesinin dışında ayrıca bir yaptırıma tabi tutulmamıştır. Bir başka ifade ile çalışan yalnızca işe iadesini talep edebilecekken kötü niyet tazminatı talep edemeyecektir.

İş güvencesi kapsamında olmayan çalışanların yönünden ise iş sözleşmesinin geçersiz nedenle feshedilmesi ile kötü niyetli feshinin yaptırımları farklı olup, iş güvencesi kapsamında olmayan bir çalışanın sözleşmesi geçersiz nedenle feshedildiğinde çalışan yalnızca koşulları varsa kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacak ve işe iade davası talep hakkı bulunmayacak, ayrıca kötü niyetli fesih söz konusu ise çalışan kötü niyet tazminatı da talep edebilecektir³³⁶.

4.3.İş Güvencesi Kavramı ve Kapsamı

İş Güvencesi, dar anlamda çalışanın işveren tarafından yapılacak fesiHLere karşı korunması, bir başka ifade ile işverenin geçerli bir sebep gösterme ve bu sebebi yargısal denetim durumunda ispatlaması koşulu ile fesih hakkının sınırlandırılmasıdır³³⁷.

Çalışanın feshe karşı korunması, Yargıtay kararında “çalışanın işveren tarafından işten çıkarılmasını güçleştiren düzenlemeler yanında, sözleşmenin işveren

³³⁵ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.159

³³⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.938

³³⁷ BAYSAL, s. 11

tarafından feshi sırasında geçerli bir sebebe bağlı olarak hakkın varlığından söz edilebilecek olmasını, işveren tarafından ileri sürülen sebebin varlığının da yargısal denetim yoluyla denetlenerek işverenden sebebin varlığını ortaya koyması ve ispatlamasını içerir” şeklinde tanımlanmıştır³³⁸. İşveren tarafından ileri sürülen sebebin var olmaması durumunda ise çalışanın işe iadesi veya işe başlatılmaması halinde tazminat ödeme şeklinde bir yaptırımla işverenin karşı karşıya bırakılması geniş anlamda iş güvencesi olarak ifade edilebilecektir³³⁹.

İşverenin bildirimli fesih hakkını sınırlandıran ve iş güvencesi sağlayan hükümlerin çalışanlara karşı sağladığı “feshe karşı koruma”, ayrı bir yasa ile düzenlenmeyip İş Kanunu’na eklenen maddeler yoluyla düzenlenmiş, bu nedenle İş Kanunu’nun uygulama alanı ve kıyasen uygulanacağına dair hüküm gereği Basın İş Kanunu’na tabi olanlar dışında kalan çalışanlar yönünden fesih serbestisi ilkesinin geçerli olacağı belirtilerek bu durum Öğretide eleştirilmekte ve İş Kanunu kapsamına girmeyenler yönünden iş güvencesinin sağlanmamış olmasının 158 sayılı ILO sözleşmesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür³⁴⁰.

³³⁸ “.. 05.08.2014 tarihli fesih bildirimini ile davacının Ramazan Bayramından sonra 31.07.2014 tarihinde 24.00-08.00 vardiyasına diğer vardiya elemanları ile birlikte toplu halde ve mazeret bildirmeden işe gelmediği, bu nedenle tesisin devreye alınmadığı ve sekiz saat süresince çalıştırılmadığı, sekiz saatlik bir üretim kaybı yaşandığı ve şirketin zarara sokulduğu, davacının savunma vermekten de imtina ettiğinin tutanak ile tespit edildiği, açıklanan nedenler ile iş akdinin sonlandırıldığı belirtilmiştir. Davalı işveren fesih bildiriminde iş akdine haklı mı yoksa geçerli nedenle mi son verdiğini açıklamamıştır. Ancak davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödemesi yapmıştır. 29.09.2014 tarihli davacının ihtarına cevabi ihtarında da 31.07.2014 tarihindeki devamsızlık nedeniyle haklı fesih imkânı varken iyiniyetli olarak kıdem ve ihbar ödemesi yaparak iş akdini sonlandırdığını belirtmiştir. Şu durumda, işveren kıdem ve ihbar tazminatı ödemesi yapmakla iş akdinin tazminat gerektirecek şekilde son bulduğunu kabul etmekte bir başka deyişle geçerli bir nedene dayalı olarak iş akdini sonlandırdığını savunmaktadır. İş akdinin haklı bir neden olmaksızın sonlandırıldığı fesihlerde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. Maddesine göre feshin yazılı olarak bildirilmesi ve fesih sebebinin açık ve kesin olması zorunludur. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise bu şekilde yapılan fesihlerde işçiden savunma istenmesi ön koşuldur.” Y7HD, 21.04.2016, E. 2015/46026, K. 2016/8962 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³³⁹ **Mustafa ALP**, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, DEÜHFD, Cilt:5, Sayı:1, 2003, 1-40. (file:///C:/Users/USER/Desktop/mustafa%20alp%20iş%20güvencesi%20makale.pdf)

³⁴⁰ **SÜZEK**, 2018, s.574; **NARTER**, s. 62; **ALP**, İş Güvencesi Yasası, s.3

İş Kanunu'nun 18.maddesinde işverenin çalışanın iş sözleşmesini fesih hakkını kullanırken “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan” meşru bir sebebe dayanmak zorunda olduğu belirtilmiş, ancak işverenin belirtilen bu nedenlerle sözleşmenin feshi yoluna başvurma zorunluluğu maddenin yine birinci fıkrasında “*iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için otuz veya daha fazla işçi çalıştıran*” işyeri olması gerektiği vurgulanmıştır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre “*işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.*” İşçi sayısına ilişkin bu hüküm nispi emredici olduğundan, daha az işçi sayısını öngören sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmektedir³⁴¹.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda iş güvencesi “*kısaca işçinin işinin korunması*” olarak tanımlamış ve iş güvencesi hükümlerinin amacını, “işverenin iş sözleşmesini meşru ve makul görülebilecek bir neden olmaksızın keyfi olarak sona erdirmesinin engellenmesi ve dolayısıyla iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanması” olarak belirtmiştir. Aynı kararda “İş Kanunu’nda yazılı fesih nedenleri (sürelî, geçerli ya da haklı nedenle fesih gibi) gerekse başka kanunlarda düzenlenen fesih nedenleri oluşmadıkça ve feshin yapılaş şekil ve kurallarına uyulmadıkça işçinin işine son verilmesi mümkün değildir. Yani işveren, iş sözleşmesinin feshi yoluna giderken, feshi gerektiren nedenlerin mevcut olmasını esas almalıdır. Aksi halde keyfi ve hukuk dışı nedenlerle iş sözleşmesi feshedildiği kabul edileceğinden, işçinin keyfi olarak sonlandırılan işi, yasal iş güvencesi hükümlerince koruma altına alınacak ve işveren de bunun sonuçlarına katlanacaktır.” ifadesiyle çalışanın işinin yasal koruma altına alınmış olduğunu belirtmiştir³⁴².

Taraflar iş güvencesi hükümlerine aykırı düzenleme yapamayacağı gibi feragat da edemeyecekler, örneğin sözleşmeye iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağına

³⁴¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s. 464

³⁴² YİBGK, 09.06.2017, E. 2016/3, K. 2017/4 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

ilişkin bir madde koyamayacakları gibi bu şekilde bir düzenleme öngörmeleri halinde ise bu düzenleme hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacaktır³⁴³.

4.4.İş Güvencesinden Yararlanma Koşulları

4.4.1. İş Kanunu ve/veya Basın İş Kanunu'na Tabi Çalışan Olmak

İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında “*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*” hükmü düzenlenmiş ve yine İş Kanunu'nun 116. maddesinde Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinde değişiklik yapılarak “*İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır*” hükmü getirilmiş, İş Kanunu'na ve Basın İş Kanunu'na tabi olanların iş güvencesi hükümlerinden faydalanacağı hükme bağlanmıştır³⁴⁴. Bu düzenlemeler ile iş güvencesi hükümlerinin İş Kanunu'nun 4. maddesinde sayılanlar ile TBK hükümlerine göre çalışanlar ve Deniz İş Kanunu'na tabi olarak çalışanların kapsam dışında bırakıldığı görülmektedir.

Ayrıca İş Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca, elliden az işçi çalıştırılan (elli dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz. Ancak madde gerekçesinde de belirtildiği Öğretilde ifade edildiği üzere, “elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işyerleri Kanun kapsamına alınmıştır³⁴⁵.” Yargıtay elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve

³⁴³ CENTEL, s.25

³⁴⁴ ERTABAK, s. 19; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.144-146; CENTEL, s.28-30

³⁴⁵ A. Can TUNCAY, “İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu (Karar İncelemesi)”, Sicil İHD, İstanbul 2007, S.6, s.87-81; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.58

orman işlerinde çalışan birinin iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığına iş mahkemelerinin görevli olduğunu belirtmiştir³⁴⁶. Yine belirtmek gerekir ki tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerinde elli dahil daha az işçi bulunmasına rağmen, işyerinde sendika örgütlenmesi sonucu Toplu İş Sözleşmesi'nde bağtlanmış ise, üye sendika üyesi işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın STSK'nın 79. maddesi (2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 66. maddesi) uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir³⁴⁷. Bu nedenle her iki durumda tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde elliden fazla çalışan bulunması halinde ve elliden az çalışan bulunmasına rağmen TİS ile çalışanların sendikal hakları hüküm altına alınmış ise bu durumda iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceklerdir.

4.4.2. İşyerinde Otuz veya Daha Fazla Çalışanın Bulunması

Öğretide, 158 sayılı ILO sözleşmesinin imzalanmış olmasına rağmen iş güvencesi kapsamı dışında bırakılanların, kapsama alınan kesimden fazla olmasının eleştirildiğini daha önce belirtmiş olmakla birlikte, iş güvencesi kapsama alanının işyerinde çalışanların sayısı ile belirli bir sayıya ulaşmaması halinde iş güvencesi hükümlerinden faydalanmayacağı göz önüne alınınca, son derece sınırlı ölçüde bir kesim için iş güvencesi hükümlerinin getirildiği, bu düzenlemenin Anayasa'nın ölçülülük ilkesine aykırı olduğu yönünde eleştirilmiştir³⁴⁸.

İşverenin aynı iş kolundaki diğer işyerlerinde çalıştırdığı işçi sayısı göz önüne alınarak toplamı otuz çalışandan veya daha fazla sayıda çalışandan oluşması halinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanması gerektiği İşK.'nın 18. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinde “...İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde,

³⁴⁶ Y9HD, 25.3.2008, E. 2007/9975, K. 2008/6368 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁴⁷ Y22HD, 27.03.2017, E. 2017/30583, K.2017/6245 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁴⁸ CENTEL, s.38; Öner EYRENCİ, “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, Legal İHSGHD, S.1, s. 15-56

işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre otuz işçi sayısı belirlenirken, aynı iş kolunda faaliyet gösteren tek bir işveren olmalı, aynı işverenin birden çok işyeri olmalıdır³⁴⁹. İşverenin aynı olmaması bir başka ifade ile işveren aynı gerçek veya tüzel kişi olmayıp farklı gerçek ve tüzel kişilerden oluşan bir grup ya da holding bünyesinde istihdam oluşturuyor ya da işveren aynı olmakla birlikte işyerleri farklı iş kollarında faaliyet gösteriyorsa işçi sayısı belirlenirken toplam işçi sayısına esas alınamayacaktır³⁵⁰.

Yargıtay kararında da belirtildiği üzere İşK.’nın iş güvencesi ile ilgili hükümleri (18-20 maddeleri) nisbi emredici hükümler olup³⁵¹21. Maddenin 1,2 ve 3. Fıkraları mutlak emredici niteliktedir, bu kapsamda Yargıtay işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığının mahkemece resen araştırılması³⁵²gerektiğini belirterek mutlak emredici niteliğinin re’sen araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Ancak işçi lehine toplu veya bireysel iş sözleşmeler ile örneğin yirmi çalışan sayısı şeklinde düzenleme yapılarak³⁵³ iş güvencesi kapsamı genişletilebilecektir³⁵⁴.

³⁴⁹**MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.964; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 426; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.240-241; **ÖZCAN**, İş Güvencesi, s.146; **TUNCAY**, Karar İncelemesi, s.78

³⁵⁰**Savaş TAŞKENT**, “Otuz İşçi Ölçütü ve Yurt Dışındaki Bağlantılı İşyeri Sorunu (Otuz İşçi Ölçütü)”, Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul 2011, Cilt I, s. 715-724

³⁵¹ **ERTABAK**, s. 62; **CENTEL**, s.24; Y9HD, 22.02.2010, E. 2010/4905, K. 2010/4260 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁵² Y9HD, 24.12.2015, E. 2015/24887, K. 2015/36758 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁵³ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.972; **ÖZCAN**, İş Güvencesi, s. 146; “...Piknik İşletmesi ile davalı şirketinin ticaret sicil kayıtları ve varsa aralarındaki sözleşmeler celp edilmeli, aralarında organik bağ, birlikte istihdam ilişkisi bulunup bulunmadığı kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirlenmeli, bundan sonra fesih tarihi itibarıyla işverence otuz veya daha fazla işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığı değerlendirilmelidir.” Y22HD, 19.01.2017, E. 2016/30642, K. 2017/369; Y22HD, 06.06.2016, E. 2016/14073, K. 2016/16511 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

“... her ne kadar mahkemece, davalı sendikada çalışan işçi sayısının on yedi olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de mahkemece yapılan araştırma ve ...'nun gönderdiği kayıtlar fesih tarihindeki çalışan sayısını açıklığa kavuşturacak nitelikte değildir. Davalı ...illerinde şubelerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple davalı sendikaya ait fesih tarihi itibarıyla aynı iş kolunda kaç

Öğretide ve Yargıtay vermiş olduğu istikrarlı kararlarında “Otuz işçi sayısının belirlenmesinde fesih bildirimının işçiye ulaştığı tarih itibariyle belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik sözleşmelerle çalışan tüm işçiler dikkate alınır.” diyerek ayırım yapılamayacağını, bununla birlikte “İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçilerinin” o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmayacağını belirtmiştir³⁵⁵. Asıl işveren alt işverenlik ilişkisinin bulunması halinde, işe iadenin sonuçlarından her iki firma birlikte sorumlu olacak, fakat çalışan alt işverenin işçisi ise işe iade şartlarını işçi sayısı bakımından alt işverenin taşıması³⁵⁶ gerekecektir.

işyerinin bulunduğu ve çalışan sayısı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre davacının iş güvencesi hükümlerinden faydalanıp faydalanmayacağı belirlenmelidir.” Y22HD, 19.01.2017, E. 2016/30632, K. 2017/364 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁵⁴ “Toplu İş Sözleşmesi ile işçi lehine yapılan bu düzenleme sendika üyesi işçiler ile üye olmayan işçileri de kapsayacaktır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi hükmü “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır” gereğince çalışma koşulları ve çalışmaya son verme niteliğinde olan İş güvencesi hükümleri ayırım yapılmaksızın uygulanmalıdır.” Y9HD, 14.06.2016, E. 2016/13363, K. 2016/14311 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁵⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 455; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s. 967-969; AKTAY/ ARICI/ SENYEN-KAPLAN, s.160; KESER, Bildirimli Fesih, s. 71-76; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 427; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.364; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.147; CENTEL, s.38-39; TUNCAY, Karar İncelemesi, s.78; Y9HD, 15.06.2017, E. 2017/22070, K. 2017/10604; “... Mahkemenin de gerekçeli kararında kabul ettiği üzere davalı iş yerine ait SGK dönem bordrolarının incelenmesinde, davalı şirketin davacının çalıştığı iş yeri dışında faal iş yerlerinin bulunduğu, bu iş yerlerinde çalışan işçi sayısının 30’un üzerinde olduğu anlaşılmıştır. Davanın reddi kararı bu nedenle hatalıdır.” Y9HD, 31.10.2016, E. 2015/35435, K. 2016/18785 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁵⁶ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 455; KESER, Bildirimli Fesih, s. 72; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 428, ÖZCAN, İş Güvencesi, s. 147; “...Somut uyuşmazlıkta mahkemenin; davalılar arasında alt-asıl işveren ilişkisi bulunduğu ve feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davacının davalı Şirkete ait işyerine iadesine ve işe iadenin mali sonuçlarından her iki davalının birlikte sorumlu tutulmasına ilişkin kararı isabetlidir. Ancak, dosya içerisindeki dönem bordrosunda, fesih itibari ile davalı alt işveren... Tel Çivi..Şti'nde çalışan işçi sayısının 30'un altında olduğu anlaşılmaktadır. Davacı işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işyerinde 30 veya daha fazla işçinin çalışması gerekmektedir.” Y9HD, 10.03.2016, E. 2015/36514, K. 2016/5590 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Ancak, ortak girişim şeklinde meydana getirilen yeni tüzel kişilik unvanı altında faaliyet gösteren her bir şirketin ayrı ayrı taşeron kabul edilerek işçi sayılarının hesaplamaya esas alınması gerekmektedir³⁵⁷. Ayrıca hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, otuz işçi sayısında ikame edilen işçinin dikkate alınmaması gerekmektedir. Fesih bildirim yapıldığı tarihte otuz işçi sayısının tespitinde, işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmektedir³⁵⁸. Ancak, konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir³⁵⁹.

İş Kanunu'nun, elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işçilerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı içine aldığından (İşK. mad. 4/b), bu işyeri ya da işletmede çalışanlar da iş güvencesinden yararlanır. Buna karşılık, elliden az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu'nun kapsamı dışından kalacağından, bu yerlerde otuzdan fazla işçi çalıştırılrsa dahi (örneğin, kırk işçi), bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. Elli işçinin tespitinde, sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır³⁶⁰.

³⁵⁷ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.969; “Davacı dava dilekçesinde husumeti sadece 'ye yönelmiştir. Dosyada bulunan belirsiz süreli iş akdi, işten ayrılış bildirgesi vs. gibi belgelerden son alt işverenin veiş ortaklığı olduğu anlaşılmaktadır. ...mahkemece fesih tarihi itibarıyla son alt işveren olan iş ortaklığınca otuz veya daha fazla işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığı ve dolayısıyla davacının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığı araştırılmadan hüküm kurulması da isabetsiz olup...” Y7HD, 10.03.2016, E. 2015/43819, K. 2016/6033 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁵⁸ **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT**, s. 455; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.967; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 72; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 427; **CENTEL**, s.39; Y9HD., 24.03.2008, E. 2007/27699, K.2008/6006 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁵⁹ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 73; **BAYSAL**, s.23

³⁶⁰ **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT**, s. 452; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.966; **AKTAY/ ARICI/ SENYEN-KAPLAN**, s.161; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 75; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 430; **CENTEL**, s.38; **TUNCAY**, Karar İncelemesi, s.78; Y7HD, 17.02.2016, E. 2015/34705, K. 2016/3452 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Yargıtay “kanun koyucu tarafından yurtdışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmadığını, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme de bulunmadığını; uluslararası çalışan ve birçok ülkede işyeri açan bir kuruluşun açtığı işyerini bulunduğu ülke mevzuatına göre kurmasının ve bu şubenin ayrı bir tüzel kişilik olmasının aynı iş kolunda birçok işyeri olduğu gerçeğini ortadan kaldırmayacağını, bu nedenle uluslararası çalışan ve Türkiye'de şubesi ya da acentesi bulunan şirketler bakımından Türkiye'deki işyerinde çalışan işçi sayısının otuzdan az olduğu gerekçesi ile o işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesinden yoksun bırakılması yasanın gerekçesine ve ölçülülük ilkesine uygun olmayacağını³⁶¹” belirterek işçi sayısının tespitinde yurtdışındaki işçi sayılarının da kapsam dahilinde olduğu yönünde kararlar vermiş ve bu durumu salt işyeri için değil, sosyal yardım amaçlı dernek faaliyeti olması halinde de işçi sayısını³⁶² belirlerken yurt dışı çalışanlarının da esas alınması gerektiğini belirtmiştir.

³⁶¹ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 74; Yargıtay kararında işçi sayısının belirlenmesinin kıstasları belirlendiği gibi bu kıstasları değerlendirmeyen yerel mahkeme kararını “çalışan sayısına ilişkin herhangi bir gerekçe oluşturulmadan işe iade kararı verildiğinden öncelikle davacının iş güvencesi kapsamında olup, olmadığına belirlenebilmesi için 30 işçi hususu netleştirilerek sonuca gidilmesi gerekirken işçi sayısına ilişkin gerekçe oluşturulmadan karar verilmesi hatalıdır” şeklinde iade etmiştir. Y7HD, 17.02.2016, E. 2015/34705, K. 2016/3452 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁶² “Davalı işyerinin işten ayrılış bildirgesi içeriği ve davalı işveren hakkında Dairemizce internet ortamında “...” arama motoru üzerinden yapılan araştırma sonucuna göre; davalı işyerinin açıklıkla mücadele vs. sosyal amaçlarla ... yılında ...’da kurulan kâr amacı gütmeyen bir sivil toplum örgütü (dernek) olduğu anlaşılmaktadır. Davalı işyerinin, Afrika, Latin Amerika ve Asya kıtasında 70 ayrı ülkede yardım projeleri yürüten büyük bir dernek olduğu görülmektedir. O halde, davalı derneğin kuvvetle muhtemel Türkiye dışında başka ülkelerde de temsilcilikleri bulunmaktadır. Kaldı ki, Türkiye’deki temsilciliğinde dahi fesih tarihinde 20 işçi çalıştığına göre Almanya merkez dahil davalı işyerinde fesih tarihinde 30 işçiden daha fazla işçinin çalıştığı aşıkardır. Yukarıda belirtilen ilkeler ve benzer olaylarda Dairemiz ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlar (Örneğin Y7HD’nin 2015/26607 E ve 2015/23323 K sayılı kararı (gözetildiğinde, mahkemece, davalı işyeri bakımından fesih tarihinde 30 işçi şartının oluştuğunun kabulü ile işin esasına girilip çıkacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile 30 işçinin belirlenmesinde salt Türkiye’de çalışan işçi sayısının nazara alınmasının gerektiği gerekçesiyle davanın reddi isabetli olmamıştır” Y7HD, 28.04.2016, E. 2016/109, K. 2016/9687 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Yargıtay'ın bu görüşü, öğretide *Tuncay* tarafından yasaların uygulanmasında mülkîlik (ülkesellik) esasına aykırı olduğu ve abartılı sonuçlara yol açabilecek marjinal nitelikte olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁶³. *Uşan* ise, mülkîlik esasının hukuk düzenlerinin etkili olduğu alanı belirlemesinin yanında, bundan ayrı olarak 'hukuk normlarının mülkîliğinin' farklı anlama geldiğini, bu bakımdan söz konusu mülkîliğin esas alınamayacağını; ayrıca kanunlar ihtilafı alanında mülkîliğinin artık uygulanmadığını; sonuç olarak iş güvencesi hükümlerinin yararlanma koşullarından birini oluşturan otuz işçi sayısı kıstasının belirlenmesinde, aynı işverenin aynı iş kolunda yurt dışı işyerlerinde çalışanlarının da esas alınması gerektiğini belirterek Yargıtay'ın görüşünü isabetli bulmuştur³⁶⁴.

Tuncay'ın iş kollarının belirlenmesinde yabancı ülkelerdeki farklılıklardan yola çıkarak, mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun³⁶⁵ 24. Maddesinin sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanması gereken hukukun belirlenmesinde tarafların açıkça seçtiği hukukun öncelikle uygulanacağı, tarafların kararlaştırmamış olması halinde ise borcun ifa yeri hukuk hükümlerinin esas alınması gerektiği yönündeki görüşü son derece isabetli olup, görüşün belirtildiği tarihten sonra 27.11.2007 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un 27. Maddesinin³⁶⁶ madde gerekçesinde "2675 sayılı Kanunun 24. maddesindeki

³⁶³ Yazar "uluslararası hukuk kurallarına göre hukuk kurallarının uygulanmasının ülkesellik ve kişisellik gibi iki temel ilkesinin bulunduğunu, hukuki uyumsuzluğun hangi ülkede ortaya çıkmış ise o ülke hukuk kurallarının uygulanmasının gerektiğini, yabancı unsur barındıran iş ilişkilerinde veya uyumsuzluklarında işin yapıldığı yer kanunun uygulanması gerektiğini" belirtmektedir. **TUNCAY**, Karar İncelemesi, s.79-81; **TASKENT**, Otuz İşçi Ölçütü, s. 723

³⁶⁴ **Fatih UŞAN/ Musa AYGÜL**, "Türkiye'de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşveren Ait Yurtdışında Bulunan İşçilerinde Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD, S.17, İstanbul 2008, s. 47-58

³⁶⁵ RG. 22.05.1982, 17701

³⁶⁶ İş sözleşmeleri başlıklı madde 27. metni "(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. (2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu

düzenlemenin iş sözleşmelerinin sosyal içeriğini dikkate almadığı ve yetersiz kaldığı” açıkça belirtilmiş ve devamla “Milletlerarası özel hukuk alanında çıkan ihtilâflarda iş sözleşmelerinde, hem zayıf taraf olan işçinin korunması ihtiyacı hem de Devletin ekonomik ve sosyal politikalarıyla ilgili olarak yaptığı ve bireysel iş sözleşmeleri dışında kalan diğer düzenlemeler göz önünde tutulmuş” olduğu; İş Hukukunun, kamu hukuku karakterli yönü³⁶⁷ vurgulanarak “bireysel iş sözleşmelerinde, en sıkı ilişkili hukuk olarak "mutat işyeri hukuku" nun uygulanacağı” belirtilmiştir.

Söz konusu bu düzenleme ile “objektif bağlama kuralı” gereğince işverenin yabancı olması durumunda "işyerinin bulunduğu ülke" hukukunun bu ilişkide

işyeri mutat işyeri sayılmaz. (3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutat olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. (4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.” Şeklinde dir.

³⁶⁷ ERDOĞAN/ERDOĞAN, MÖHUK’ ün Yabancılik unsurunun değerlendirildiği karar incelemesinde Yargıtay’ın MÖHUK 5. maddesinde düzenlenen “kamu düzeni müdahalesi” değerlendirmesinin yine aynı kanunun 27. Maddesine lafzen değinilerek Türk İş Hukuku kurallarının doğrudan uygulamayı tercih ettiğini, yabancılik unsurunun tarafların seçmesi, çalışanın yada işverenin yabancı olması, işverene ait işyerinin yabancı bir ülkede bulunması, çalışanın yabancı bir ülkede işi yapması veya yabancı bir ülke ile sıkı ilişki içinde olan bir iş sözleşmesinin bulunmasını yeterli ve gerekli olduğunu belirterek somut soruna Türk Hukukunun doğrudan uygulanacak bir kuralı olup olmadığına bakılması gerektiğini MÖHUK 6. maddesinde doğrudan uygulanacak kuralların sosyal ekonomik ve toplumsal düzeni ilgilendirmesi halinde, ayırım yapmaksızın vatandaş da olsa, yabancı da olsa tüm hukuki ilişkilere maddi hukuk kurallarının uygulanacağını düzenlerken bu düşüncenin ortaya çıkışın da etkili olan ve her iki yaklaşımın istisnai nitelikte olmasının yanında “kamu düzeni müdahalesi” anlayışının “doğrudan uygulanacak kurallar” dan farklı olarak yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenini ihlal ediyor olması sonucunun varlığının arandığını ancak doğrudan uygulanan kuralların kamu düzenini ihlal ile ilgilenmediğini; doğrudan uygulanan kuralların emredici olduğunu, bu emrediciliğin iç hukuktaki emredici nitelikteki hükümlerin tamamının doğrudan uygulanan kural anlamına gelmeyeceğini aradaki farkın gözetilmesi gerektiğini, Yargıtay’ın ise iş hukukunda ki emredici hükümlerin tamamını doğrudan uygulanan kural olarak kabul ettiğini hükümlerin getiriliş amacı ve korunmak istenilen menfaat göz önünde alınarak belirlenecek olan “doğrudan uygulanan kuralların” tarafların menfaatlerini, kamunun siyasi, ekonomik veya sosyal menfaatin gerisinde bırakarak devletin ekonomik ve sosyal düzenini çalışanın menfaati ile birlikte koruduğu bu anlamda iş güvencesi hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olduğunu yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda doğrudan uygulama alanı bulacağını; doğrudan uygulanacak kural var iken kamu düzeninin müdahalesine gerek olmayacağını, daha az koruma sağlamış olan yabancı hukukunun gerekçe gösterilerek kamu düzeni müdahalesi sağlanarak Türk hukukunun doğrudan uygulanamayacağını belirtmektedir. **Ersin ERDOĞAN/ Canan ERDOĞAN**, “Türkiye’den Yurtdışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”; Legal İHSGHD, S.17, İstanbul 2016, S.50, s.955-988; Ayrıca Yabancılik unsuru taşıyan İş sözleşmelerine uygulanacak hukuk için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014 s.572-578

uygulanması gerektiği; uygulanacak hukuk seçimi, “iş sözleşmelerinin özel niteliği gereği, ancak işçi lehine ve sınırlı olarak tanınmış” olduğu “tarafarca hukuk seçimi yapılmış olsa dahi, objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukukun, Türk Hukukunun işçiyi koruyan hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi halinde, seçilen hukuktaki hükümlerin uygulanması mümkün değildir.” açıklaması ile çalışanın korunmasının amaçlandığı ifade edilmiş olmasına rağmen “objektif bağlama kuralı” ve “ işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması” son olarak seçilen hukukun işçiyi koruyan hükümlerinden daha az koruyucu hükümlerin uygulanmayacağı” şeklindeki yeniliğin dışında Yargıtay’ın kararına dayanak oluşturacak bir düzenleme getirmediği bu sebeple de *Tuncay*’ın ifadesiyle “madde gerekçesinde dahi bu yoruma olanak tanıyan en ufak bir açıklık” bulunmadığı değerlendirmesine göre Yargıtay’ın ve Öğretideki diğer görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal* da mülk ilkesi gereği yabancı ülkedeki işyerlerinin 30 işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılması görüşüne katılmayarak, bu işyerlerinin İş Güvencesi kapsamında değerlendirilebilmesi için ancak kanunda açık bir düzenleme bulunması gerektiğini belirtmiştir³⁶⁸.

Hemen belirtelim ki, sendikalı işyeri temsilcileri için işyerinde otuz işçi çalışma koşulu aranmayacaktır³⁶⁹. Daha sonra ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere sendika temsilcileri boşa geçen süre için İşK. ’daki dört aylık azami süre sınırlaması kaldırılmış ve temsilcilik süresini aşmamak kaydı ile “fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının başvuru şartına da bağlı olmaksızın ödeneceği” belirtilmiştir.

Öte yandan, grup ya da holdingi oluşturan her bir şirket, ayrı bir bağımsız işveren ve tüzel kişiliğe sahip olması nedeniyle temel kural iş güvencesi yönünden her şirketin aynı iş kolundaki kendi işçi sayısı gözetilerek sayının belirlenmesi gerekecek,

³⁶⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.966

³⁶⁹ Y9HD, 21.07.2008, E. 2008/25552, K. 2008/20932 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

bir başka ifade ile “bir şirketin aynı iş kolundaki işçi sayısı belirlenirken grubu ya da holdingi oluşturan başka bir şirket veya şirketlerin işçileri bu sayıya eklenemeyecektir”; fakat, grup veya holdingi oluşturan birden fazla şirkete aynı anda hizmet verilmesi yani “birlikte istihdamın” söz konusu olduğu durumlarda *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*’ın ifadesiyle “iş organizasyonun bir bütün olduğu dikkate alınarak, ayrı ayrı tescil edilmiş olsa bile iş organizasyonu kapsamında bir bütün oluşturan yerler tek işyeri kabul edilerek³⁷⁰” hizmet verilen şirketlerdeki işçi sayısı toplamı esas alınarak iş güvencesi kapsamında olup olmadığı belirlenmelidir. Birlikte istihdamın tespiti için ise şirketlerin kayıtlarının yeterli olmayacağı³⁷¹, Sosyal Güvenlik Kurum Kayıtlarının ve İşyerlerine ait Ticaret Sicil Kayıtlarının incelenerek karar verilmesi gerektiği Öğreti ve Yargıtay tarafından belirtilmiştir³⁷².

Yargıtay’a göre asıl işveren ve alt asıl işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde asıl işveren başlangıçtan beri gerçek işveren olduğundan, feshin geçersizliği ve işe iade davasının tarafı gerçek işveren ile muvazaalı işlemin diğer tarafı olan kişi veya kuruluşlar olmalı, işçi gerçek işverene ait işyerine iade edilmeli, işe iadenin mali sonuçlarından muvazaanın tarafı olan kişi veya kuruluş da gerçek işverenle birlikte müşterek ve müteselsil sorumluluk³⁷³ esaslarına göre sorumlu tutulmalıdır.

³⁷⁰**MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.973; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 73; **CENTEL**, s.40-42

³⁷¹**KESER**, Bildirimli Fesih, s. 76; “...davalı şirket ile dava dışı şirkete ait ticaret sicil gazetesi kayıtlarından ortaklarının ve yönetim kurulu üyeleri ile temsilcisinin aynı kişiler olduğu görülmüştür. Ancak her iki şirketin ayrı tüzel kişiliği bulunduğu aralarındaki organik bağ tek başına işçi sayısının toplu olarak değerlendirilmesine yeterli değildir. Organik bağın bulunmasından ziyade davacının iş görme edimini her iki şirkete birlikte sunması gerektiği yani birlikte istihdam olgusunun da bulunması gerektiği açıktır. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş, uzman bilirkişi/bilirkişiler aracılığı ile mahallinde keşif yapılarak aynı adreste faaliyet gösterilip gösterilmediği, davacının iş görme edimini hem davalı şirkete hem de dava dışı şirkete karşı birlikte gerçekleştirip gerçekleştirmediği, davalı şirket ile dava dışı şirket arasındaki ilişki ile davacının davalı şirket ile dava dışı şirkete karşı durumu tereddütsüz olarak belirlenip birlikte istihdam olgusunun tespiti halinde şimdiki gibi hüküm kurulmalı” Y7HD, 14.04.2015, E. 2014/21927, K. 2015/7088 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁷² **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 430

³⁷³ Y7HD, 09.03.2016, E. 2015/41731, K. 2016/5891 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Muvazaa iddiasının feshe konu edilmesi ve işe iade talebinde bulunulması halinde her iki işverene birlikte dava açılması gerektiği belirtilmiştir.

Yine bir başka kararında Yargıtay, feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde muvazaa bulunmaması halinde ise, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Öte yandan; asıl işverenin, işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu³⁷⁴ bulunduğunu belirtmiştir.

Ancak Yargıtay, “işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçların da işyerinden sayıldığı” nı belirterek “işyerinin; işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün” olduğu vurgulanmış “işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirleneceğini”, mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca da bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de

³⁷⁴**KESER**, Bildirimli Fesih, s. 72; “...davacının yaptığı ve davalı Bakanlık tarafından alt işverene verilmiş olan işin davalı Bakanlığın asıl işi değil yardımcı işi olduğu tartışmasızdır. Yardımcı işlerin alt işverene verilmesi halinde işverenler arasında muvazaadan söz edilemez. Bu durumda, davacının iş güvencesi kapsamında olduğunun anlaşılması halinde; işverence yapılan feshin geçersizliği ile davacının davalı alt işveren işyerindeki işine iadesine karar verilmeli, işe iadenin mali sonuçlarından ise her iki davalı müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalıdır. Davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olmadığı göz önünde bulundurulmadan, davalı alt işveren yönünden davanın husumet yokluğu sebebiyle reddine ve davacının asıl işveren işyerindeki işe iadesine karar verilmesi isabetsiz olup” Y22HD, 09.02.2016, E. 2015/35015, K. 2016/2981 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılacağını³⁷⁵, tüm bunlarla birlikte işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde organik bağın gerekli olup tespitinin³⁷⁶ gerektiğini belirtmiştir. Organik bağın tespiti halinde yurt genelindeki işçi sayısının otuz olmasının³⁷⁷ gerektiği de vurgulanmıştır.

Yargıtay ayrıca; tanıklar dinlenilerek çalışan sayısının belirlenmesini³⁷⁸, şirket kayıtlarının araştırılarak getirilmesini³⁷⁹, aynı gün çıkış yapılarak otuzun sayısının altına düştüğü iddiasının değerlendirilmesini³⁸⁰, otuz işçinin tespitinde SGK kayıtlarının

³⁷⁵ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 71; Yargıtay kararında "...bilanço ve belgelerde A.Ş., Tarım Ürünleri ve Araştırma şirketlerinin ilişkili şirketler olarak beyan edilmesi ve ortaklarından bir kısmının davalı şirketler ile aynı olması nedeniyle davalı şirket ile bu şirketler arasında organik bağ bulunabileceği ancak birlikte istihdamın bulunup bulunmadığı konusunda dosyada bulgu olmadığı değerlendirilmiştir. Bu şirketlerde personel geçişleri olup olmadığı ... kayıtları araştırılarak belirlenmeli ve davacıya bu konudaki delilleri sorulmalıdır. Sonuca göre davacının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığı belirlenmelidir." Y22HD, 27.03.2017, E. 2017/30583, K. 2017/6245 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁷⁶ "...tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme (haklarının alınmasını engelleme-iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmama), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıttan işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudur. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır." Y9HD, 11.05.2016, E. 2016/8355, K. 2016/11909 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁷⁷ Y7HD, 28.04.2016, E. 2016/11463, K. 2016/9644 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁷⁸ "...Davacının temyiz dilekçesinde adı geçen,,,, isimli kişiler ile davalı tanığı ...'ın fesih tarihinde davalı işyerinde çalışıp çalışmadığı sorulup belirlenerek fesih tarihinde davalı işyerinde otuz işçi çalıştığı tespit edilirse davanın esasına girilerek bir karar verilmesi, otuz işçi çalışmadığı anlaşılırsa şimdiki gibi davanın reddine karar verilmesi gerekir. Eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmektedir." Y22HD, 20.06.2016, E. 2016/16978, K. 2016/18563 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁷⁹ "...her iki şirketin ticaret sicil kayıtları ortak ve yetkililerine, faaliyet alanlarına veAŞ'nin ve davalının tüm Türkiye genelinde bulunan işyerlerine ait sigorta bildireleri ve davacının getirilmesini talep ettiği belge getirilmeden, davacı yönünden birlikte istihdam bulunup bulunmadığı araştırılmadan yazılı gerekçeyle karar verilmesi hatalıdır. Öncelikle söz konusu belgeler getirilmeli, 30 işçi şartının gerçekleşip gerçekleşmediği ve buna bağlı olarak gerekirse feshin geçerli/haklı nedene dayanıp, dayanmadığı değerlendirilmelidir." Y9HD, 12.05.2016, E. 2015/30962, K. 2016/12010 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁸⁰ "...davalı işyerinde fesih yapılan Ekim 2014 de toplam 32 işçi olduğu, 2 işçinin davacıdan önce işten çıkışı ile davacı dahil 30 işçi kaldığı, davacı ile tanığı Ahmet'in de aynı gün işten çıkarılması ve bu tanığın kendi beyanı ile davacının kendisinden önce işten çıkarıldığını belirtmesi nedeniyle fesih

da esas alınmasını³⁸¹, önceki dönem bordroları yeterli olmadığında fesih tarihindeki SGK kayıtlarının celbinin gerektiğini³⁸², çalışma bakanlığı kayıtlarının getirilmesi gerektiğini ve var ise işe iade davası açanlar da tespit edilerek sonuca gidilmesi³⁸³ gerektiğini kararlarında ifade etmiştir.

Yargıtay bir başka kararında “3294 sayılı Kanun ile il ve ilçelerde kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olup her vakfın ayrı tüzel kişiliğe sahip ayrı işveren kabul edilmesi nedeniyle İşK.’nın 18. maddesinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın ön koşullarından olan işçi sayısı tespit edilirken her vakıf yönünden sadece kendi işçi sayısı dikkate alınmalıdır. Başka

anında davacı dahil 30 işçi bulunduğu görülmekle mahkemece işçi sayısı yönündeki eksik ve yanlış değerlendirilmesinin hatalı olduğu” Y7HD, 02.05.2016, 2016/3960, 2016/9809 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁸¹ “... SGK kayıtlarına göre iş akdinin feshi tarihi itibarıyla davalı işyerinde 21 kişinin çalışmakta olduğu anlaşıldığından, davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığı” Y7HD, 21.04.2016, E. 2016/12828, K. 2016/8948 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁸² **AKTAY/ ARICI/ SENYEN-KAPLAN**, s.161 ; “...fesih tarihi olan 25.09.2014 tarihinde çalışan sayısının tespit edilebilecek Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları getirilmeden, önceki aylara ilişkin dönem bordroları dökümü esas alınarak karar verilmesi hatalı olup fesih tarihine ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarının getirilmesi ve otuz işçi sayısı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde tespit edilerek davacının iş güvencesi kapsamında olup olmadığı belirlenmelidir” Y22HD, 18.01.2016, E. 2015/34681, K. 2016/889 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁸³ **BAYSAL**, s. 24; “ İşyerinin normal faaliyetlerini sürdürebilmesi için en az otuz işçinin çalıştırılması gerekiyorsa fesih tarihinde ki işçi sayısı göz ardı edilerek kısa bir süre önce iş sözleşmesi feshedilen çalışanlarında bu sayıya eklenmesi suretiyle değerlendirme yapılmalıdır” görüşü için bkz. **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 429- 430; “Ayrıca mahkemece işçi sayısında değerlendirilen 23.05.2012 tarihli Çalışma İl Müdürlüğünün yazısına göre ise davalı şirket isminde kayıt bulunmadığı ancak Kariyer Kozmetik... Ltd. Şti. isimli kaydın bulunduğu belirtilerek bu şirkete ait işçi listeleri gönderilmiş olduğu görülmüş ise de mahkemece bu şirket ile davalı şirket arasındaki hukuki ve fiili bağlantı üzerinde durulmaksızın işçi sayısının tespitinde hükme esas alınması da hatalı olmuştur. Mahkemece yapılması gereken her iki şirkete ait ticari kayıtlar getirilerek davalı şirket ile dava dışı bu şirket arasında organik bağ ve birlikte istihdam olup olmadığı araştırılarak birlikte istihdamın tespiti halinde işçi sayısının buna göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu iki husus dışında ayrıca mahkemece, davalı işverenin, aynı iş kolunda Adana ili sınırları içinde ve Adana ili dışında başkaca işyeri/işyerleri olup olmadığı varsa fesih bildirim tarihindeki çalışan işçi sayısının yani davalının aynı iş kolunda tüm Türkiye’de çalışan işçi sayısının tereddütsüz bir şekilde belirlenmesi gerekmekte olup bu hususta ilgili SGK İl Müdürlüğünden ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından sorularak sonuca gidilmelidir. Son olarak davacıdan önce işten çıkarılan ve işe iade davası açan işçi olup olmadığı varsa bu işçilerin dosyalarının akıbeti de araştırılarak bu işçilerinde toplam işçi sayısında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.” Y7HD, 23.12.2014, E. 2014/16343, K. 2014/23124 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

bir deyişle Türkiye’de Kurulu bulunan tüm vakıf işçi sayısı toplamı esas alınarak iş güvencesi hükümlerinden yararlanılmasının mümkün olmadığını³⁸⁴ belirterek sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı yönünden işçi sayısını her bir vakıf yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

4.4.3. Çalışanın En Az Altı Aylık Kıdemini Bulması

Altı aylık kıdem şartı öngören düzenleme, İş Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrası uyarınca sözleşme ile aksi kararlaştırılmayacak hükümler arasında sayılmadığından, bu süreyi kısaltan veya tamamen ortadan kaldıran sözleşme hükümlerini geçerli kabul etmek gerekir. Nisbi emredici hükümler olduğundan işçi lehine düzenleme yapılabilecektir³⁸⁵.

İş Kanunu’na tabi işçiler yönünden iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için çalışanın altı aylık kıdemini bulması gerekmektedir. Çalışanın iş sözleşmesine bağlı olarak çalışma süresinin tamamının iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmiş olması gerekir. Çalışanın iş ilişkisinden önceki vekalet, çıraklık, geçici iş ilişkisi ve ortaklık ilişkilerindeki süreler, bu sürenin hesabında dikkate alınmayacaktır. Aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet süreleri birleştirilmelidir³⁸⁶. Değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması, işverenin aynı olması koşuluna bağlıdır. Altı aylık kıdem hesabında, otuz işçi ölçütü ile ilgili düzenlemeden farklı olarak açıkça bir düzenleme yer almadığından daha önce çalışılan işyerlerinin aynı işkolunda bulunması

³⁸⁴ YİBGK, 09.06.2017, E. 2016/3, K. 2017/4 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁸⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s. 464; KESER, Bildirimli Fesih, s. 80; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s. 240

³⁸⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s. 460; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.975-976; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 430-433; KESER, Bildirimli Fesih, s. 83; BAYSAL, s.26

şart değildir³⁸⁷. Yargıtay “işverenin yanında geçmiş olması koşuluyla kesintili hizmetlerin toplamı esas alınmalıdır”³⁸⁸ şeklinde vermiş olduğu kararların yanında “altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınamayacağı” şeklinde de karar vermiştir³⁸⁹. Öğretide, altı aylık kıdem bulunması şartının “bekleme süresi” olarak ifade edilerek düzenlenmesi gerektiği, bekleme süresi içerisinde fiilen çalışmanın önemli olmayacağı, altı aylık takvim süresinin geçirilmesinin yeterli olacağı, kıdem ifadesinin hatalı yorum ve değerlendirmelere yol açabileceği, Yargıtay’ın “işverence işçiye ödenmesi gereken alacaklarından kıdem tazminatı ödenip ödenmemesi durumuna bağlı olarak ödenmeyen sürelerin birleştirilebileceği” ölçütüyle vermiş olduğu kararın hatalı olduğu noktasında eleştirilmiştir³⁹⁰.

³⁸⁷ **ERTABAK**, s. 57 – 61; “...davacı işçinin işyerinde 22/03/2013 tarihinde iş sözleşmesi ile çalışmaya başladığı, işveren tarafından iş sözleşmesi feshinin 19/09/2013 tarihinde davacı işçiye bildirildiği, bu tarihe göre davacı işçinin davalı işveren nezdinde hizmetinin altı aydan az olduğu anlaşıldığı halde hatalı değerlendirme ile 6 aylık kıdem kabul edilmesi bozmayı gerektirmiştir” Y9HD, 12.01.2015, E. 2014/29970, K. 2015/33 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁸⁸ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT**, s. 460; **BAYSAL**, s. 27; **CENTEL**, s.48; “...davacı işçinin davalıya ait işyerinde 09.04.2012-23.07.2012; 06.11.2013-08.08.2014 ve 11.11.2014-05.03.2015 tarihleri arasında üç dönem çalışmasının bulunduğu ve toplam kıdemini 6 ayın üzerinde olduğu, iş akdinin işverence 05.03.2015 tarihinde SGK’ dan çıkış verilmek suretiyle yazılı bir bildirimde bulunmaksızın feshedildiği, davacının ise feshin 04.03.2015 tarihinde gerçekleştiğini ileri sürdüğü görülmektedir. Davacı, iş akdinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia ederken, davalı işveren ise hammadde temin edilemediğini, işletmenin yaşadığı ekonomik kriz nedeniyle üretimin durma noktasına geldiğini, davacının iş akdinin geçerli nedenle feshedildiğini savunmaktadır. Mahkemece, 6 aylık kıdem süresi yönünden dava şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle esasa girilmeksizin davanın reddine karar verildiği görülmektedir. Oysa ayrıntıları yukarıda izah edildiği üzere davacının davalı işyerindeki toplam çalışma süresinin 6 ayı geçtiği anlaşılacakla mahkemece davanın usulden reddi hatalı olmuştur.” Y7HD, 21.04.2016, E. 2016/153, K. 2016/8918(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁸⁹ **Serkan ODAMAN**, “İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında “Birleştirilmenin” Değerlendirilmesi”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2013, S.29, s. 108-114; Yargıtay kararı “...altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınamayacağı” şeklindedir. Y22HD, 20.10.2011, E. 2011/1014, K. 2011/3133(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁹⁰ **CENTEL**, s.45; Ayrıntılı inceleme için bkz. **Münir EKONOMİ**, “İş Güvencesinde Yaralanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)”, Legal İHSGHD., S.34, İstanbul 2012, s. 3-30

İşçinin altı aylık kıdem hesabının başlangıcı için fiilen işe başladığı veya çalışmaya hazır olduğu tarih esas alınır³⁹¹, deneme ve askıda kalan süreler de dahil edilir. Başka bir anlatımla, bu hesapta fiili çalışma süreleri mutlak olarak aranmaz³⁹². Yine İşK.’nın 4’üncü maddesinde “çıraklık ilişkisi” istisnalar arasında sayıldığından, altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmayacaktır. Fakat, stajyer olarak geçirilen süre, stajyerliğin İş Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrası anlamında iş ilişkisi kapsamında gerçekleştirilmiş olması hâlinde, sürenin hesabında dikkate alınacaktır³⁹³. İşçinin altı aylık kıdem hesabına deneme ve askıda kalan süreler de dâhil edilir.

³⁹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.975

³⁹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.977; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 430; KESER, Bildirimli Fesih, s. 84; ÖZCAN, İş Güvencesi, s. 148; CENTEL, s.47; “SGK hizmet cetvelinin incelenmesinde davacının 26.05.2012-30.11.2012 ve 02.01.2013-19.02.2013 tarihleri arası Asıl işveren B... A.Ş. de çalıştırıldığı, 20.02.2013-31.03.2013 tarihleri arası ise SGK kayıtlarında B... AŞ’nin alt işvereni olarak görülen diğer davalı P... Grup A.Ş. de ara vermeksizin çalıştığı anlaşılmaktadır. G... Tesislerinin yılın her mevsimi açık olduğunun bilinen bir durum olması nedeniyle davacıyla yapılan temizlik işlerine ait sözleşmenin sezonluk sözleşme adı altında yapılmasına ve 02.01.2013-19.02.2013 tarihleri arası yapılan sözleşmenin sonunda İAB kodunun (01) deneme süresi sonunda fesih gösterilmesine işverenin eski işçisi ile deneme süreli sözleşme yapmasının MK. 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırı olması nedeniyle Dairemizce itibar edilmemiştir. 20.02.2013-31.03.2013 tarihleri arası ise B... AŞ’nin alt işvereni olarak görülen diğer davalı P... Grup A.Ş. de feshin ertesi günü ara vermeksizin çalıştığı anlaşılan davacının başta, asıl işveren B... A.Ş. işçisi olması nedeniyle, İşverenin İş Kanunu’nun 2/7. maddesine aykırı davrandığı ve amir hüküm olan bu fıkroda asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığının kabulü gerekeceği de ortadadır. Davacının 6 aylık kıdem süresi hesabında fasılalı da olsa aynı işverene bağlı tüm işyerlerindeki çalışma sürelerinin toplamı nazara alınması gerekeğinden bu hususlar Mahkemece göz önünde bulundurulmaksızın davacının 6 aylık kıdem şartının gerçekleşmediği, davacının iş güvencesinden yararlanamayacağı gerekçesiyle yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması isabetli olmamıştır.” Y7HD, 15.10.2014, E. 2014/11711, K. 2014/18862 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁹³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.977; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 431; KESER, Bildirimli Fesih, s. 81-82; BAYSAL, s. 27; CENTEL, s.49; “Somut uyumsuzlukta davacı işçinin işyerinde 05.09.2001 tarihinde iş sözleşmesi ile çalışmaya başladığı, SGK İşten Ayrılış Bildirgesinde (Kod 8) emeklilik nedeniyle işveren tarafından iş sözleşmesi feshinin 25.02.2015 tarihinde davacıya işçiye bildirildiği ve davacı işçinin tekrar 25.02.2015 den 03.03.2015 tarihine kadar çalıştığı mahkemece davacının hizmet süresinin 25.02.2015-03.03.2015 tarihleri arası esas alınarak bu tarihe göre davacı işçinin kıdeminin davalı işveren nezdinde hizmetinin altı aydan az olduğu gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmiş ise de; davacının emeklilik nedeniyle olan kıdeminin sıfırlanması doğru olmadığından davacının kıdemi 6 aydan fazla olup işin esasına girilerek davanın görülmesi gerekirken” Y9HD, 21.02.2017, E. 2016/5422, K. 2017/2300 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Öğretide bir görüşe göre çalışanın iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla, işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine birkaç gün kala kötüniyetli feshetmesi halinde, bir görüş TBK'nın 175. maddesinde belirtilen “*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır.*” düzenlemesinin kıyasen uygulanarak dürüstlük kuralına aykırı davranışla engellenmiş olan koşulun gerçekleşmiş sayılması ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesinin sağlanması gerektiğini, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı feshin geçersiz kılınabileceğini³⁹⁴ belirtmiştir.

Yargıtay önceki kararlarında altı aylık sürenin tamamlanmamış olması karşısında çalışanın iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacağı yönünde kararlar vermiş³⁹⁵ ancak sonraki kararlarında ise görüşünü değiştirerek, çalışanın iş güvencesi hükümlerinden faydalanması için aylık sürenin dolmasına üç gün kala işten çıkarılmış³⁹⁶ olması halinde iş güvencesi hükümlerinden faydalanması gerektiği yönünde

³⁹⁴ SÜZEK, 2018, s.580-81; NARTER, s.67; KESER, Bildirimli Fesih, s. 87-89; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.148; CENTEL, s.46-47; Polat SOYER, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları (Feshe Karşı Koruma)”, İş Güvencesi Kurumu ve İş İade Davaları, Legal İSGHD, İstanbul 2005, s.37

³⁹⁵“Davacı tıbbi tanıtım temsilcisi olarak 5.11.2010 tarihinden 30.4.2011 tarihine kadar çalışmıştır. Davacı, davalı işverence 13.9.2010 tarihinde üç haftalık ürün medikal eğitim programına alınmıştır. Buna dair bir sözleşme yoktur. Belirtilen tarihler arasında, davacının ileride yürüteceği iş konusunda işverence belli bir mekânda eğitildiği, bu zaman zarfında fiilen çalışmadığı sabittir. Davacı tanığı, tıbbi tanıtım temsilcilerinin mülakat ardından eğitime alındığını, eğitimden sonra işe başlatıldığını, problem olursa işe başlatılmadığını beyan etmiştir. Davacının eğitim sonrasında SGK girişi 5.11.2010 tarihinde yapılmıştır. Söz konusu eğitim sözleşme öncesi bir işveren bilgilendirmesi niteliğindedir. Çalışma öncesi eğitimle geçen bu dönem kıdemden sayılmamalıdır. İşçinin fiilen çalışması SGK kayıtlarında yer aldığı gibi 5.11.2010-30.4.2011 arası çalışmaya ilişkindir, bu durumda kıdemi 5 ay 25 gün ile 6 ayın altında kalmaktadır. Davacının iş güvencesinden yararlanma şartı gerçekleşmemiştir. İşe iade talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y22HD, 29.06.2012, E. 2012/161, K.2012/15023; Y9HD, 13.03.2017, E. 2016/5501, K. 2017/3725 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁹⁶“... davacı işçinin işyerinde 04.08.2014 tarihinde iş sözleşmesi ile çalışmaya başladığı, işveren tarafından iş sözleşmesinin 02.02.2015 tarihli noter ihtarnamesi ile feshedildiği, ihtarnamenin davacıya 05.02.2015 tarihinde tebliğ edildiği, bu tarihe göre davacı işçinin davalı işveren nezdinde hizmetinin altı ay olduğu, fesih ihtarnamesinde her ne kadar davacının 22.01.2015 tarihinden itibaren işe gelmeyerek devamsızlık yapası nedeni ile iş akdinin 27.01.2015 tarihinde haklı nedenle feshedildiği ihtar edilmiş ise de, dosyada yer alan telefon mesaj kayıtları ve sağlık raporlarından davacının devamsızlığa konu günlerde sağlık mazereti nedeni ile işe gelemediği, devamsızlığının geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından, davalı işverenin haklı neden olmadan davacının iş akdini feshettiği, bu

karar vermiş; farklı bir görüş olarak *Mollamahmutoğlu* ise “işverenin kötünietli hareket etmiş olması; yani işçinin iş güvencesinden yararlanmasını engellenmek amacıyla fesihte bulunmuş olması halinde kötüniet tazminatına hükmedilmesi gerektiğini iş güvencesi hükümlerinden faydalandırılmayacağını³⁹⁷” belirtmektedir.

Kanaatimizce, iş güvencesi hükümlerinin şartlarının oluşmaması ve kötüniet olgusunun ispatı halinde kötüniet tazminatı ödenmesi yönündeki görüş isabetli değildir *Süzek*’ tarafından ifade edilen ve Yargıtay’ın uygulamada soruna getirdiği çözüm işverenin kötünietli bu tür feshi çalışanın iş güvencesi hükümlerinden faydalanmasını önlemek amacını taşıyor olması nedeniyle bu amaca ulaşılmasının kanunun dolanılarak engellenmesiyle ortaya çıkacak sonucun hukuk düzenince korunmaması ve çalışanın iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasının sağlanması görüşü daha isabetlidir. Zira ihbar önelinin üç katı olarak belirlenmiş olan kötüniet tazminatı işe iade hükümleriyle güvence altına alınan çalışan haklarının çok altında bir tutar olarak belirlenebilecek ve her şeyden önemlisi çalışanın iş güvencesi hükümleri gereğince işine yeniden dönebilme imkanını kaybetmiş olacak; bu şekilde iş güvencesi hükümlerinin uygulanma alanının daraltılması söz konusu olacak, yasanın mümkün olduğunca geniş alanda uygulanması amacına ters düşecektir.

İşyerinin devrinde devralan işveren, hizmet süresi ile ilgili haklarda işçinin devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarihe göre işlem yapmak zorunda olduğundan, devirle işverenin değişmesi altı aylık kıdem süresini etkilemeyecektir. Bu bağlamda, bir işyerinin işvereni tarafından, bir şirkete sermaye olarak konulması halinde

nedenle mahkemece davacının fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihte 6 aylık kıdeme sahip olması ve devamsızlığının sağlık mazeretine dayanması nedeni ile davalı işveren feshinin geçersiz olduğunu kabul ederek davanın kabulü yerine reddine karar vermesi hatalı olup...” Y9HD, 11.05.2016, E. 2015/31179, K. 2016/11764 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.978-979;

de İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında işyerinin devri olarak kabul edilmeli ve kıdem süreleri birlikte hesaplanmalıdır³⁹⁸.

Yargıtay “kanun altı aylık kıdemi olan işçilerin iş güvencesinden yararlanacaklarını öngördüğüne göre, bu sürenin fesih bildirimının işçiye ulaştığı tarihte doldurulmuş olması şarttır³⁹⁹” şeklinde karar vermiştir. Feshin işverenin derhal fesih hakkını kullanarak gerçekleşmiş olması durumunda, derhal feshi gerektirecek nitelikte ve ağırlıkta haklı bir sebebinin bulunması gerekecektir, böyle bir sebebin bulunmaması halinde ise işveren tarafından yapılan fesih işlemi, haksız olduğu gibi geçersiz olacaktır. Bir diğer ihtimal ise işverenin bildirimli fesih hakkını kullanmak suretiyle çalışanın iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde, fesih bildiriminin yapıldığı tarihte iş güvencesi hükümlerinden faydalanmak için altı aylık süre dolmamış ise salt altı aylık kıdeminin bulunmaması ve “sürenin bildirim öneleri sonunda dolacak olması, güvenceden yararlanabilmek için yeterli değildir⁴⁰⁰” şeklinde değerlendirerek hatalı karar verdiğini belirtmek gerekir.

Zira, bozucu yenilik doğuran haklar şarta veya süreye bağlı olarak kullanılamayacak ancak bildirimli fesih *Buz*'un ifadesiyle “olağan fesih durumunda

³⁹⁸MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.977-978; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 435; KESER, Bildirimli Fesih, s. 85; CENTEL, s.49; Y9HD, 21.02.2017, E. 2016/5422, K. 2017/2300 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁹⁹MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.978; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 458; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 432-433; “...temin edilen sigorta kayıtlarında davacının 13.12.2012-07.06.2013 tarihleri arasında çalıştığı görünmektedir. Davacı iş sözleşmesinin 17.06.2013 tarihinde feshedildiğini belirtmiştir. Ancak davalı tarafından sunulan fesih bildirimini davacının tebliğ almadığına ilişkin tutanak 07.06.2013 tarihlidir. Tutanak tanıkları ... ve ... dinlenmiş ancak adı geçen tanıklara mahkemece fesih bildiriminin tutanakta belirtildiği şekilde 07.06.2013 tarihinde yapıp yapılmadığı sorulmamıştır. Buna göre adı geçen tanıklar yeniden dinlenerek fesih bildiriminin hangi tarihte yapıldığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Ayrıca tanıklardan biri davacının şirketin başka bir şantiyesinde daha önce çalıştığını beyan etmiştir. Davacının hizmet cetvelinde 13.12.2012 tarihinden önce çalıştığı görünen işyerleri sicil numaralarının kime ait olduğu da araştırılmalıdır” Y9HD, 11.03.2015, E. 2014/37870, K. 2015/10157 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁰⁰MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.978; KESER, Bildirimli Fesih, s. 87; Y9HD, 05.05.2008, E. 2007/33471, K. 2008/11128 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

bizzat kanun borç ilişkisini sona erdireceği zamanı tayin etmektedir. Olağan fesih hakkı, kullanılmasıyla birlikte değil, ancak fesih süreleri olarak adlandırılan sürelerin geçmesinden sonra borç ilişkisini sona erdirmektedir⁴⁰¹.”; benzer biçimde *Serozan* tarafından belirtildiği üzere “...sözleşmeye aykırı davranmış yada bir haklı, önemli fesih nedeni yaratmış olan sözleşenin, olağanüstü fesih bildirimının kendisine vardığı anda, sürekli sözleşme ilişkisinin kendine sağladığı yararlarından yoksun kalması ne denli adaletli ve yerinde ise, sözleşmeye aykırılık ve haklı neden soyundan bir fesih nedeni yaratmamış olan sözleşenin bu yararlarından daha fesih bildiriminin kendine vardığı anda derhal yoksun kalması o ölçüde adaletsiz ve yersizdir⁴⁰².” O halde bildirimli fesih beyanının çalışana ulaştırılması *Oğuzman*’ın ifadesiyle “bildirimli feshin ilk hükmü bildirim süresinin başlamasını” sağlamaktır değerlendirmesi de son derece isabetlidir. Müteakiben “bildirimli fesih süresi içerisindeki hükmü gereğince akdi münasebet eskisi gibi devam edecek⁴⁰³”, bir başka ifade ile karşılıklı edimlerin yerine getirilmesine devam olunacak ve son olarak “prensip itibarıyla ihbar mühletinin geçmesiyle akit başka bir muameleye lüzum kalmaksızın sona erecektir⁴⁰⁴”. Öğretide bazı yazarların ve *Yargıtay*’ın bildirimli feshin muhatabına ulaştığı andaki çalışanın çalışma süresine bakılarak altı ayı doldurmuş olması gerekliliği yönündeki değerlendirmesi her ne kadar işe iade hükümleri yönünden ayrık ve aykırı bir durum ortaya çıkararak sözleşmenin bildirimli fesih yoluyla sona ermesine dair belirtmiş olduğumuz temel yaklaşımlara aykırı olması nedeniyle bu uygulamanın yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

4.4.4. Çalışanın İşveren Vekili Olarak Görev Yapmaması

İş Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işçinin işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve

⁴⁰¹ **BUZ**, s. 261

⁴⁰² **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s. 116-117

⁴⁰³ **OĞUZMAN**, s.194

⁴⁰⁴ **OĞUZMAN**, s.196

yardımcıları veya işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi⁴⁰⁵ bulunan işveren vekili konumunda bulunmaması gerekir⁴⁰⁶. İşveren vekili yardımcısı da iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz⁴⁰⁷. İşyerinde genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmayacak olup “görev tanımı ve konumuna” bakılarak işletmenin değil de işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması halinde iki unsurun bir arada bulunması durumunda iş güvencesi hükümlerinden faydalanmayacaktır. Yargıtay kararında da belirtildiği üzere “Bu işyeri işletmeye bağlı bir işyeri de olabilir. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir. Ancak işletmeye

⁴⁰⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 461; ERTABAK, s. 92; KESER, Bildirimli Fesih, s. 90-91; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 436; Baysal “mevzuatımızda işveren vekili yardımcısı tanımı bulunmadığını ileri sürmektedir” BAYSAL, s.28-29; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s. 246; CENTEL, s. 50-53; “...davacı işçinin işçi alım- çıkarma yetkisinin olup olmadığı kesin olarak belirlendikten sonra sonuca gidilmesi gerekirken”; Y9HD, 20.03.2017, E. 2016/7314, K. 2017/4298 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁰⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.979-981; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 436; ÖZCAN, İş Güvencesi, s. 149; “...davacı, işveren vekili yardımcısıdır, 4857 sayılı Kanun'un 18/son maddesine göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz mahkemece bu yön gözetilmeden davanın reddi gerekirken feshin geçersizliğine karar verilmesi hatalıdır” Y22HD, 21.06.2016, E. 2016/16991, K. 2016/18717 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁰⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 461-462; KESER, Bildirimli Fesih, s. 90; ÖZCAN, İş Güvencesi, s. 149; CENTEL, s.50-51; “davacı tanığının, genel müdür olmadığı zamanlarda davacının genel müdür vekilliğini yaptığını belirttiği, davalı tanıklarının ise davacının işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunduğunu, kendilerini de davacının işe aldığı beyan ettikleri, ayrıca davalı şirketçe vekaletname ile davacıya işçiye verilen geniş anlamdaki imza ve temsil yetkilerinin kapsamı nazarı dikkate alındığında, davacının işletme bazında işveren vekili yardımcısı olduğu ve bu nedenle 4857 sayılı Kanun'un 18/son maddesine göre iş güvencesinden yararlanamayacağı anlaşıldığından, mahkemece bu husus gözetilmeden yazılı şekilde feshin geçersizliğine ve işe iadeye yönelik hüküm tesis edilmesi hatalı olup” Y22HD, 20.06.2016, E.2016/16007, K.2016/18483 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

bağlı bir işyerinde, bu işyerinin tümünü sevk ve idare eden, ayrıca işe alma ve işten çıkarma yetkisi olan işçi⁴⁰⁸ iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır.

Bu değerlendirmeler ışığında bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği Yargıtay kararında⁴⁰⁹ da belirtilmiştir.

4.4.5. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Fesih Edilmiş Olması

Çalışanın belirsiz süreli iş sözleşmesinin istifası ile sona ermesi halinde işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacaktır⁴¹⁰. Öğreti ve Yargıtay, çalışanın istifası halinde kıdem ve ihbar tazminatı alamayacağını, işverene ihbar tazminatı ödemek zorunda kalacağını göz önüne alarak istifa türündeki belgelerin titizlikle ele alınması gerektiğini belirtmektedir. “İmzaya itiraz ya da metin kısmına ilaveler yapıldığı itirazı mutlak olarak teknik yönden incelenmeli” diyerek çalışanın istifa nedeniyle işten

⁴⁰⁸ **BAYSAL**, s. 29; “mahkemece, hizmet sözleşmesinin 2. maddesinde yapılan görev tanımında iş tanımının hiçbir koşul altında sınırlı veya kapsamlı olmadığını belirtilmesi, ücretin 20.000 TL olarak belirlenmesi, organizasyon şeması, işyeri kayıtları uyarınca davacının en azından işveren vekili yardımcısı olduğunun kabul edilmesi gerektiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmişse de hükme esas alınan belgelerin davacının en azından işveren vekili yardımcısı olduğu şeklindeki tespit için yeterli olmadığı, buna göre, varsa tanıklar dinlenip, ticaret sicil kayıtları araştırılıp, tüm deliller toplanıp davacının görevi ve görev tanımı belirlenip yukarıdaki ilkeler dikkate alınarak davacının iş güvencesi kapsamında olmayan işveren vekili veya yardımcısı olup olmadığı değerlendirilerek karar verilmesi gerekir.” Y9HD, 25.06.2015, E.2015/15203, K.2015/23007 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁰⁹ “...davalı işverenliğin 18 fabrikasında birinin müdür yardımcısı olan davacının işyerinin bütünü sevk ve idare etmediği gibi, işçi alma ve çıkarma yetkisi de bulunmamaktadır” Y22HD, 09.03.2015, E.2015/5580, K.2015/9317 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴¹⁰ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, 2014, s.982; **CENDEL**, s.30-34

ayrılması durumunda iş güvencesi hükümlerinin işveren tarafından devre dışı bırakılmasının özel bir önemle incelenmesi gerektiğini belirtmektedir⁴¹¹.

Sözleşmeyi sona erdiren bir diğer durum ikale sözleşmesi olup, Yargıtay bir kararında “...ikale, sözleşmenin tarafların ortak iradeleriyle sona erdirilmesidir. Niteliği itibariyle bir sözleşme olduğundan tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır. Bu bağlamda ikale icabı işverenden gelmişse, yasal tazminatlarına ilaveten işçiye ek bir menfaat (makul yarar) sağlanmalıdır. Aksi halde iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirildiğinden söz edilemez⁴¹²” diyerek istifa gibi ikalenin de yine aynı hassasiyetle incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira ikale ile sözleşmenin sona ermesi halinde; çalışanın istifası ile sona erdirilme halinde olduğu gibi çalışan yine iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacaktır⁴¹³.

5. GEÇERSİZ FESİH

İşverenin iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkının sınırlandırılarak çalışanın yeterliliğinden veya davranışlarından yahut işletmenin , işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep gösterme ve bu sebebi yargısal denetim

⁴¹¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s. 451; CENTEL, s.33; Y9HD, 07.11.2016, E. 2015/36340, K. 2016/19183(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴¹² “...davacıya işverence ihbar ve kıdem tazminatlarının ödendiğini ve ayrıca ilaveten iki aylık ücreti tutarında ek bir menfaat (makul yarar) sağlandığını, taraflar arasında yapılan ikale sözleşmesinin geçerli olduğundan bahsetmiş ise de dosya kapsamından davalı işverenin davacıya iki aylık ücreti tutarında ek bir menfaatin (makul yararın) sağlandığına ilişkin herhangi bir belge olmadığı gibi davalının da böyle bir iddiası bulunmamaktadır. Diğer yandan ikale talebinin davacıdan geldiği belirtilmişse de davacının imzasının bulunduğu 12.10.2015 tarihli istifa belgesindeki ifadeler genel bir içerik taşımakta olup, uzun süredir davalı işyerinde çalışan davacının bu şekilde genel ifadelerle iş akdini sona erdirmek istemesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Buna göre ikale talebinin davacı tarafından gelmediği, davalı tarafından da davacıya Mahkeme gerekçesinde belirtildiği gibi iki aylık ücreti tutarında herhangi bir ek menfaat şeklinde ödeme yapılmadığından ikale sözleşmesi geçersiz olup, işveren feshin ikale ile yapıldığını ispat edememiştir. Bu nedenle davanın kabulü gerekirken reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Y22HD, 24.01.2017, E. 2017/868, K. 2017/964 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴¹³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.788; ERTABAK, s. 106; CENTEL, s.30-33

durumunda ispatlaması aksi durumda ise işveren tarafından yapılan feshin geçersiz kabul edilerek çalışanın işe iadesine karar verilmesi bu karara rağmen işveren tarafından çalışanın işe başlatılmaması halinde ise en çok dört aya kadar çalışılmayan süreye ait ücret ile çalışanın kıdemine bağlı olarak dört ila sekiz aylık ücretinden oluşan işe başlatmama tazminatı ödemek zorunda bırakılması iş güvencesi olarak hukuk sistemimizde işverenin bildirimli fesih hakkının yasal düzenleme ile sınırlandırılması olarak karşımıza çıkmaktadır. Madde gerekçesinde “özellikle fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar da tek tek ve ayrıntılı bir biçimde sayılmış” olduğu “böylece iş yasaları ile özellikle güvence altına alınmış olan bazı hak ve özgürlükler hiçbir şekilde fesih için geçerli bir sebep oluşturamayacağı” belirtilmiştir. Geçersiz fesih sayılacak durumlar yoruma yer vermeyecek bir biçimde hükme bağlandığı” belirtilmiştir.

İşveren tarafından yapılan bildirimli feshin gerçekleştiği zaman içerisinde çalışanın yetersizliğinden, davranışlarından ve işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerin dışında herhangi bir sebeple çalışanın iş sözleşmesi fesih edilemeyecektir⁴¹⁴. Çalışan, işverenin yasada belirtilen bu sebeplerin dışında bir nedenle feshi gerçekleştiği iddiasıyla feshin haksızlığını ileri sürmesi halinde, işveren geçerli bir sebebe dayandığını ispatlamak zorunda olup, ispatlayamamış olması halinde yapılan fesih geçersiz fesih olarak kabul edilerek çalışanın işe iadesine karar verilebilecektir.

İş güvencesi kapsamındaki çalışanların iş sözleşmelerinin feshi işverence haklı veya geçerli bir sebeple yapılabilecek olup, feshin haksız veya geçersiz yapıldığı çalışanın itirazı ve yargısal denetimle ortaya çıkması halinde çalışanın işe iadesine karar verilecek, bu karara rağmen çalışanın işe başlatılmaması halinde iş güvencesi tazminatı ile çalışanın dört aya kadar çalışmadığı süreye ilişkin ücret tutarından oluşan yaptırım mutlak emredici hüküm olması nedeniyle işçi lehine de olsa değiştirilemeyecek,

⁴¹⁴MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.984; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.163; BAYSAL, s.30; CENTEL, s.59

bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle sınırlanamayacak ve cezai şart konulamayacaktır⁴¹⁵. İş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan sair iş ilişkilerinde ise işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı, İşK.'nın 21. maddesinin son fıkrası kapsamı dışında kaldığı için birtakım sınırlamalar getirilebilecek, işçi lehine düzenleme yoluna gidebileceklerdir⁴¹⁶.

Yargıtay, işveren tarafından haklı fesih nedenlerinin sayıldığı İşK.'nın 25. maddesinin II. bendinde belirtilen sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, derhal feshe konu edilen davranışın haklı neden oluşturmayacak nitelik ve ağırlıkta ancak geçerli neden kabul edilebilecek nitelik ve ağırlıkta olması halinde çalışanın kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanması gerektiğini kabul ederek, feshin geçerli olduğunu ve çalışanın işe iade talebinin reddi gerektiği yönünde karar vermiştir⁴¹⁷.

Yargıtay'ın bu kararı Öğretide, geçerli fesih sebeplerinin mevcudiyeti halinde emredici hüküm olan İşK.'nın 19. maddesinde belirtilen fesihten önce çalışanın savunmasının alınmış olması yükümlülüğünden kurtulmuş olmak için işverenin haklı bir nedenin varlığını ileri sürerek fesih işlemini gerçekleştirilmiş olması halinde haksız feshin geçerli feshe dönüşmemesi gerektiği ileri sürülerek eleştirilmiş ve çalışanın davranışları ve yetersizliği ileri sürülerek işveren tarafından sözleşmenin feshi gerçekleştirilmiş ise haksız feshin geçerli fesih olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Aksi durumun İşK.'nın 26. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre ve

⁴¹⁵ SÜZEK, 2018, s.742; AKTAY/ARICI/SENYEN- KAPLAN, s.172

⁴¹⁶ SÜZEK, 2018, s.744-745

⁴¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.984-985; BAYSAL, s. 33; CENTEL, s. 58; “İş Kanunu'nun 25. maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözleri, işçi, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez.” Y9HD, 24.10.2016, E. 2015/35310, K. 2016/18321 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

gerekse 19. maddede belirtilen çalışanın savunmasının alınması yükümlülüğünün dolanılması sonucunu doğuracağı belirtilerek haklı bir eleştiride bulunulmuştur⁴¹⁸.

5.1. Geçerli Fesih Nedenleri

İşveren, İşK.'nın 18. maddesinde belirtilmiş olan “*işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan*” bir sebebe dayanmak zorundadır. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, işçinin kişiliği ve şahsını ilgilendiren fesih sebepleri: “feshe maruz kalanın borca aykırı hareketine istinat eden sebepler” ile “borca aykırı harekete dayanmayan haklı sebepler” şeklinde yapılan ayırımdan oluşmakta olup, haklı nedenle fesih hakkında olduğu gibi gerek “feshe maruz kalanın borca aykırı hareketi” açısından ve gerekse “borca aykırı harekete dayanmayan” sebepler açısından aynı nitelik ve ölçüde ağırlığa sebep olmayan ancak *işletme yararı* kavramıyla değerlendirildiğinde işverenin iş sözleşmesinin devamı halinde zarar görecektir veya elde etmesi gereken faydayı beklediği oranda elde edemeyecek olması nedeniyle işletmenin devamının zarar görmesi ihtimali karşısında, sözleşmeye devam edilmesi beklenilemeyecek ve bu durum geçerli fesih nedenlerini oluşturacaktır⁴¹⁹.

Bu durum madde gerekçesinde “İşçinin yeterliliği veya davranışları işçinin kişiliği ile ilgili olan sebepleri” bir başka ifade ile “feshe maruz kalanın borca aykırı hareketi” ni oluştururken; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler ise işyeri ile ilgili olup “borca aykırı harekete dayanmayan” sebepler olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Yine madde gerekçesinde belirtildiği üzere, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak,

⁴¹⁸ SÜZEK, 2018, s.737-738; MANAV, s.199

⁴¹⁹ BAYSAL, s.39; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.985

maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, haklı nedenle fesih ile geçerli nedenle fesih arasındaki farkı hâkim, her somut olayın özelliğini dikkate alarak, özellikle ölçülülük ilkesi gereğince çalışanın feshe konu davranışı ile fesih nedeni arasındaki ilişkiyi değerlendirerek⁴²⁰ sonuca varacak, bu noktada iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak adına ülke koşulları da dikkate alınarak Yargıtay kararları ve Öğretide yapılan değerlendirmeler önemli kabul edilecektir.

5.1.1. “Feshe Maruz Kalanın Borca Aykırı Hareketi” Nedeniyle

5.1.1.1. Çalışanın Yetersizliğinden Kaynaklanan

Çalışanın iş sözleşmesiyle üstlenmiş olduğu edimleri yerine getirmekteki fiziki veya mesleki yetenek ve özelliklerini geleceğe yönelik olarak kaybetmesi ve bu durumun da yapmakta olduğu iş ile illiyet bağının bulunması, işverene geçerli fesih hakkı verecektir⁴²¹. Yargıtay’ın Öğretide çoğunluk tarafından benimsenmiş değerlendirmesine göre, yetersizlik sebepleri verimsizlik veya sağlık sorunlarından kaynaklanan durumları içermekle birlikte; objektif olarak verimsizliği açıkça ortaya koymak için performans değerlendirme sistemi kurulmalıdır, bunun için ise performansı değerlendirecek birtakım kriterler saptanmış olması ve kriterlerin çalışana tebliğ edilmiş olması⁴²² gerekir. Bu kriterlerin saptanmamış veya saptandığı halde öncesinde çalışana

⁴²⁰ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 66; **BAYSAL**, s.39

⁴²¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.986-988

⁴²² **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s. 990, **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT**, s.471-472; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.163; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 172-176; **Erol AKI/Tunç DEMİRBİLEK**, Performans Değerlendirme Sistemi ve Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi (Performans Değerlendirme), Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, Cilt I, s.12-13; “...performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden

tebliğ edilmemiş olması halinde performans kriterine göre bir geçerli fesih işleminden bahsedilemeyecektir. Ancak Yargıtay'ın bu değerlendirmesini isabetsiz bularak “hem edim kalitesi hem de miktarı açısından yetersiz iş görmenin ispatının performans değerlendirmesi sistemi uygulamasıyla sınırlandırılması”nın Anayasaya aykırı olduğu da ileri sürülmüştür⁴²³. Belirlenmiş kriterlerin ise gerçekçi ve makul olması ancak arızı olmaması gerekecektir⁴²⁴. Şayet çalışanın performans düşüklüğünden dolayı iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilecek ise geçerli bir sebep oluşturabilmesi için performans düşüklüğüne neden olabilecek dış etkenlerinde değerlendirmeye alınması gerekecektir⁴²⁵.

Öğreti ve Yargıtay tarafından performans yönetimi anlayışının “ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma” kriteri üzerinden tek başına ölçme ve değerlendirme yapılmasının doğru olmayacağı, çalışanın iş görme edimini yerine

saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır” Y9HD, 24.09.2007 E. 2007/13994, K. 2007/27720; Y9HD, 11.05.2016, E. 2015/31367, K. 2016/11781 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴²³ Yazar, Yargıtay'ın bu yaklaşımının “hem edim kalitesi hem de miktarı açısından yetersiz iş görmenin ispatının performans değerlendirmesi sistemi uygulamasıyla düşük performans iddialarının ispatında etkili bir araç” olabileceğini, objektif olması koşuluyla “ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma”nın her türlü delille ispatlanabilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. **KABAKÇI**, s.141-144

⁴²⁴ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 179; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.246; Yazar öğretide “iş görme borcunun nitel ve nicel içeriği konusunda objektif performans ölçütünün” esas alındığını belirtmektedir **KABAKÇI**, s.41-75

⁴²⁵ **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT**, s. 472; **ERTABAK**, s. 146; **KABAKÇI**, s.86; “...özellikle tıbbi tanıtım temsilcilerinin, dış etkenlere bağlı satış değerlerinden sorumlu tutulamayacaklar... Zira ilaç tanıtımı yapan temsilcisinin performansını belirleyen satış değerleri, doktorun yazması, hastane ve eczanenin talep etmesine bağlı tutulmaktadır. Burada satış değerlerini, temsilci dışındaki etkenler belirlemektedir. Kaldı ki, tıbbi tanıtım temsilcisinin satış görevi bulunmamaktadır.” Y9HD, 23.01.2007, E. 2006/28041, K. 2007/361 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

getirirken “kişisel kapasitesini gerçek manada kullanıp kullanmadığının” değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek, çalışanlar arasında en yetersiz olanın belirlenmesi ve işten çıkarılmasına yönelik ölçme ve değerlendirme şeklinde bakılmayarak performansı yetersiz olan çalışanın yetkinliğini geliştiren performans yönetim anlayışı içerisinde iş sözleşmesinin sürekliliğini sağlayıcı amacı doğrultusunda en az altı ay süreyle çalışma yapılması gerektiği ileri sürülmüştür⁴²⁶.

Performans düşüklüğünü ifade eden hallerin ortaya çıkmasında çalışanın kusurunun varlığı aranmayacak, kusuru olmaksızın dahi belirtilen bu durumların yaşanması halinde geçerli feshin varlığı kabul edilecektir⁴²⁷. Yine Öğretide ve madde gerekçesinde belirtildiği üzere çalışanın yetersizliğinden kaynaklanan nedenler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli nedenler olarak feshe neden olabilirler⁴²⁸. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan

⁴²⁶ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s. 473; KABAKÇI, s.166; Ahmet SELAMOĞLU/ Murat ÖZVERİ, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesih Nedeni Olarak Performans Değerlendirmesi, Fevzi DEMİR’e Armağan, İstanbul 2016, Legal İHSGD Özel Sayı, s. 203- 227; ... İşçinin, deneme süresi de belirli (ki bu en az altı ay olmalı) bekleme süresi içinde belirlenen mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden sonra performans ve verim düşüklüğü sebebiyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli sebep olarak kabul edilemez. Yani bu süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sınırların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi halinde geçerli neden doğabilir. İşveren, bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu beklentiyi doğrulayacak eğitim ve iş şartlarının iyileştirilmesi gibi performans artırıcı imkanları sağladığını da ispatlamalıdır. ...Somut olayda, davalı işverenlikte 23.3.2000 tarihinden iş sözleşmesinin feshedildiği 6.8.2012 tarihine kadar "tıbbi satış mümessili" olarak görev yapan davacının iş sözleşmesi, işverenlik tarafından performans ve verimliliğinin yetersiz oluşu sebebiyle 4857 Sayılı Kanun'un 17 ve 18. maddeleri gereğince geçerli sebeple feshedilmiştir. Mahkemece, davacının performansının düşüklüğünün ispatlanamadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine karar verilmiştir. Dosya içerisinde bulunan performans değerlendirme belgeleri dikkate alınmak ve işverenlikte çalışan diğer tıbbi satış temsilcilerinin de performans ölçümleriyle davacının performans verileri mukayese edilmek üzere, konularında uzman eczacı, iktisatçı ve pazarlama bilirkişilerinden müteşekkil heyetten rapor alınarak karar verilmesi gerekirken, bu yönde bir araştırma yapılmaksızın eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup, hüküm bu sebeple bozmayı gerektirmiştir.” Y22HD, 23.09.2013, E. 2013/24004, K. 2013/19408 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴²⁷ SÜZEK, 2018, s. 587

⁴²⁸ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s. 473; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.989; KABAKÇI, s.183-187; BAYSAL, s.45 ayrıca ayrıntılı değerlendirme için bkz. s.82-110; Talat CANBOLAT, “Psiko -Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması

onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli neden sayılamayacaktır⁴²⁹. Hemen belirtmek gerekir ki çalışanın performansına dayalı olarak iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için öncelikle savunmasının alınması, uyarılması gerekecek, devamla da çalışanın benzer nitelikte yetersizlik davranışlarını sergilemeye devam etmiş olması durumunda ancak işveren tarafından çalışanın yetersizliğini ispatlaması beklenecektir⁴³⁰; aksi halde salt yetersizliği nedeniyle savunma alınmış olması⁴³¹ feshin geçersiz sayılması sonucuna neden olacaktır⁴³².

Doğru olmayacağından Önceki İşyerine, Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesine Karar Verilmesi Gerekir”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2008, S.9, s.62-76

⁴²⁹ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.163

⁴³⁰ “...davalı işveren, işyerine özgü objektif, önceden belirlenebilir ve işçinin görev yetkinliği ile uyumlu kriterleri içeren bir performans değerlendirme sistemi oluşturduğunu kanıtlamış değildir. Davalı işverenin bu konuda savunma alarak, yazılı fesih bildiriminde bulunması, ispat yükünü yerine getirdiği anlamına gelmez. Davalı işveren davacının yeterliliği ile ilgili geçerli nedeni kanıtlamış değildir. Aksine davacının iş sözleşmesinin aynı tarihte iş sözleşmesi feshedilen ve mahkemenin kabulünde olduğu gibi sendikal nedenle feshedildiği kesinleşen sendika işyeri temsilcisi gibi işyeri sendika baş temsilcisi olması ve işverene karşı sendikal tazminat davası açması nedeni ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve sendikal nedenle fesihden dolayı işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmesi gerekir” Y9HD, 12.10.2009, E. 2009/118, K. 2009/26674 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴³¹ “...davacı fesihden önce verdiği savunmada yapılması istenen işlemlerin bir kısmının tamamlandığını, bir kısmının da tamamlanmak üzere olduğunu, bunların somut delillerle ispat edilebileceğini belirtmiştir. Davalı işverence davacının savunmasında belirttiği konularda herhangi bir araştırma gereği duyulmadan aynı gün iş sözleşmesi feshedilmiştir. Davacının fesihden önce belirlenmiş olan bir görev tanımı bulunmamaktadır. Öte yandan, dosya içeriğine göre 4.9.2006 tarihli protokol ile davacının yapmadığı iddia edilen işlerin dava dışı Elan Bilişim Sistemleri San. ve Tic. A.Ş. tarafından üstlenildiği anlaşılmaktadır. Fesihden yaklaşık 5 ay önce taşeronu verilen işlerin davacı tarafından yapılmadığından dolayı savunmasının istenmesi, davacının savunmasında belirttiği hususların somut delillerle ispat edilebileceğine yönelik beyanı ve fesihden önce belirlenmiş bir görev tanımı bulunmaması karşısında yükümlü olduğu görevleri yerine getirmediğinden söz edilerek davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmamaktadır.” Y9HD, 03.06.2008, E. 2007/37515, K. 2008/13801 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴³² ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s.476; KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, Şerh, s. 527; BAYSAL, s.112; “Davacıya çalıştığı dönemde, görüşme yapmadığı halde doktor ve hastanelerle görüşme yaptığına ilişkin rapor düzenlemesi nedeni ile 2005 yılında, satış hedeflerini tutturamaması nedeni ile Eylül 2006 ve Kasım 2007 aylarında savunmasının alınarak ihtar verildiği, davacının bu ihtarlardan önce alınan savunmasında hedeflerin bölge ve diğer zorluklar nedeni ile düşük kaldığını beyan ettiği, son olarak 06.12.2007 tarihli ihtardan sonra fesih tarihine kadar bir savunma alınmadığı anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, en son ihtar verildiği tarihten fesih tarihine kadarki süreçte davacının performansı ile ilgili bir değerlendirme, ihtar sunulmadığı gibi savunması da alınmamıştır.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin madde gerekçesinde “ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması⁴³³, işe yatkın olmama⁴³⁴, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, çalışamaz duruma

Öncelikle davacının iş sözleşmesi verimi ile ilgili olarak kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek feshedilmiş olup, fesihden önce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca savunması alınmadığından, gerçekleştirilen fesih salt bu nedenle geçerli nedene dayanmamaktadır. İkinci olarak, ilaç tanıtım temsilcisi olan davacının görev tanımı içinde kalmayan ve özellikle dış etkenlere bağlı olan kriterlere göre performansının yapılması doğru değildir. Performans değerlendirmesi objektif ve ölçülebilir değildir. Gerçekleştirilen fesih bu nedenle de geçersizdir. Diğer taraftan, davalı işveren fesih bildiriminde görüşme yapmadığı halde doktor ve hastanelerle görüşme yaptığına ilişkin rapor düzenlemesi nedenine dayanmamıştır. Davacının bu eylemi fesihden yaklaşık 2 yıl önce belirlenmiş ve karşılığında disiplin cezası uygulanmıştır. Fesih nedeni yapılmadığı halde, fesih sebebi değiştirilecek şekilde değerlendirilmesi de hatalıdır.” Y9HD, 02.11.2009, E. 2009/773, K. 2009/2009/29684 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴³³ “Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesinin KOBİ portföyünde beklentilerin ve hedeflerin gerisinde kaldığı, günlük en az 2, haftalık 10 müşteri ziyareti yapması gerekirken haftalık ortalama 3 ziyaret yaptığı, yeni müşteri kazanım ve referans takibinde gereken hassasiyeti göstermediği, mevcut müşterilerde ürün derinleştirmesi ve çapraz satışa yönelik çaba sarf etmediği, tahsilata ve vade temdidine ilişkin girişiminin olmadığı vade teminat takibini yeterince yapmadığı, gecikmiş alacakların bulunması nedeniyle risk yönetimi konusunda yetersiz kaldığı, idari ve yasal takipteki firmalarla ilgili gelişmeleri takip etmediği, genel müdürlüğün başlattığı spot ürün satış kampanyalarına duyarsız kaldığı, aylık olarak bölge yetkili 2 yeni kredi dosyası hazırlaması gerekirken yılın ilk 3 ayı hiç hazırlamadığı sözlü yazılı uyarılara rağmen aynı hataları tekrarlayarak performansında olumlu gelişme olmadığı gerekçeleriyle feshedilmiştir. Davalının fesih bildiriminde açıkladığı verimsizlik nedenlerinin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi açısından bankacı bilirkişiden rapor alınmadan ve alınan rapor tüm dosya içeriği ile bir değerlendirmeye tabi tutulmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, 17.12.2010, E. 2009/41940, K. 2010/38556 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴³⁴ “Yeterlilik, bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerileri ifade eden bir kavramdır. Bu kavram, belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken bilgi ve beceriyi, kısaca donanımı vurgular...Dosya içeriğine göre, yetkisiz memur olarak 15 yılın üzerinde davalı nezdinde çalışan davacının sözleşmesi 2006 yılında zayıf sicil notu alması sonunda son savunması alındığı halde 2007 yılında da durumunda düzelme görülmemesi, zayıf sicil notu alması, yetersiz ve verimsiz bir personel olması nedeniyle mesaisinden yararlanılmadığından 4857 sayılı yasanın 18. maddesi gereği ihbar ve kıdem tazminatları ödenerek sona erdirilmiştir. İşverenin değişik işyerlerinde çalışmış olan işçinin geçmiş yıllara ilişkin zayıf sicil notu alması nedeniyle uyarıldığı, savunmasının alındığı, verimli olamadığını savunmasında da kabul ettiği, uyarılara rağmen durumunda düzelme gözlenmediği, başka kooperatife tayin edilmesinin de olumlu sonuç vermediği, davacı ile birlikte çalışmış olan davalı tanık anlatımlarından da davacının kendisinden beklenen mesleki verimliliği gösteremediği, iş edimini usulüne uygun şekilde ifa edemediği sabittir. Sözleşmenin feshi geçerli nedene dayanmaktadır, işe iade isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde iadeye karar verilmesi hatalıdır.” Y9HD, 15.12.2008, E. 2008/8488, K. 2008/33641 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık⁴³⁵, uyum yetersizliği⁴³⁶, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma⁴³⁷ durumlarının çalışanın yetersizliğini ifade edecek haller olarak belirtilmiştir.

5.1.1.2.Çalışanın Davranışlarından Kaynaklanan

Daha önce belirtmiş olduğumuz üzere madde gerekçesinde de ifade edildiği şekliyle 25. maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı, kusurlu davranışları bulunabilir. Bu bakımdan iş sözleşmesinin ihlali niteliği itibarıyla aynı olmakla birlikte çalışanın performans yetersizliğinden farklı olarak kusurlu davranışının söz konusu olması bir başka ifade ile kusur atfedilebilir bir davranışının bulunması halinde⁴³⁸ sözleşmenin feshi yoluna gidilebilecektir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma⁴³⁹;

⁴³⁵ İşçinin iş görme ediminin ifasını engelleyen tedaviye muhtaç akut veya kronik ruhsal veya bedensel rahatsızlık olarak tanımlanan hastalık çalışanın iş görme edimini engellemeyecek nitelikte olması halinde örneğin grip, nezle gibi hastalıklar tıbbi anlamda hastalık olmakla birlikte iş hukuku açısından hatalık olarak nitelendirilemeyecektir. **BAYSAL**, s.48-49

⁴³⁶ “davacının iş sözleşmesinin, güvenlik görevlisi kimlik kartının süresi dolduğu halde kursa katılmayarak yenilemediği, özel güvenlik görevlisi vasfını kaybetmiş olması ve ilgili mevzuat gereği özel güvenlik kimlik kartı olmadan istihdam edilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı gerekçesiyle feshedildiği 5188 Sayılı Kanununun 11, 12 ve 14. maddelerinde, özel güvenlik görevlilerinin her beş yılda bir eğitime katılarak özel güvenlik görevlisi kimlik kartı ile çalışma iznini yenilemesi gerektiği hususlarının düzenlendiğini davacının süresi dolmasına rağmen kimlik kartı ve çalışma iznini yenileyememiş olup, bu durum işçinin mesleki olarak yetersizliği olarak nitelendirilip ve iş sözleşmesini fesih için haklı değil geçerli nedenin bulunduğu kabul edilerek davacının kıdem ve ihbar tazminatı istekleri hüküm altına alınması gerektiğini yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesinin hatalı olup" bozmayı gerektiği" Y22HD, 24.11.2014, E. 2014/30591, K. 2014/32963 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴³⁷ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 464-473; **BAYSAL**, s.153-160

⁴³⁸ **KABAKÇI**, s.195

⁴³⁹ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 198; “gıda maddesi üretimi ve ambalajı faaliyeti yapılan işyerinde, ürün ambalajı sırasında, satışa sunulan ürün ambalajı içerisinde saç kılına rastlandığı, bu ürünlerin toplandığı, bu ürünün ambalajlandığı yerde 15 işçinin çalıştığı, tüm işçilerin önce işten çıkartıldığı, daha sonra 12 işçinin işe geri alındığı, yapılan araştırmada davacının işyeri dolabında saç kılına

arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak⁴⁴⁰, işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek⁴⁴¹, işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek⁴⁴², işin

rastlandığı ve aynı zamanda iş elbisesinin cebinde de bulunduğu, davacının kız kardeşi olan tanığın cebindeki kılın işyerinde çalışırken takılan bonenin iş çıkışı çıkarılması ve cebe koyulması nedeni ile cebinde olabileceğini belirttiği anlaşılmaktadır. Ambalajı yapılan ve hijyen olması gereken gıda ürününde bulunan kılın, davacıya ait olduğunun saptanamaması feshi haksız kılma da davacının dolabında ve cebinde kıl bulunması, hijyen kuralları dikkate alındığında, işyerinde olumsuzluklara yol açan bir davranıştır. Davacının bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır.” Y9HD, 20.04.2008, E. 2007/35822, K. 2008/10336 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁴⁰ “... işçinin iş sözleşmesi davalı işverence <yasa dışı eylemler, işgal ve kanunsuz grev eylemleri nedeni ile 2822 sayılı yasanın 45 ve 4857 sayılı yasanın 25/11. maddesi uyarınca> feshedilmiştir. Noter tutanağı, fotoğraf, takipsizlik ile sonuçlanan hazırlık evrakı ve özellikle davacı tanık beyanına göre 2 5.08.2005 tarihinde 165 işçi ile birlikte sendikal sorunlarını dile getirmek için, üretimi engellemeden, bir hafta süre ile işyerini terk etmeden işyerinde kaldıkları, 165 işçiden 25 işçi hakkında davalı işverenin iş ve çalışma hürriyetini ihlal, işyerini işgal suçlarından dolayı şikayette bulunduğu, eylemlerin sorumlusu olarak gördüğü 17 işçinin iş sözleşmesini feshettiği, bu işçilerden 11 işçiyi tekrar işe aldığı anlaşılmaktadır. Somut olayda davacı işçinin üretimi engellemediği, iş bitimi işyerini terk etmeyerek sendikal sorunları nedeni ile eylemde bulunduğu, işyerinde bu şekilde huzursuzluk çıkardığı anlaşılmaktadır. Bu eylemler üretimi engellemediği gibi işçiler ve davacı yaptıkları işi bırakmamışlardır. Mahkemece bu eylemin kanun dışı grev olarak nitelendirilmemesi ve feshin haksız olduğu değerlendirmesi yerindedir. Ancak davacının bu davranışları işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. Davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli neden vardır.” Y9HD, 10.07.2006, E. 2006/16181, K. 2006/20350 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁴¹ **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, Şerh, s. 552; “Somut uyuşmazlıkta davalı işveren fesihten önce davacının savunmasını vermesi için bildirimde bulunduğu ve davacı savunma vermektan imtina ettiğinden, birtakım nedenlerden dolayı savunmasının alınmadığı ve feshin bu nedenle geçerli nedene dayanmadığı yönündeki gerekçesi yerinde değildir. Bilimsel tıbbi danışman olarak görev yapan, görevi gereği özellikle ürün güvenliği konusunda her an mesai saatleri dışında da ulaşılması gereken davacının fesihten önce son 20 gün içinde aranmasına rağmen hem internet ortamında hem de telefon ile ulaşamadığı, davacının bu günlerin bir kısmı için rapor aldığı, toplantılara katılmadığı, bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, davalı işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin geçerli nedene dayandığı sabittir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır” Y9HD, 23.06.2008, E. 2007/42733, K. 2008/17109 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁴² “Banka Etik İlkeler Kitabı Çıkar Çatışması- Hediye Kabulü başlığında; "müşterilerden tedarikçilerden ve diğer kişi ve kurumlardan maddi değeri yüksek olmayan sembolik hediyeler dışında, kesinlikle hediye kabul edilemeyeceği kararlaştırılıp, Disiplin Yönetmeliğinin 4.6.3 İş Sözleşmesinin Feshi Cezasını Gerektiren olumsuzluklar başlığı 7. bendinde; "banka müşterilerinden, tedarikçilerden, destek/danışmanlık hizmeti alınan kişi ve kurumlardan, verilen hizmetler karşılığında, objektifliği bozabilecek şekilde maddi değeri yüksek olan veya sembolik hediye kategorisinde olmayan herhangi bir hediye, ikram kabul etmek veya müşterinin sunduğu bir hizmet veya malı, bedel ödmeden veya olağandışı bir indirimle satın alma" nın fesih nedeni olarak düzenlendiği, hal böyle olunca davacının üzerine atılı eylem nedeniyle iş sözleşmesinin feshine kendi davranışları ile neden olduğu, taraflar arasında güven ilişkisinin zedelendiği ve iş ilişkisinin olumsuz etkilendiği, davalı işverence davacının iş akdi geçerli nedenle feshedildiğinden” Y7HD, 20.04.2016, E. 2015/42298, K. 2016/8803 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak⁴⁴³, amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek⁴⁴⁴, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek⁴⁴⁵ gibi haller ile sözleşmeyi ihlal etmesi niteliğindeki durum veya durumlarda, işverenin çalışanın iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkının varlığından bahsedilebilecek olup madde gerekçesinde belirtilen tüm davranışlar çalışanın kusurlu davranışını ifade ederken, bu kusurlu davranışlar derhal fesih hakkını oluşturmayacak nitelik ve ağırlıkta ancak işveren için

⁴⁴³ “Usulsüz işlemler işverence somutlaştırılmamıştır. Ancak davalı tanık anlatımları ile doğrulanan, davacının müşterilerle kredi ilişkilerinde hatıra dayalı davranışları nedeniyle güçlükler yaşadıkları, sonradan bunları davacının düzelttiği, mesai saatlerinde iddia oyunu için düzenlenmiş internet sitelerine girecek kadar iddia isimli futbol bahis oyununa düşkün olduğu, müşterilerle bazen arşivde bu oyunu oynadıktan, şube müdürü konumundaki görevinin önemi ve ağırlığı tartışılmaz olan davacıyı ihtiyaç olduğunda ilçedeki iddia bayiine telefon ederek çağırdıklarının dahi olduğu, akşamları kasayı kapatmaya geç geldiği için çalışanların şubeden ayrılmadıkları göz ardı edilemez, İşvereni temsil konusunda şubenin en yetkili kişisi olan işçinin, mesai saatlerine uygun davranması, çalışma saatlerinde de tüm çabasını işine hasretmesi, çalışanlarına disiplini ile örnek olması, müşteriler ile daha sonra sorun yaşamamak için iş yaşamının gerektirdiği mesafeyi koruması gerektiği tartışılmaz. İşçinin açıklanan davranışları ile işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. Belirtilen nedenler, yukarıda açıklandığı şekilde haklı fesih sebebi oluşturmamaktadır. Ancak işçinin bu davranış şeklini sergilemesi iş akışını bozucu niteliktedir. Artık işverenden iş ilişkisini devam ettirmesi normal ölçülerde beklenemez. Fesih geçerli nedene dayanmaktadır ve davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, 13.12.2010, E. 2009/39671, K. 2010/37399 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁴⁴ “ feshin dayanağı olarak gösterilen davacının, şeref ve haysiyetleri rencide edici söylem ve isnatlarda bulunmak eyleminin, somut olarak ortaya konulamadığı gerekçesiyle bu fesih sebebi yerinde görülmemiş ise de; söz konusu fesih sebebinin ispat için dava dosyasına sunulan 27.09.2012 tarihinden 26.02.2013 tarihine kadar yapılan muhtelif tarihli elektronik yazışmalarının içeriğinden davacının somut bir hakaretinin bulunmadığı, dolayısıyla bu yazışmalardaki söylemlerin <şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunmak> kapsamında değerlendirilemeyeceğinin kabulü gerekir. Buna karşın işçinin bahse konu ağırlıkta olmayan sözleri ve yazışmaları çalışma düzenini bozacak nitelikte ise fesih nedeni geçerli sayılmalıdır. Dosyaya mübrez elektronik yazışmaların tek bir güne ilişkin değil belirli bir sürekliliği arz eder şekilde olup, bu yazışmalardaki üsluptan Şirket çalışanlarının rahatsızlıklarını belirten geri bildirim mesajlarının dosyaya sunulması karşısında mahiyeti itibarıyla çalışma barışı ve düzenini bozacak nitelikteki elektronik yazışmaların, geçerli fesih nedeni sayılması gerekir.” Y9HD, 13.03.2014, E.2013/13973, K. 2014/8256 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁴⁵ “Yargılama sırasında dinlenen tanık beyanları ve davalı tarafından sunulan belgeler dikkate alındığında olay günü davacının aracının başında olmadığı, davacıya telefonla ulaşıldığı ve nerede olduğu sorulduğunda davacının söylediği sözlerin olumsuzluğa yol açtığı açık olup feshin haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi bozma nedenidir.” Y9HD, 18.02.2016, E. 2015/26286, K. 2016/3119 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

işletme yararı göz önüne alındığında⁴⁴⁶ iş sözleşmesinin devamının kendisinden beklenemeyecek nitelikte ve ağırlıkta olduğu esasına dayanır⁴⁴⁷. Çalışanın mesai saatleri içerisinde özel amaçları doğrultusunda işyerinin kaynaklarından istifade ederek örneğin internetini kullanarak alışveriş ve oyun sitelerine girerek özen borcuna aykırı davranışlar sergilemesi, işverenin bu tür davranışlardan zarar görmüş olup olmamasına bakılmaksızın ve bu davranışların ağırlığı ölçüsünde haklı bir neden veya geçerli bir neden olarak kabul edilebilecektir⁴⁴⁸.

Belirtmek gerekir ki çalışanın yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesihler ile çalışanın davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin birbirinden ayrılmasında davranışın iradi ve kusurlu olup olmadığına bakılarak değerlendirme yapılacak, bu bakımdan çalışanın söz konusu davranışta iradesi ve kusuru mevcutsa davranışlarından kaynaklanan fesih; çalışanın iradesi dışında kontrol edemeyeceği nedenler söz konusu ise yetersizliğinden kaynaklanan fesih mevcut olacaktır⁴⁴⁹.

Çalışanın davranışından kaynaklanan sebeplerin varlığı halinde çalışan öncelikle iradi davranış sergilemiş olması karşısında davranışlarını değiştirmesi ve bir daha benzer davranışlarda bulunmaması konusunda ihtar edilecek; kontrol edemeyeceği

⁴⁴⁶ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 525; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s. 268; “Somut olayda, işverende, davacının taşınması için kendisine emanet edilen parayı yerine götürmeyip zimmetinde tuttuğu kuşkusu, işyerinde çalışan diğer çalışanların beyanları ile doğmuştur. Davacı işçinin bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. Bu durum geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilerek, davanın açıklanan gerekçeyle reddedilmesi yoluna gidilmelidir.” Y9HD, 02.06.2008, E. 2007/39391, K. 2008/13515 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁴⁷ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, 2014, s.991-992; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT**, s. 478; **ERTABAK**, s. 187; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 162

⁴⁴⁸ **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s. 296; **Gaye Burcu YILDIZ**, “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi (İş Saatleri)”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2009, S.16, s.110- 119; **Sezgi ÖKTEM SONGU**, İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E- Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme, Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul 2011, Cilt I, s. 1057-1094

⁴⁴⁹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, 2014, s.992; **BAYSAL**, s.40-46; **KABAKÇI**, s.195

nedenlerden kaynaklanan yetersizliğin söz konusu olması halinde ise performansını iyileştirmesi için makul bir süre tanınmak suretiyle telafi etmesine imkân tanınması gerekecektir⁴⁵⁰. Çalışanın davranışından veya kontrol edemeyeceği nedenlerden kaynaklanmasına bakılmaksızın yetersizliğin varlığını ileri süren işveren aynı zamanda bu iddiasını ispatlamak yükümlülüğü altındadır⁴⁵¹.

5.1.2. “Borca Aykırı Harekete Dayanmayan” Sebepler (İşletmenin, işyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler)

İş Kanunu’nun 18. maddesinin madde gerekçesinde “geçerli sebeplerle” fesih işlemine yol açabilecek önemli işyeri gereklerinin bulunması hali işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, işçi ile bağlantısı olmaksızın da ortaya çıkabileceği belirtilerek, işveren tarafından çalışanın iş sözleşmesinin feshine neden olabileceği ifade edilmiştir. Yargıtay İşK.’nın 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verilmiş” olduğunu, ancak “işletmesel karar” kavramından söz edilmediğini belirterek işverenin yönetim hakkı kapsamında amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar alabileceğini; bu kararın işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi kapsamında alınan her türlü karardan oluşabileceğini ve bu nitelikte bir karar ile çalışanların iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde feshin geçerli olacağını belirtmiştir⁴⁵².

İşverenin işletmesel karar almak suretiyle, çalışanın sözleşmesini fesih yoluna gitmesine işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler, işyerinin

⁴⁵⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.994

⁴⁵¹ BAYSAL, s.113

⁴⁵² Y22HD., 27.04.2017, E. 2017/32822, K. 2017/9800 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir⁴⁵³. İşyeri içi sebepler⁴⁵⁴; “yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması”, “işyerinin daraltılması”; “yeni teknolojinin uygulanması⁴⁵⁵”; “işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi⁴⁵⁶” ve “bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebeplerdir⁴⁵⁷.” İşletmenin veya işyerinin teknolojik değişimlere ayak uydurması veya işletmenin yeniden yapılanarak verimlilik ve rekabet gücünün artırılması amacı doğrultusunda Yargıtay’ın ifadesi ile kurucu karar alınarak⁴⁵⁸ işveren çalışanın iş sözleşmesini gerçekleştirilebilecektir.

⁴⁵³ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, 2014, s.998; **Devrim ULUCAN**, “Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi (Geçerlilik Denetimi)”, Legal İSGHD, İstanbul 2015, S.47, s.49-81

⁴⁵⁴ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 438; Y9HD, 01.11.2010, E. 2010/33259, K.2010/30959 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁵⁵ “İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış imkanlarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi işin sürdürülmesini imkansız hale getiren işyeri dışından kaynaklanan sebeplerle yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi işyeri içi sebeplerdir.” Y22HD, 27.04.2017, E. 2017/32837, K. 2017/9815 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁵⁶ “İşletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan en önemli nedenlerden biri, alt işveren uygulamasıdır. Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır. Alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olması, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2’nci maddesinin 6 ve 7’nci fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. Kanunu’nun 2’nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu’nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6. fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öge, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.” Y7HD, 21.04.2016, E. 2016/51, K. 2016/8910 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁵⁷ **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s. 325; “somut uyumsuzlukta davacı işçinin davalıya ait işyerinde 12 yıldır çalıştığı, iş sözleşmesinin yeniden yapılanma sebebiyle feshedildiği, davalı işverenin feshin geçerli nedene dayandığını kanıtlamadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir.” Y9HD, 31.01.2011, E. 2011/2365, K. 2011/1429 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁵⁸ **ULUCAN**, Geçerlilik Denetimi, s. 51-54; Y22HD, 23.01.2017, E. 2017/782, K. 2017/599 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Yargıtay işletme içi sebeplerin “işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler” den oluştuğunu, “bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetmelik karar alma hakkını) kullandığı” nı ve “işletme içi sebeplere dayanılarak yapılan feshlerde, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığı” nın mahkemelerce araştırılması⁴⁵⁹ gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay bir kararında “rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safi hasıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci), üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağına karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun artırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Leanmanagement’in veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı” şeklinde olabileceğini belirtmiştir⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Y22HD, 24.01.2017, E. 2017/869, K. 2017/965 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁶⁰ Y22HD, 26.01.2017, E. 2017/514, K. 2017/1057

İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işveren, hangi tedbirleri alındığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir⁴⁶¹. İşte işverenin almış olduğu bu işletmesel kararlar hakkında kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamayacağı bir başka ifade ile yerindelik denetimi yapılması söz konusu olamayacak ve feshin geçersizliği ileri sürülemeyecek⁴⁶², ancak işverenin bu kararları hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olması⁴⁶³ bir başka ifade ile MK'nın 2. maddesinde belirtilen dürüstlük kuralına uygun olarak alınmış olması, söz konusu bu kararların alınması gereklilik arz etmeli, tutarlı olmalı ve ölçülü alınmış olması beklenecektir. İşverenin işletmesel kararları keyfilik denetimine tabi tutulacaktır⁴⁶⁴.

Yargıtay, “işverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi

⁴⁶¹ Y22HD, 04.04.2016, E. 2016/6654, K. 2016/9563 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁶² **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 446; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 414; Y22HD, 24.01.2017, E. 2017/884, K. 2017/835

⁴⁶³ Y7HD, 11.04.2016, E. 2015/39744, K. 2016/7821 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁶⁴ **ERTABAK**, s. 283; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 404; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 622; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.351; **ULUCAN**, Geçerlilik Denetimi, s. 57-63; “işletme gerekleri sebebiyle fesihlerde, işveren feshin ciddi ve tutarlı bir uygulamanın sonucu olup olmadığını, işletmesel kararın alındığını ve bu kararın kurumsal bir ciddiyet ve tutarlılıkla uygulandığını hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde kesin olarak ispat etmekle yükümlüdür. Özellikle, yeniden yapılanma gibi önemli bir karar alan ve bu kararı uygulayan işverenin kurumsal bir ciddiyet ve tutarlılık içinde hareket etmesi, kanunlar ve ispat hukuku kuralları çerçevesinde sıhhati konusunda şüphe uyandırmayacak ve birbiri ile tutarlı bilgi ve belgelerle yeniden yapılanmayı ve bu yapılanma sonucunda işçinin iş gücü fazlası haline geldiğini, diğer yandan, sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde de objektif davranıldığını ispatlaması beklenir.” Y22HD, 09.02.2017, E. 2017/500, K. 2017/1875; Y22HD, 24.01.2017, E. 2017/449, K. 2017/804 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilemeyeceğini⁴⁶⁵ belirterek işverenin almış olduğu hatalı karara dayanarak çalışanların işine son vermesi halinde de yapılan feshin geçerli olacağı belirtilmiştir. İşverenin ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen nedenlere dayanarak çalışanın iş sözleşmesini feshetmesi durumunda fesih geçerli nedene dayanmayan bir fesih kabul edilecektir⁴⁶⁶.

İşyeri dışından kaynaklanan sebeplerle işverenin bildirimli fesih hakkını doğabilmesi için İşK. 18. Maddesinin madde gerekçesinde bu sebepler; “sürüm ve satış olanaklarının azalması”; “talep ve sipariş azalması”; “enerji sıkıntısı”, “ülkede yaşanan ekonomik kriz”, “piyasada genel durgunluk”, “dış pazar kaybı” ve “ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi” şeklinde sayılmıştır. İşverenin madde gerekçesinde belirtilen bu sebepleri değerlendirerek almış olduğu her türlü işletmesel karar Yargıtay’ın ifadesiyle “bağlayıcı karar” olarak nitelendirilir⁴⁶⁷. İşverenin işyeri dışından kaynaklanan sebepler ileri sürerek feshin yapıldığını ileri sürmüş olması halinde artık bu karar ile bağlı olacaktır⁴⁶⁸.

Yargıtay vermiş olduğu kararda, işletme kararı alma zorunluluğunun işletme dışı etkenlerin gerekçe gösterilmiş olması halinde “işverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, “gizli, örtülü” işletmesel karar olarak nitelendirilmesi” gerektiğini “bu durumda işletmesel

⁴⁶⁵ Y9HD., 02.03.2017, E. 2016/24331, K. 2017/3060 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁶⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.1000

⁴⁶⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.490; KESER, Bildirimli Fesih, s. 396; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 438; ULUCAN, Geçerlilik Denetimi, s. 54; Y22HD, 28.03.2017, E. 2017/4361, K. 2017/6417 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁶⁸ ULUCAN, Geçerlilik Denetimi, s. 55; Y22HD, 28.03.2017, E. 2017/4383, K. 2017/6439 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

kararın mevcudiyetini iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılabileceğini” belirtmiş; “İş Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.” denilerek işletme dışı sebeplerin gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshi halinde işletme kararı alma şartına uyulmamış olması halini feshin geçersiz kılmayacağını belirtmiştir⁴⁶⁹.

5.2. Bildirimli Fesihte Usul

İşverenin bildirimli fesih hakkını kullanırken fesih sebebinin açıkça belirtmesi ve fesih bildirimini yazılı yapması zorunludur, yazılı yapılma koşulu geçerlilik koşuludur⁴⁷⁰ ve işveren bildirimde gösterdiği fesih nedeni ile bağlı olmak suretiyle bildirimde göstermediği fesih nedenine dayanamayacaktır⁴⁷¹. İşK.’nın “sözleşmenin feshinde usul” başlıklı 19.maddesinin 1. fıkrasında “*İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.*” hükmü düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere işveren fesih bildirimini yazılı yapacaktır ve bu bildirimde fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtecektir. Bu husus ileride çalışan tarafından açılacak bir davada, feshin İş Kanunu anlamında geçerli sayılıp sayılamayacağını belirlemek bakımından ispat kolaylığı sağlayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, fesih anında bilinmeyen ancak fesih bildiriminden sonra öğrenilmiş olan fesih sebepleri, feshi geçerli hale getirmeyecektir⁴⁷².

⁴⁶⁹ Y7HD, 25.04.2016, E. 2016/1918, K. 2016/9130; Y7HD, 09.02.2016, E. 2015/34867, K. 2016/2230 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁷⁰ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.169; KESER, Bildirimli Fesih, s. 23; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.362; Ünal NARMANLIOĞLU, “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Açılacak Davanın Konusu, Niteliği ve Davayı Tamamen ya da Kısmen Konusuz Bırakan Olgular (İş Güvencesi)”, Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul 2011 Cilt I, s.623-655

⁴⁷¹ KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, İş Güvencesi s.26-27

⁴⁷² KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, İş Güvencesi s.29-30; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.268; CENTEL, s.125-126

Belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin davranışı veya verimi(yetersizliği) ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmesi gerekecektir⁴⁷³. Çalışanın savunmasının alınması zorunluluğu emredici bir hüküm olup taraflarca aksi yönde düzenleme yapılamayacaktır. Çalışanın savunması alınmadan yapılan fesihler yasada açıkça belirtilmemiş olsa dahi feshi geçersiz kılacaktır⁴⁷⁴.

Haklı nedenle fesihle olduğu gibi işveren, bildirimli fesih hakkının ortaya çıkması durumunda “*makul bir süre*” içerisinde bu hakkını kullanmak suretiyle iş sözleşmesini fesih yoluna gidecektir⁴⁷⁵. Haklı nedenle fesih hakkının altı iş günü içerisinde kullanılması gerekir ve aksi durumda haklı nedenle fesih hakkından bahsedilemeyeceken, bildirimli fesihle geçerli süre fesih nedenine bağlı olarak makul bir süre içerisinde kullanılması gerekmektedir. Bu hakkın kullanımında da dürüstlük ve iyiniyet kurallarına göre halin durumu göz önüne alınarak makul sürenin belirlenmesi gerekecektir. *Kılıçoğlu/Şenocak*, fesih hakkının etkisizleşmesini üç koşula bağlarken bunları “Fesih hakkı doğduğu halde uzun süre sessiz kalınması”, “Feshin gerçekleşmeyeceğine dair çalışanda haklı bir güven oluşması” ve “Çalışanın kendisini feshin gerçekleşmeyeceğine hazırlanması” olarak belirtmiştir⁴⁷⁶.

Çalışan tarafından savunma verilmemiş olması halinde, savunma verilmediğine dair tutulan tutanak ile savunma istemine konu davranış veya eylemlerin nelerden oluştuğunun ispat yükü üzerinde olan işverenin bu durumu ispatlayamaması halinde iş

⁴⁷³**KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 1280; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 97; **Yusuf YİĞİT**, “İş Hukuku’nda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin, İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları”, Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul 2011, Cilt II, s. 1143-1199

⁴⁷⁴ **CENTEL**, s.128

⁴⁷⁵**AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.169; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 104; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, İş Güvencesi s.69; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.516; **İREN**, SÜZEK’e Armağan, s.1340

⁴⁷⁶ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, İş Güvencesi s.70

sözleşmesini bildirimli fesih hakkı doğmamış ve yapılan fesih geçersiz fesih olarak kabul edilecektir⁴⁷⁷.

İş sözleşmesinin bildirimli feshinde değinilmesi gereken bir başka önemli nokta, fesihten önce çalışana ihtar verilmesi yükümlülüğüdür. Öyle ki, işletme gerekleri ve işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde kural olarak çalışanın ihtar edilmesi zorunlu olmayıp, çalışanın davranışlarından kaynaklanan bir başka deyişle sözleşmesel yükümlülüklerin ihlal edilmesi nedeniyle oluşan fesihlerde ise İşK. 'da ihtarla ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen fesihte son çare ilkesi ve dürüstlük kuralının gereği olarak ihtarın zorunlu bir şart olduğu belirtilmektedir⁴⁷⁸.

5.3. Fesih Bildirimine İtiraz

Çalışanın iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi durumunda fesih bildiriminin yazılı, sözlü ve eylemli fesih şekillerinden birinin kullanılması suretiyle derhal veya bildirimli fesih usullerinden herhangi birinin tercihi şeklinde gerçekleştirilebilir. Çalışanın bu fesih bildirimine itiraz hakkı iş güvencesine tabi çalışanlar yönünden İşK. 20. maddesinin 1. fıkrasında “*İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle*” dava açılabileceği belirtilmiş, 7036 sayılı yasa⁴⁷⁹ ile yapılan değişiklikle birlikte “*İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de*

⁴⁷⁷ BAYSAL, s.46; ÖZCAN, İş Güvencesi, s.150

⁴⁷⁸ KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, İş Güvencesi s.31-37, s.205 ve s.387-388; BAYSAL, s.46; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.268

⁴⁷⁹ RG 25.10.2017, 30221

götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir.” hükmü eklenmiştir.

Bu hükme göre fesih bildirimının çalışana yapıldığı tarihten sonra feshe karşı itiraz için bir aylık hak düşürücü süre öngörülme suretiyle sınırlama getirilmiştir, hâkim tarafından re'sen göz önüne alınması gerekir⁴⁸⁰. Zira çalışan, sonsuza dek işveren tarafından yapılan feshe itiraz hakkına sahip olması düşünülemez. Çünkü feshin haksız veya geçersiz olduğunu düşünen çalışan, iş güvencesi hükümleri gereğince bir an önce eski işine iadesi için bir ay içerisinde arabulucuya başvurarak; feshin haksız veya geçersizliği konusunda itirazlarını ileri sürerek işe iadesini talep etmek zorundadır⁴⁸¹. Arabuluculuk sürecinin olumsuz neticelenmesi halinde son oturum tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde çalışan, işveren tarafından yapılan feshin haksız ve geçersiz olduğu iddiasını ileri sürerek mahkemeye başvurmak suretiyle işe iade edilmesini talep edebilecektir. Feshi geçerli bir sebebe dayanarak yapıldığını ispat yükümlülüğü işverendedir⁴⁸².

İş Kanunu'nun 20. maddesi ile getirilen düzenleme uygulamada bir dizi sorunları beraberinde getirmiş ve özellikle hak düşürücü sürenin başlama tarihi; işverenin fesih bildirimini, süreli fesih hakkını kullanarak gerçekleştirmesiyle, çalışanın işveren tarafından kendisine yazılı yapılması halinde tebliğ tarihinden, sözlü veya eylemli fesih söz konusu olduğunda öğrendiği veya bildirildiği tarihten itibaren müteakip bir ay içerisinde⁴⁸³ feshin haksız veya geçersiz olduğunu öncelikle

⁴⁸⁰ AKTAY/ARICI/SENYEN- KAPLAN, s.170; KESER, Bildirimli Fesih, s. 110; CENTEL, s.135

⁴⁸¹ KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s. 366

⁴⁸² AKTAY/ARICI/SENYEN- KAPLAN, s.171

⁴⁸³ A. Can TUNCAY, “İşe İade (Karar İnceleme)”, Legal İHSGHD, İstanbul 2004, S.2, s.533-536; CENTEL, s.136-137

arabuluculuk nezdinde sonrasında da yargısal denetime başvurarak ileri sürmesi gerekir. Derhal fesih ve bildirimli fesihte bildirim süresine ait ücretin peşin ödeme yolu kullanılarak yapılan fesihlerde fesih bildiriminin yazılı yapılması durumunda sürenin hangi tarihte başladığıyla ilgili bir sorun bulunmamaktadır. Haklı nedenle derhal fesih bildiriminin yapıldığı tarih esas alınacak ve bir aylık hak düşürücü sürenin başladığı kabul edilecektir.

Ancak bildirimli fesih yapılarak, bir başka ifade ile bildirim öneli verilerek iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde Yargıtay⁴⁸⁴ ve Öğretideki çoğunluk görüşüne göre bir aylık hak düşürücü sürenin fesih bildirimının tebliğ edildiği tarihten itibaren başlayacak olması ve çalışanın en kısa zamanda işe iadesinin esas olması nedeniyle bildirimli fesihlerde bildirim süresinin sona ermesinin beklenmeyeceği bildirim yapıldığı tarihte hak düşürücü sürenin başlayacağı⁴⁸⁵ belirtilmiştir

Kanaatimizce süreli fesih, lafzından da anlaşılacağı üzere fesih işleminin gerçekleştirilmemiş olduğunu nitelemekte ve belirli bir süre sonunda hüküm ve sonuçlarını doğuracak olması; *Oğuzman*'ın "bildirimli fesih süresi içerisindeki hükmü gereğince akdi münasebet eskisi gibi devam edecek⁴⁸⁶", bir başka ifade ile "karşılıklı edimlerin yerine getirilmesine devam olunacak" ve son olarak "prensip itibarıyla ihbar mühletinin geçmesiyle akit başka bir muameleye lüzum kalmaksızın sona erecektir⁴⁸⁷" yönündeki

⁴⁸⁴ "İş akdinin feshinden davalı şirketçe diğer davalı Sağlık Bakanlığına yazılan 05.11.2010 tarihli yazının yazıldığı tarihte haberdar olduğunun ya da bu yazının Sağlık Bakanlığı kayıt defterine kaydedildiği 08.11.2010 tarihinde haberdar olduğunun, dolayısıyla fesih iradesinin davacı işçiye ulaştığı tarihin bu tarih olduğunun kabul edilmesi gerektiği ortadadır. Mahkemece, davanın 08.11.2010 tarihinden 08.12.2010 tarihine kadar 1 aylık hak düşürücü süre içinde dava açılması gerektiği düşünülmeyen, dava açma süresi geçirildikten sonra 22.12.2010 tarihinde açılan davanın reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur." Y22HD, 06.10.2011, E. 2011/6031, K. 2011/2381; (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁸⁵ **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.170; **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, Şerh, s.352; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 110- 111; **TUNCAY**, Karar İnceleme, s.535;

⁴⁸⁶ **OĞUZMAN**, s.194

⁴⁸⁷ **OĞUZMAN**, s.196

görüŖü; *Serozan*'ın alıŖanın feshe konu davranıŖının derhal feshi (süresiz fesih) oluŖturacak ağırlıkta olmayıŖı nedeniyle sözleşmenin lehine olan ve işverenin edimlerini oluŖturan haklardan istifade etmesi gerektiğine dair deęerlendirmesi⁴⁸⁸ ve *Kılıçoğlu*'nun Yargıtay'ın bildirimli fesih yoluyla alıŖanın sözleşmenin sona erdirilmesi halinde; , işe iade davası açmak için bildirimli feshin tebliğiyle öngörülen bir aylık sürenin baŖladığı ve bu bir ayın ihbar süresinin tamamlanmasını müteakip açılan işe iade davası için öngörülen bir aylık hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle davanın reddi yönünde “bu uygulamanın adaletsiz sonuçlar doğurduğu” belirtilerek “eylemli alıŖmanın sona ermesinden itibaren hak düşürücü sürenin baŖlatılmasının daha adil olacağını” ve “yeni bir düzenleme yapılması gerektięi⁴⁸⁹” yönünde değerlendirmede bulunmuş olması; açık olan yasal düzenleme karşısında, Öğretideki çoğunluk görüşe katılmakla birlikte bahsedilen mağduriyetlerin giderilmesi ve iş güvencesi hükümlerinin ruhuna uygun, alıŖanı koruyucu ve lehine olacak şekilde yeni bir yasal düzenleme yapılması, gerekmektedir.

5.4. İş Güvencesine Hâkim İlkeler

İş güvencesi hükümleri uygulanırken salt “geçerli bir sebebin varlığı”, “alıŖanın geçerli sebep nedeniyle yazılı savunmasının alınmış olması” ve “fesih bildiriminin yazılı yapılması” yeterli kabul edilmemekte, ayrıca fesihte son çare ilkesi (ultima-ratio), oranlılık ilkesi, gereklilik ilkesi, menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi ile birlikte sosyal seçim ve eşitlik ilkesine uygun davranıldığına da işveren tarafından ortaya koyulması gerekmektedir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Bkz. İş Güvencesinden Yararlanma KoŖullarından “4.4.3 alıŖanın En Az Altı Aylık Kıdeminin Bulunması” baŖlığı altındaki açıklamalar

⁴⁸⁹ Ayrıntı için Bkz. **KILIçOğLU**, Temel Kavramlar, s.366

⁴⁹⁰ **MOLLAMAHMUTOğLU/ASTARLI/BAYSAL**, 2014, s.1001-1022, **Mustafa KILIçOğLU**, “İş Güvencesi Hükümlerinin Geçerli Fesih Sebepleri kapsamında Gözden Geçirilmesine İliŖkin Birkaç Söz (Geçerli Fesih Sebepleri)”, Legal İSGHD, İstanbul 2015, S.46, s.149-178

Ölçülülük ilkesi içerisinde kabul edilen gereklilik ilkesine göre, çalışanın daha az etkileneceği bir tedbir sonucu iş sözleşmesinin feshi gerekli olmayacak idiye bu tedbirlerin alınarak fesih yoluna gidilememesi bir başka ifade ile fesihte amaçlanan sonucu elde etmek için fesihle aynı ölçüde etkili olan daha hafif bir tedbirin alınarak fesih yoluna başvurulmaması⁴⁹¹ gerektiğini; menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi ise çalışanın işinin devam ediyor iken elde edeceği ekonomik, sosyal menfaatler ile işverenin sözleşmenin feshi yoluna giderek elde edeceği menfaatlerin tartılarak sonuca gidilmesi gerekliliğini ve yine bu menfaatlerin tartılması ilkesinin zorunlu parçasını oluşturan oranlılık ilkesi gereğince işverenin fesih iradesiyle takip etmek istediği amaç ile oranlı bir ilişki içinde olması bir başka ifade ile araç ve amacın karşılıklı tartılması gerekliliğini⁴⁹² ifade etmektedir.

Son çare ilkesi, madde gerekçesinde fesih uygulamasına giderken işverenden beklenenin feshi “en son çare olarak bakması” olduğu ve “geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılması gerektiği” şeklinde ifade edilmiştir. Öğretideki tanımlanmasıyla bu ilkeye göre feshi önleyebilecek daha hafif önlemler alınabiliyorken, bu önlemler alınmadan fesih yoluna başvurulması halinde işveren tarafından yapılan bildirimli fesih geçersizlikle neticelenecektir⁴⁹³. İşveren tarafından yapılan fesihlerde son çare ilkesine uygun davranıldığının ispat yükü işverende olup, işverenin son çare ilkesine uygun davranarak çalışanın iş sözleşmesini fesih yoluna gittiğini ispat edememesi halinde fesih geçersiz kabul edilecektir⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.1014-1015

⁴⁹² Oranlılık ilkesi ile menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi arasındaki farkın; oranlılık ilkesinde araç ve amacın karşılıklı tartılmasının sınırlı bir değerlendirme olduğunu ancak menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesinde ise bu sınırlama olmaksızın somut olayın tüm özelliklerinin göz önüne alınarak değerlendirilmesini içerdiğini belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, İş Güvencesi, s.155 ve200-201; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.1018

⁴⁹³SÜZEK, 2018, s.616; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.1001; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.164; KESER, Bildirimli Fesih, s. 181; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, İş Güvencesi, s.201-210

⁴⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.1003; SÜZEK, 2018, s.617

Yargıtay kararlarına göre bu ilkenin “işletme, işyeri ve iş gerekleri” noktasında uygulanması⁴⁹⁵ gerekmektedir. Öğretide bir görüşe göre ise işçinin davranışlarından kaynaklanan bildirimli fesihte de aynı ilkenin uygulanması gerektiğini ileri sürülmektedir⁴⁹⁶. Kanaatimizce, iş güvencesine hâkim olan temel ilkelerden olması nedeniyle fesih nedenin de ayırım yapılmadan uygulanması yönündeki görüş son derece yerindedir.

Türk İş Hukuku mevzuatında somut norm olarak yer almamakla birlikte, Öğretide bir görüşe göre “sosyal seçim ve eşitlik ilkesi” ise, birden çok çalışanın sözleşmesinin feshinde işveren tarafından işten çıkarılacaklar seçilirken işçilerin karşılaştırılması gerektiğini belirtmektedir. Bu ilkeye göre objektif kriterlere dayanarak işveren objektif ve eşit bir şekilde fesih işlemine konu çalışanları belirlemek zorundadır⁴⁹⁷. Yargıtay işveren tarafından yapılan fesihlerde sosyal seçim ve eşitlik ilkesine uygun davranıldığıının ileri sürülmesi halinde mahkemece bu ilkenin işverence uygulama şeklinin denetlenmesi gerektiğine hükmederek buna uyulması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁹⁸. Öğretide bir başka görüşe göre ise getirdiği yükümlülüğün içeriğinin belirsiz olması, “sosyal seçim ve eşitlik ilkesi” kriterlerinin uygulama önceliğinin belirlenmesindeki aşırı güçlük ve çalışanların işten çıkarılanlarla çıkarılmayanlar

⁴⁹⁵ Y7HD, 11.04.2016, E. 2016/4175, K. 2016/7851; Y9HD, 02.03.2017, E. 2016/24508, K. 2017/3063 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁹⁶ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s.468; SÜZEK, 2018, s.616-617; BAYSAL, 187; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.1004-1005

⁴⁹⁷ SÜZEK, 2018, s.620; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.166

⁴⁹⁸ SÜZEK, 2018, s.621; “... Davalı işveren, norm kadro çalışması sonrasında işten çıkarılacak personelin seçiminde performans kriterlerinin dikkate alındığını savunmuş olup, buna ilişkin olarak birtakım belgeler sunmuştur. Yukarıda belirtildiği üzere işten çıkarılacak işçiler yönünden yasal bir kriter ve sosyal seçim şartı hukuk düzeninde yer almamakla birlikte, işverence işten çıkarmada birtakım kriterler gözetildiği ileri sürülmüş ise işverenin kendisini bağlayan bu kriterlere uyup uymadığı, keyfi davranıp davranmadığının da mahkemece denetlenmesi gerekmektedir.” Y7HD, 18.02.2016, E. 2015/31969, K. 2016/3669 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

arasında uyumsuzluk oluşturacağı eleştirilerini ileri sürerek bu ilkenin fesihte uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir⁴⁹⁹.



⁴⁹⁹ SÜZEK, 2018, s. 621

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

Hakkın kötüye kullanılması, hukuk düzenince tanınmış bir hakka dayanması nedeniyle haksız davranışlardan ayrılmakta, hiçbir hakka dayanmayan davranışlar haksız davranış olarak nitelendirilmekte ancak her iki durum da hukuk düzenince korunmayan ve tasvip edilmeyen bir durumu oluşturmaktadır¹.

İş sözleşmesinin kurulması esnasında sözleşme yapma hakkı kötüye kullanılabilmesi bu durumda hakkın kötüye kullanımını oluşturan tasarrufların geçersiz kabul edileceği² gibi yasalar tarafından iş sözleşmesinin fesih hakkı da sözleşmenin taraflarına tanınmış bozucu yenilik doğuran bir hak olarak mevzuatta yerini almış olması nedeniyle tüm haklar gibi hakkın kötüye kullanımına konu olabilecektir³. Ancak belirtmek gerekir ki işverenin iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanımı İş Kanunu'nda yaptırma bağlanmışken, çalışanın sözleşmeyi kötü niyetli olarak sona erdirmesi yaptırma tabi kılınmamıştır.

¹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 268

² “Deneme süreli iş sözleşmesinin en önemli özelliği, tarafların deneme süresi içinde bildirim öneline uymaksızın ve tazminatsız olarak iş sözleşmesini feshedebilmeleridir. Bunun dışında iş sözleşmesinin türünün, deneme süresi içinde deneme süreli iş sözleşmesi, süresinin bitiminde ise kesinleşmiş iş sözleşmesi olarak ayrılması mümkün değildir. Deneme süresi kaydını içeren başlangıçtan itibaren tek bir iş sözleşmesi söz konusudur. İlerde hesaplanacak olan kıdem süresi bakımından deneme süresi de dikkate alınacaktır. Deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda, deneme süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Deneme süresi, işçi ve işverene sözleşmeden daha kolay bir şekilde dönme imkânı sağlamaktadır. Amaç tarafların birbirlerini tanımalarıdır. Ancak salt işçinin haklarını ortadan kaldırmak için bu yola gidilmesi halinde, kanuni bir hakkın kötüye kullanımından söz edilir. İşverenin işyerinde yıllarca çalışmış bir işçisiyle aynı işte çalışması için deneme süresi öngören yeni bir sözleşme yapması buna örnek olarak verilebilir. Yine, işverenin sürekli olarak 2'şer aylık deneme süresi öngörülerek işçi çalıştırması ve bunun genel bir uygulama halini alması durumunda kötü niyetin varlığından söz edilebilir. İşçinin aynı işverene ait işyerinde çalışırken veya daha önce çalıştığı işyerine ikinci kez işe girişinde öngörülen deneme kaydı geçersizdir.” Y22HD, 10.12.2013, E. 2013/9215, K. 2013/28777; Y9HD, 13.10.2008, E. 2008/36062, K. 2008/26704 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³ SÜZEK, 2018, s.554

İş Kanunu'nun 17. maddesinin 6. fıkrasında “İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18. maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir.” düzenlemesi mevcuttur.

Bu düzenlemelere göre İşK. kapsamında çalışan olup da iş güvencesinden yararlanmayan, İşK.'nın 18-21. maddeleri kapsamı dışında kalacak olan çalışanlar madde gerekçesinde de belirtildiği üzere 19-22. maddelerde öngörülen koruyucu hükümlerden yararlanamayacak; işveren, bu durumdaki çalışanların iş sözleşmelerini fesih hakkını kötüye kullanarak, sözgelimi işçi kendisi hakkında bir şikayette bulunduğu veya kendisi aleyhinde dava açtığı ya da şahitlik yaptığı için sona erdirmiş ise, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında bir kötü niyet tazminatı ödeyecektir. İşveren, sözleşmeyi bildirim şartına dahi uymaksızın sona erdirmiş ise kötü niyet tazminatı yanında ayrıca bildirim süresine ilişkin ücret tutarında bir tazminat olmak üzere “dört feshi ihbar tazminatına denk düşecek” şekilde bir tazminat yükü ile karşı karşıya kalacaktır⁴. İşverenin bu ek tazminat yükümlülüğü, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan çalışanlar için işverenin fesih hakkının sınırlandırılması anlamına gelmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 434. maddesinde ise feshe karşı koruma başlığı altında “Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür.” Bu düzenleme, İşK. 'ya tabi olmayan çalışanlar yönünden hizmet sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanılarak sona erdiren işverenin, işçiye

⁴SÜZEK, 2018, s.559; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s.440; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, s.940

fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağını düzenlemiş olup benzer bir düzenlemeye, İşK.'nın 17. maddesinin altıncı fıkrasında da yer verilmiştir.

1. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ GEÇERLİ NEDENLE FESİH HAKKINI KÖTÜYE KULLANMASI

İşveren, iş güvencesine tabi olsun veya olmasın çalışanın belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal fesih hakkını kullanmak suretiyle, haklı bir nedene dayanarak veya haklı bir neden olmaksızın fesh edebileceği gibi bildirimli fesih hakkını kullanarak geçerli bir nedene dayanmak suretiyle sözleşmenin feshi yoluna gidebilecektir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde 15.08.2002 tarihinde yapılan değişiklik öncesinde "İşçinin sendikaya üye olması, şikâyete başvurusu gibi sebeplerle işinden çıkartılması hallerinde ve genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda (A) bendinde yazılı önelemlere ait ücretlerin üç katı tutarı tazminat olarak ödenir." hükmü ile "İşçinin sendikaya üye olması, şikayete başvurusu gibi sebeplerle" yapılan fesihlerin kötüniyetli fesih olarak kabul edilmesi hükmüne bağlanmışken değişiklik sonrası "13/A maddesinin birinci fıkrası uyarınca, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin hizmet akdinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim sürelerine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödenir" şeklinde düzenleme yapılmış olup buna göre iş güvencesi hükümleri kapsamındaki çalışanlar yönünden kötüniyetli fesihten bahsedilemeyeceği; iş güvencesi kapsamı dışında kalan çalışanlar yönünden ise "hizmet akdinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda" ifadesi kullanılarak daha genel bir çerçeve sınırlar içerisinde hakkın kötüye kullanımından

bahsedilmekte olduğu gör÷lmektedir. 4875 sayılı İş Kanunu'nda ise bu hususlar madde metninde değil madde gerekçesinde⁵ belirtilmiştir.

İş güvencesine tabi olan çalışanın iş sözleşmesi derhal fesih yoluyla haklı neden olmaksızın feshi halinde, İşK. 'nın 20 ve 21. maddeleri ile 25. maddenin son fıkrası "*İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngör÷len sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir.*" hükmü gereğince bildirimli feshin geçersizliği, bir başka ifade ile geçerli bir sebebe dayanmaması halinde tabi olduğu kendisine has geçersizlik yaptırımını, haklı bir neden bulunmaksızın yapılan derhal fesihler için de aynen uygulanacaktır⁶. Bu yönüyle derhal fesih hakkı kullanılmak suretiyle sözleşmenin feshi ile bildirimli fesih hakkı kullanılarak sözleşmenin feshi yargısal denetime tabi tutulmak açısından aynı paydada bulunmalarına rağmen, yargısal denetim sonucunda işveren tarafından fesih işleminin İşK. 'nın 25. maddesinde belirtilen haklı nedenlerden birine dayanarak gerçekleştirmiş olduğunu çalışanın itirazı ile birlikte yargısal denetimde ortaya koyamaması veya ispatlayamaması durumunda haklı nedenle derhal fesih hakkına dayanarak fesih işleminin yapılmadığı sonucuna ulaşılacak ve çalışanın İşK. 21. madde hükmü gereğince işe iadesine karar verilecektir⁷. Aynı şekilde bildirimli fesih hakkını kullanarak geçerli fesih hakkını ileri süren işveren, geçerli nedenin varlığını, çalışana açık ve kesin bir şekilde bu nedeni bildirmiş olduğunu, çalışanın itirazı ile birlikte yargısal denetimde ortaya koyamaması veya ispatlayamaması durumunda çalışanın işe iadesine karar verilecektir.

⁵ 4857 sayılı İşK. 17. maddesinin madde gerekçesi "İş Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ondan az sayıda işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışan işçiler ile işyerindeki kıdemi altı ayın altında bulunan işçiler 19-22. maddelerde öngör÷len koruyucu hükümlerden yararlanamayacaklardır. İşveren bu durumdaki işçilerin iş sözleşmelerini fesih hakkını kötüye kullanarak, sözelimi işçi kendisi hakkında bir şikâyette bulunduğu veya kendisi aleyhinde dava açtığı ya da şahitlik yaptığı için sona erdirmiş ise, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında bir kötü niyet tazminatı ödeyecektir. İşveren sözleşmeyi bildirim şartına dahi uymaksızın sona erdirmiş ise, kötü niyet tazminatı yanında ayrıca bildirim süresine ilişkin ücret tutarında bir tazminat daha ödeyecektir." şeklindedir.

⁶ BAYCIK, s. 390

⁷ BAYCIK, s. 391

İş Kanunu'nun 25.maddesinde işveren yönünden derhal fesih hakkı kapsamında iş sözleşmesinin fesih edilmesi halinde, haklı nedenle fesih sebeplerinin var olduğu kabul edilecek, bu durumda da işverenin haklı nedenle feshi söz konusu olacaktır ki haklı bir nedenin bulunması halinde hakkın kötüye kullanılarak yapıldığını ileri sürmek mümkün değildir⁸. Zira haklı bir nedenin varlığı, sözleşmenin devamının işveren tarafından beklenemeyecek nitelikte ve ağırlıkta bir sebebin olduğu hukuki temeline dayanılarak bildirim süresinin geçirilmesi dahi işverenden beklenemeyecek bir durumun varlığını ifade etmektedir. Ancak bu durumda dahi işveren haklı bir nedenin varlığını İşK.'nın 20. maddesinin 2. fıkrası gereğince ortaya koymak ve ispatlamak zorundadır. Haklı bir nedenin varlığını ispatlayamadığı veya ortaya koyamadığı durumda ise haksız fesih söz konusu olacak yine kötüniyetli fesihten bahsedilemeyecektir⁹.

Ancak İşK. 'ya tabi olarak çalışmasına rağmen iş güvencesi kapsamında olmayan bir çalışanın belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde herhangi bir neden göstermeksizin bildirim süresine uyarak yahut bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek; aynı şekilde haklı nedenle derhal feshinde de neden bildirmek zorunda olmaksızın feshedebilecektir. Ancak tüm haklarda olduğu gibi işveren fesih hakkını kullanırken TMK.'nın 2. maddesi gereğince iyiniyet (dürüstlük) duralına uyarak fesih hakkını kullanabilecektir.

İş Güvencesi kapsamında olmayan çalışanın işveren tarafından yapılan feshe itirazı ile yargısal denetim sonucunda haklı bir nedenin bulunmadığı sonucuna varılması halinde fesih geçerli fesih kabul edilerek iş sözleşmesini sona erdirecek, ancak işverenin feshi yargısal denetim ile haksız feshe dönüşecektir¹⁰. Haksız feshin varlığı durumunda da çalışan, iş güvencesi kapsamında olmadığı için hakkın kötüye kullanımı söz konusu olacaktır.

⁸ SÜZEK, 1976, s 113

⁹ SÜZEK, 1976, s.111-113; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.985

¹⁰ MANAV, s.193

Aynı zamanda İşK. 'ya tabi olmayan ve TBK kapsamında hizmet sözleşmesiyle çalışanlar yönünden 435. maddesinin 2. fıkrasında “*Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.*” hükmü gereğince sözleşmenin işveren tarafından kötüniyetli feshi, bir başka ifade ile fesih hakkının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı yasağına aykırı olarak kullanıldığını ileri sürebileceklerdir.

Görüldüğü üzere İşK. yönünden iş güvencesi hükümlerine tabi olan çalışanlar ile iş güvencesi kapsamı dışında kalan çalışanların sözleşmelerinin işveren tarafından haklı nedenle fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirilmiş ancak haklı nedenin bulunmaması ve kötüniyetli feshin şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda; iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan ve İşK. 'ya tabi olan çalışanlar yönünden kötüniyet tazminatı talep etmek mümkün olup, işveren tarafından yapılan fesihlerin hakkın kötüye kullanımını oluşturması halinde iş güvencesine tabi olanlar ile olmayanlar arasında sonuçları itibariyle kötüniyet tazminatı talep hakkı bulunup bulunamama yönünden fark bulunmaktadır.

İş Güvencesine tabi olanlar yönünden feshin kötüniyetli olması söz konusu olsa dahi iş güvencesi kapsamında olan çalışan yönünden işe iade hükümleri geçerli olup, işe başlatılmaması halinde talep edebileceği tazminat, işe başlatmama tazminatıdır, kötüniyet tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır¹¹. Öğretide bir görüş bu durumu

¹¹ “Kötüniyet tazminatı ancak belirsiz süreli sözleşmelerde söz konusu olabilir. Kötüniyet tazminatının başlıca şartı, işçinin iş güvencesi kapsamında kalmamasıdır. Yani otuzdan az sayıda işçinin çalıştığı işyerinde çalışan veya otuzdan fazla işçinin çalıştığı işyerinde çalışmakla birlikte altı aydan az hizmeti bulunan işçiler kötü niyet tazminatı talep edebilir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının altı ayı aşan hizmet süresi bulunduğu gibi, davalı işyerinde otuzdan fazla işçi çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı işçi iş güvencesi kapsamında kaldığından, iş sözleşmesi kötüniyetle feshedilse dahi, kötüniyet tazminatına hak kazanamaz.” Y22HD, 25.06.2013, E. 2013/15099, K. 2013/15453 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

eleştirerek kötüniet tazminatı talep edebilme hakkının iş güvencesi kapsamında olan çalışanlara da tanınması gerektiğini ileri sürmektedir¹².

Kanaatimizce çalışanı koruma amacı yönünden, iş güvencesi hükümleri kapsamında olan çalışanlar için işletme yararı kavramı gözetilerek getirilen koruma; günümüz iş hukuku anlayışının işletmenin de korunması çalışanın işinin devamını sağlayacak kadar önemli bir etken olarak göz önüne alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu yönüyle günümüzde hem çalışanın işinin hem de işyerinin varlığının korunması iş hukukunun belirlenmiş amaçları arasında yer aldığı görülmektedir. İşverenin iş sözleşmesini fesih hakkının sınırlandırılmasının hakkın kötüye kullanımı teorisiyle sağlandığı dönemlerde işletme yararının göz önüne alınmadığı ancak daha sonra ortaya çıkan ve iş hukukunun temel amaçları arasında yerini alan “işletmenin varlığının devamının” da sağlanmaya çalışılması; günümüz sosyal devlet ilkesine de uygun ve gerekli olduğu bu yönüyle de söz konusu görüşün toplumsal ve yapısal değişimi gözetmediği değerlendirilmesini yapmak mümkündür.

Bununla birlikte *Süzek* tarafından hakkın kötüye kullanımı teorisi ile işverenin fesih hakkını sınırlandırılması ilkesinin uygulandığı dönemde yazdığı doktora tezinde özetle “feshe karşı korumada, hakkın kötüye kullanımı teorisinin farklı derecelerde koruma sağladığı, iyi ve geniş bir uygulama sağlanmasının hakkın kötüye kullanımına ilişkin başvuru kısıtlara bağlı olarak mümkün olduğu, bu anlamda da subjektif kısıtlardan objektif kısıtlara doğru gelişmenin söz konusu olduğu¹³ ve objektif

¹² Ancak öğretilerde bazı yazarlar iş sözleşmesinin güven ilişkisine dayandığını ve bu sözleşmenin kötünietli feshi halinde söz konusu güven ilişkisinin zedelendiğini, iş güvencesi kapsamında olan çalışana kötüniet tazminatı talep etme imkanının tanınmamış olması ve yalnızca işe iade talebine imkan vermesi akabinde de işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tazminatına hükmedilecek olmasını kişilik haklarının ihlali oluşturduğunu, çalışanın korunması amacına hizmet etmediğini ve Anayasa’ya aykırılık oluşturduğunu ileri sürerek eleştirmiştir. **BEDÜK**, Kötüniet Tazminatı, s. 933; Aynı yönde görüş için bkz. **Kadriye BAKIRCI**, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık tazminatı İlişkisi”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2006, S.2, s. 114

¹³ **SÜZEK**, 1976, s. 57-60

kıstasın uygulanması halinde gerçek korumadan bahsedilebileceği belirtilmekte ve günümüzde hakkın kötüye kullanılmasının kıstasları belirlenirken “zarar verme”, “zarar verme tehlikesinin yaratılması” gibi ölçütlerin çalışanı feshe karşı korumada yetersiz kaldığı¹⁴ da göz önüne alınarak bu teorinin yeterli bulunmadığı, objektif kriter kıstasına başvurulması gerektiği ileri sürülmüştür.

Bu değerlendirme ile birlikte *Bedük*'e katılmak mümkün olmamaktadır. Yazar hakkın kötüye kullanımının unsurlarını değerlendirip kıstasları belirlerken “objektif kıstas” kavramına dayandığını aynı inceleme içerisinde belirtmesine karşın, bir başka ifade ile bir ölçüde iş hukukunun günümüz sorunlarına çözüm arayışında gelinmiş olunan noktayı temel almış olmasına rağmen, hakkın kötüye kullanımı teorisi ile işverenin fesih hakkının sınırlandırıldığı anlayış ve bakış açısıyla konuya yaklaşmaktadır. İş güvencesi hükümleri düzenlemesi sonrasında çalışanın işverenin fesih hakkını kötüye kullanmasının söz konusu olduğu durumlarda kötüniyet tazminatı talep hakkının bulunduğu yönünde değerlendirme yaparak, işverenin fesih hakkının hakkın kötüye kullanılması teorisiyle sınırlandırılması sistemi ile işverenin fesih hakkının kanunla sınırlandırılması teorisini uygulayan sistemin ayrı sistemler olduğunu, kanunla sınırlayan sistemin günümüz çalışma hayatının sorunlarına getirilen çözüm için gelişmiş bir yaklaşım olmasına rağmen karma bir sistem önerisinde bulunmasının doğru bir yaklaşım olmayacağı nedeniyle bu görüşe katılmamaktayız.

Kaldı ki, işverenin fesih hakkının sınırlanmasında ölçülülük ilkesi içerisinde değerlendirilmesi, sorunların günümüz devlet anlayışına bağlı olarak sosyal yapının, toplumun gelişmesine imkân verecek şekilde çözülmesi zorunluluğu ve ihtiyacı göz önüne alındığında iş hukukunun tarihsel seyri içerisinde gösterilen hassasiyetin bugün çok daha fazlasına ihtiyaç duyulmasının bir sonucudur. Çalışanın iş güvencesi hükümlerine rağmen işveren tarafından sözleşmesinin feshinin kötüniyetli fesih oluşturacak şekilde sona erdirildiğinin ileri sürülerek iş güvencesi tazminatlarının

¹⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. Birinci Bölüm 3.4

yanında kötüniet tazminatına hükmedilmesi halinde amaç çalışanın işinin devamının sağlanması olmaktan çıkarılarak işverenin fesih hakkının yükleneyeği tazminatlarla imkânsız hale getirilmesi söz konusu olabilecektir. “Hakkın kötüye kullanılmasının kıstasları belirlenirken dahi, iş hukukunun işçiyi koruyucu temel ilkesi ile işyerinde devamlılığın sağlanması arasındaki ince dengenin de korunması gerektiği, işverenin fesih hakkını hakkın kötüye kullanılması teorisiyle sınırlayan dönemde de başvuru olan önemli bir ölçü olduğu göz önüne alındığında bu ölçünün işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının sınırlandırılmasının yasayla yapıldığı dönem içinde gözetilmesi gerekmektedir. Nihai olarak belirtmek gerekir ki iş güvencesine tabi çalışanlar yönünden ön plana çıkartılarak, kıymetli olarak addedilen bir başka ifade ile kutsanan değer “çalışanın işinde devamının sağlanması” olup, çalışanın işverenin feshi sonrası talep edebileceği tazminatlar değildir.

İş güvencesine tabi olmayanlar yönünden ise haklı fesih veya geçerli fesih olarak ileri sürülmüş olması bakılmaksızın haklı nedenlerin ve geçerli nedenlerin bulunmaması halinde feshin kötünietli olması ileri sürülebilecek İşK.’ dan kaynaklanan kıdem ve ihbar tazminatı haklarının yanında kötüniet tazminatı da talep edebileceklerdir.

1.1.Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Unsurları

1.1.1. Fesih Hakkının Varlığı

Fesih hakkının kötüye kullanımından söz edebilmek için öncelikle bildirimli fesih hakkının mevcut olması gerekir zira bir hakkın olmadığı yerde hakkın kötüye kullanımından bahsedilemeyecektir. Ayrıca süresiz (derhal) fesih hakkı, işverenin derhal fesih hakkını oluşturacağı ve derhal fesih hakkının ise haklı nedenle kullanılabilereceği, haklı bir neden yok iken var olduğunu ileri sürerek yapılan derhal feshin haklı nedeninin olmadığıın sonradan anlaşılması halinde ise fesih haksız fesih

olarak nitelendirileceği¹⁵ için haksız feshin hüküm ve sonuçlarına tabi olacaktır. Ancak haklı bir nedenin bulunmaması feshin kötüniyetli yapıldığı sonucunu her zaman doğurmayacak ve ayrıca kötüniyetin varlığı ve ispatlanmış olması gerekecektir.

1.1.1.1. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi

Bildirimli fesih hakkı yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmelerinde kullanılan bir hak olması nedeniyle hakkın kötüye kullanılabilmesi ancak belirsiz süreli iş sözleşmesinin varlığına bağlıdır¹⁶. Bu durumda belirli süreli iş sözleşmesinin kötüniyetli feshinden bahsedilemeyecek, şayet kötüniyetli fesih söz konusu ise süresinden önce feshi nedeniyle bakiye süre ücreti ve şartları oluşmuş ise diğer tazminat haklarının talebi mümkün olacaktır.

1.1.1.2. Bildirimli Feshin Usulsüz Olması

İşverenin, çalışanın süresi belirsiz iş sözleşmesini bildirim süresinin sonunda olacak şekilde sona erdirmeye iradesini taşıyan fesih iradesini İşK.'nın 17. maddesinde öngörülen şartlara uygun bir şekilde muhatabına ulaştırması, ileri sürmesi gerekmektedir¹⁷. Ancak, işveren tarafından bildirim süresi verilmeyerek, ya da eksik verilerek veyahut sözleşmenin peşin ödemeyle sosyal gagesinden uzaklaştırılarak sonlandırılması halinde bildirim sürelerine dair ücretlerin eksik ödenmiş ya da hiç ödenmemiş olması usulsüz feshi oluşturacaktır¹⁸.

¹⁵ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.156

¹⁶SÜZEK, 1976, s. 97-98; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.941; NARMANLIOĞLU, s. 394; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s.363

¹⁷ SÜZEK, 1976, s. 104

¹⁸ SÜZEK, 2018, s. 549; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.156

İşveren bildirimli fesih hakkını kanunda belirtilen sürelerle ve öngörülen usule uymak suretiyle fesih hakkını kullanmış ancak objektif iyiniyet kurallarına aykırı hareket etmek suretiyle gerçekleştirmiş olabilir. Böyle bir durumda fesih usulüne uygun yapılmış olmasına rağmen hakkın kötüye kullanılması suretiyle fesih söz konusu olabilecektir. Yine aynı şekilde işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı kanunda öngörülen sürelerle uyulmadığı gibi aynı zamanda fesih objektif iyiniyet kurallarına uyulmayarak sona erdirilmiş olabilir. Bu durumda da hem usulsüz fesih hem de hakkın kötüye kullanılarak gerçekleştirilen fesih işleminden bahsedilebilecektir¹⁹.

1.1.2. İş sözleşmesini fesih hakkının objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılması

Objektif iyiniyet (dürüstlük) kuralı tarafların yükümlülüklerinin doğal sınırının çizilmesine *ve bir menfaati koruyan ve onu bir hak olarak tanıyan hukuk kuralının yöneldiği sosyal veya ekonomik amaçların dışına çıkılarak kullanılmasını engelleyen* temel kuraldır. İşte bu temel kural, iş sözleşmesinin işveren tarafından fesih hakkı, sosyal ve ekonomik amaçları dışında kullanılarak sona erdirilmesini yasaklamaktadır. İşverenin çalışanın iş sözleşmesini fesih hakkının iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığının tespiti bildirimli feshin nedenine bakılarak belirlenebilecektir²⁰.

İş Kanunu'na tabi olup da iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan çalışanlar ile TBK hükümlerine ve Basın İşK.' e tabi çalışanlar yönünden İşK'nın 19. maddesinde düzenlenen işverence yapılacak fesih bildirimini “yazılı olarak yapmak” ve “fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek” ve yine son fıkra gereğince “çalışanın davranışı veya verimi ile ilgili nedenler ileri sürerek” sözleşmesinin feshi yoluna gidilecek ise “hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan” çalışanın belirsiz

¹⁹ SÜZEK, 2018, s.555

²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.938-939

sürelî iş sözleşmesi, feshedebilecektir. İşverence yapılan fesihlere ilişkin olarak öngörülen bu şekil şartlarına aykırılık sadece iş güvencesi hükümlerine tabî çalışanlar için söz konusu olup, iş güvencesine tabî çalışanlar bu şartlara aykırılık nedeniyle feshin usulsüzlüğünü ileri sürebilecektir.

İş Kanunu kapsamında olup da iş güvencesine tabî olmayan ve aynı zamanda İşK. kapsamında olmayan çalışanlar yönünden işverenin fesih sebebini açıkça ortaya koymak ve ispatlamak yükümlülüğü bulunmasa da tek taraflı bir işlem olması nedeniyle bir nedene dayanmak zorundadır. Çalışanın işveren tarafından yapılan feshin meşru bir nedene dayanmadığını ispatlaması halinde bildirimli fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olacaktır²¹.

1.1.3. İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Kullanılması Sonucu Karşı Tarafın Zarar Görmesinin Şart Olmaması

Hakkın kötüye kullanılmasının bir unsuru olarak sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan bir hakkını kullanması ile karşı tarafın bir zarar görmesi veya muhatabını zarar tehlikesiyle karşı karşıya bırakmasının hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağını, (Bkz. Birinci Bölüm 3.3) kanunun bu durumu korumayacağını, ancak öğretide “zarar” veya “zarar tehlikesi” nin şart olup olmaması ile ilgili farklı görüşler ileri sürüldüğünü, nitekim *Oğuzman / Barlas*’ın “...zarar verme kastı bulunmadığı halde, sonuçta hakkın kötüye kullanıldığının kabul edildiği durumlarda vardır. Keza birine fiilen zarar verilmiş olması veya zarar tehlikesi bulunması da hakkın kötüye kullanıldığının kabul edilebilmesi için şart değildir. Özellikle kanuna karşı hile teşkil eden kötüye kullanma hallerinde ortada başkasına bir zarar verilmeyebilir” değerlendirmesi ve TMK’nın 2002 yılında yürürlüğe girmesiyle “zarar görmesi veya zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalması” şartının aranmıyor oluşu bir bütün olarak ele alındığında kanaatimizce “zarar” veya “zarar tehlikesi” kıstasının

²¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.938

tali bir kıstas olabileceği iş sözleşmesinin işveren tarafından kötüniyetli feshi durumunda çalışan zarar görmemiş olsa dahi kötüniyet tazminatı talep edebileceği sonucuna ulaşmak mümkündür.

1.2.Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Ölçütü

Fesih hakkının kötüye kullanılmasına dair oluşturulan ölçütler öğretide subjektif ve objektif esas olmak üzere iki ayrı şekilde ele alındığı görülmektedir. Subjektif esasa dayandıran görüşe göre fesih hakkının kasten başkasına zarar verme veya kusurlu olarak başkasına zarar verme amacıyla kullanılması şeklinde iki başlık altında değerlendirdikleri, ispatının güçlüğü nedeniyle pratik değerinin azaldığını; objektif esasa dayandıran görüş ise “ fesih hakkının meşru bir menfaat bulunmaksızın kullanılması veya karşılıklı menfaatleri arasında aşırı dengesizlik yaratılması”, “fesih hakkının sosyal gayesinden saptırılması”, “fesih hakkının işletme yararı dışında kullanılması”, “ fesih hakkının objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılması” şeklinde ölçütleri sınıflandırmıştır. Bir diğer görüşü ifade eden ortalama görüşe göre ise hakkın kötüye kullanımı hem subjektif hem de objektif esaslara dayandırmakta buna göre özellikle başkasına zarar vermek gayesiyle kullanılan hakkın, hak sahibine menfaat sağlamaması durumunu ifade etmektedir²².

Türk İş Hukuku öğretisinde işverenin fesih hakkını kullanırken hakkın kötüye kullanımı niteliğinde yapılıp yapılmadığının temel ölçütü “fesih hakkının objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılması” kabul edilmektedir²³. Çalışanın işveren tarafından hakkın kötüye kullanımı niteliğindeki fesihlere karşı koruma sağlamak için sosyal mevzuatın bütününe hâkim genel doğrultuya uygun, en geniş uygulama alanı sağlayacak kıstas, işverenin TMK madde 2’de yer alan dürüstlük kuralına aykırı davranarak çalışanın iş sözleşmesini sona erdirmiş olmak fesih hakkının kötüye

²² AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s.182-183; SÜZEK, 1976, s.74-86

²³ SÜZEK, 2018, s. 555; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.937

kullanımını oluşturacaktır²⁴. Zira diğer ölçütlerin getirdiği koruma çok daha geniş ölçüde objektif iyiniyet kuralı ile sağlanmaktadır. Bir başka ifade ile diğer ölçütler daha dar anlamda koruma sağlarken objektif iyiniyet kuralları (dürüstlük) daha geniş ve kapsayıcı bir ölçüt²⁵ getirdiği görülmektedir.

Nitekim TBK'nın 434. maddesi ile yapılan düzenlemede hakkın kötüye kullanımından bahsedilmekte ancak hangi durumların hakkın kötüye kullanımı oluşturduğu belirtilmemektedir. Kanaatimizce objektif iyiniyet kurallarına aykırı fesihler, hakkın kötüye kullanımı niteliğinde fesihleri oluşturacaktır.

Öğretide *Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal*, “meşru menfaatin bulunmaması, karşı tarafa zarar verme kastının bulunması, bildirimli fesih hakkının işletme yararı dışında kullanılması ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılması²⁶” şeklinde tanımladığı hakkın kötüye kullanılmasını meşru olmayan menfaat ve kast unsurlarının varlığı halinde mümkün olabileceğini ileri sürmektedir.

Öğretide hakkın kötüye kullanımı ile karşı tarafın zarar görmesi veya zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalması koşulunun Medeni Kanun'un değişmesi sonrasında aranmadığını²⁷ ileri süren bir diğer görüşe göre²⁸ “failin kusurlu olması ve özellikle zarar verme kastının bulunması, zarar verilmiş olması veya zarar tehlikesi yaratılması zorunlu bir unsur kabul” edilmemektedir. Aynı görüşe göre çalışanın işini kaybetmesi ile zarara uğramasının kaçınılmaz olacağını ancak çalışanın bu şekilde zarar görmüş olmasının hakkın kötüye kullanımı anlamına gelmeyeceğini işverenin iş sözleşmesini

²⁴ AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s.182; SÜZEK, 1976, s.89

²⁵ AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s.182; SÜZEK, 1976, s.86

²⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.937

²⁷ Eski Medeni Kanun'da belirtilmiş olan “... sırf gayrı ızzar eden suiistimal...” ifadesi yeni Medeni Kanun'un madde metninden çıkarılmıştır.

²⁸ OĞUZMAN/BARLAS, s. 271; BEDÜK, Kötüniyet Tazminatı, s. 926

fesih hakkını kullanmasının hakkın kötüye kullanması olarak nitelendirilemeyeceğini İşK. 'da hakkın kötüye kullanımını açıkça belirtilmediğinden her somut hadisenin kendi içerisindeki gelişim ve uygulamalarının ayrı ayrı değerlendirilecek sonuca varılması gerektiği ileri sürülmektedir.

Kanaatimizce *Süzek* tarafından da ifade edildiği “objektif kıstas” gereğince işveren tarafından yapılan bildirimli feshin kötüniyetli olarak kullanıldığından bahsedebilmek için öncelikle işveren tarafından kullanılacak bir fesih hakkının varlığı, bu hakkın objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak, işletme yararı dışında kullanılmış olması” koşullarının her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmek suretiyle sonuca gidilmesi gerekli ve yeterli olacaktır. Ayrıca “failin kusurlu olması ve özellikle zarar verme kastının bulunması, zarar verilmiş olması veya zarar tehlikesi yaratılması” gibi koşulların aranması çalışanın feshe karşı korunmasını güçleştireceği ve koruma sağlamayacağı son derece açıktır²⁹.

1.3. Fesih Hakkını Kötüye Kullanılmasının Yaptırımı

Hukuk düzeni tarafından kişiye tanınmış bir hakkın varlığı halinde hakkın kötüye kullanımı söz konusu olabilir. Ancak İş Hukuku'nda hakkın kötüye kullanılması teorisi, iş güvencesine tabi olmayan bir başka ifade ile İşK. kapsamında olan çalışanlar bakımından iş güvencesi kapsamında olmayan ve TBK hükümlerine tabi çalışanlar için sınırlı olarak söz konusudur.

²⁹ SÜZEK 1976, s.74-91

1.3.1. İş Kanunu Kapsamında Çalışanlar Yönünden

1.3.1.1. İş Güvencesi Kapsamında Olan Çalışanlar Bakımından

İş güvencesi kapsamında olan çalışanların sözleşmelerinin işveren tarafından feshedildiği hallerde mahkeme feshin geçersizliğine karar vererek feshi geçersiz kılacaktır. Ancak, feshin kötünietli yapıldığı ileri sürülmüş ve ispat edilmiş olsa dahi feshin geçersizliğine karar verilerek çalışanın işe iadesine karar verilmesi çalışanların ayrıca kötüniet tazminatı talep hakkı bulunduğu anlamına gelmeyecektir³⁰.

1.3.1.2. İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan Çalışanlar Bakımından

İş Kanunu'na tabi olup da iş güvencesinden yararlanma hakkı bulunmayan çalışanlar ile İşK.' ya tabi olmayan ve TBK kapsamında hizmet sözleşmesiyle çalışanlar, TBK'nın 434. maddesinde düzenlenen "*Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür.*" hükmü gereğince sözleşmenin işveren tarafından kötünietli feshinden bir başka ifade ile fesih hakkının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı yasağına aykırı olarak kullanıldığını ileri sürebileceklerdir.

İş güvencesine tabi olmayan çalışanlar, haklı fesih veya geçerli fesih olarak ileri sürülmüş olması bakılmaksızın haklı nedenlerin ve geçerli nedenlerin bulunmaması halinde feshin kötünietli olduğunu ileri sürülebilecek, İşK.' dan kaynaklanan kıdem ve ihbar tazminatı haklarının yanında kötüniet tazminatı da talep edebileceklerdir³¹.

³⁰ (Bkz. İkinci Bölüm, 1 nolu başlık altında anlatılanlar)

³¹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s.362

1.3.2. Basın İş Kanunu Kapsamında Çalışanlar Yönünden

5953 sayılı Basın İş Kanunu'na tabi çalışanlar yönünden kanunun 5, 6, 7 ve 8. maddelerinde süreli fesih hakkı düzenlenmiş ve işverenin süreli fesih hakkı iş güvencesi hükümleri kapsamında olacağı, 4773 sayılı kanun 12. maddesi ile Basın İş Kanunu'nun 6. maddesine eklenme yapılmak suretiyle İşK.'daki 17, 18, 19, 20, 21 ve 29. madde düzenlemelerinin kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır³².

Bu nedenle gerek Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrasında gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmal içeren davranışta bulunduğunu ileri sürerek³³; gerekse 12.

³² Yargıtay kararında "İş Hukukunda istisnai ve sınırlayıcı hükümlerin dar yorumlanması gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesi hükümlerine yer vermiş ve genel olarak, 4857 sayılı İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedilemeyeceğini düzenlerken, aynı düzenlemelerde sınırlamalar yer vermiş ve işyerinden otuzdan az işçi çalışıyor, işçinin işyerinde altı aydan az kıdemi var, işçi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor veya işçi işveren vekili veya yardımcısı konumunda çalışıyor ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı belirtilmiştir. Bu sınırlayıcı hükümlerin dar yorumlanması gerekir. İşçinin 6 aylık kıdeme sahip olması da sınırlandıran hükümlerden biridir. Diğer taraftan, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca "herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Objektif iyiniyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararına ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir. İşçinin iş sözleşmesinin altı aylık kıdem koşulunu doldurmasına yakın bir süre kaldığında feshedilmesi halinde, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışmalı bir sorundur. Dairemiz son yıllarda yukarıda belirtilen sınırlandıran hükümlerin dar yorumlanması, hakkın kullanılırken dürüstlük kuralına uyulması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket ederek, somut olayın özelliğine göre 6 aylık kıdem koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmektedir. Diğer taraftan altı aylık kıdem hesabında çalışılan gün ile fesih bildirimini yapıldığı tarihte çalışılan (veya çalışılmış sayılan) günün dikkate alınması gerekir. Kısaca çalışılmış sayılma, hizmet süresi maddi hukuka ilişkin olduğundan, usule ilişkin süre hesaplanması kurallarının burada uygulanmaması gerekir. İşçinin fiilen çalıştığı ilk gün ile son gün süre hesabında nazara alınmalıdır." Y9HD, 18.06.2015, E. 2015/14405, K. 2015/22311 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³³ Yargıtay kararında "...Davacı olayın asıl muhatabı olan muhabir ile savunma biriminde birlikte çalışmaktadır. Haber kaynaklarından kendisi de yararlanmaktadır. Söz konusu yemekte yapılan konuşmaların dışarı sızdırılması kendisinin de güvenilirliğini tartışılır hale getirmiştir. Çalışmasını zorlaştıracak gibi, olayların bu gelişim seyrinin basında yer alması, çalıştığı gazetenin meslek etiğinin eleştirilmesi Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin ilk ve ikinci fıkrasının aradığı sübjektif ve objektif koşulları taşımakta olup anılan maddeye göre davacıya haklı bir fesih hakkı tanımaktadır." Y9HD, 03.03.2003, E. 2003/1375, K. 2003/2718 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

maddesinde gazetecinin hastalık halinin ve 17. maddesinde gazetecinin hürriyetinin tahdidi durumunda özgürlüğünün kısıtlanmasının işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıdığı koşulların oluşmamış olmasına rağmen ve son olarak 4. fıkrasında belirtilen işverene haklı fesih yetkisi vermeyen nedenlerden birinin varlığına rağmen işverenin haklı fesih hakkının varlığından bahisle iş sözleşmesini fesih etmesi durumunda; objektif kıstas ile hakkın kötüye kullanımından bahsedilebilecek bir durumda ve çalışanın bunu ispat etmesinin mümkün olması halinde dahi iş güvencesi hükümlerinden faydalanabildiği için hakkın kötüye kullanımını ileri sürerek kötüniyet tazminatı talep edemeyecektir.

Belirtmek gerekir ki İşK. hükümlerinin bir kısmı doğrudan uygulanamayacak Basın İşK.' ya tabi çalışanlarına, uygulanabildiği ölçüde uygulanması söz konusu olduğundan; İşK. madde 18/e-f bentleri ile 19. maddenin son cümle hükmü Basın İş Kanunu'nda karşılığı bulunmamakla birlikte bu hüküm fesih hakkını oluşturan ve Basın İş Kanunu madde 11/3'de gösterilen sebeplerle mahfuzdur şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

İş Kanunu'na tabi çalışıp da iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak ve uygulama alanı dışında kalan çalışanlar, iş sözleşmesinin işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi halinde, bu feshin hakkının kötüye kullanımını oluşturması niteliğinde ise İş Kanunu'nun 17. maddesi çalışana bildirim süresinin üç katı tutarında olmak üzere tazminat ödeneceği hükmüyle feshe karşı korunmaya çalışılmıştır. Ancak Basın İş Kanunu'na tabi çalışanlar yönünden iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak konumda olmasına rağmen işveren tarafından kötüniyetli fesih sonucu sözleşmesinin feshi halinde kötüniyet tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır³⁴. Gazetecinin iş sözleşmesi, işveren tarafından kötüniyetli feshi oluşturacak şekilde feshedilmiş olsa dahi, ihbar tazminatı dışında kötüniyet tazminatı gibi bir tazminat talep

³⁴ Mehmet UÇUM/Hüseyin KARATAŞ, "Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu- Basın İş Kanunu Karşılaştırılması, Legal İHSGHD, İstanbul 2007, S.14, s.601

hakkı bulunmamaktadır. Ancak koşulların oluşmuş olması halinde genel hükümler göz önüne alınarak maddi ve manevi tazminat hakkı söz konusu olabilecektir.

Öğretide işverenin bildirimli fesih hakkını sınırlandıran ve iş güvencesi sağlayan hükümlerin çalışanlara karşı sağladığı “feshe karşı koruma”, ayrı bir yasa ile düzenlenmeyip İş Kanunu’na eklenen maddeler yoluyla düzenlenmiş olması nedeniyle İş Kanunu’nun uygulama alanı ve kıyasen uygulanacağına dair hüküm gereği Basın İş Kanuna tabi olup da iş güvencesi kapsamı dışında kalan basın çalışanları yönünden fesih serbestisi ilkesinin geçerli olacağını belirterek eleştirmekte ve şartlarının oluşması halinde işverenin kötüniyetli fesihlerine karşı kötüniyet tazminatı talep haklarının bulunması gerekliliğini iş güvencesi sisteminin bütünlüğünün sağlanması açısından gerekli olduğu ileri sürülmüştür³⁵.

1.3.3. Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışanlar Yönünden

854 sayılı Deniz İş Kanunu’nun 14. maddesinin 3.fıkrası ve 4. fıkrasında işveren tarafından sözleşmenin haklı nedenle feshi 16,17 ve 18. maddelerinde ise süreli fesih hakkı düzenlenmiştir. Ancak İş güvencesi hükümleri İşK.’ da düzenlenmiş olup kıyasen sadece Basın İş Kanunu çalışanlarına uygulanacağı belirtildiğinden Deniz İş Kanunu çalışanları yönünden uygulanmayacak bu bakımdan fesih hakkının kötüye kullanımının yaptırımını bu kanun kapsamında çalışanlar yönünden ele alınmamıştır.

³⁵ UÇUM/KARATAŞ, s. 602; F. SAVAŞ, Fesih, s. 148

2. İŞYERİNİN KAPANMASI

İşveren için işyeri açmak nasıl serbestlik kuralı içerisinde yapılabilecek bir eylem ise işyerinin işveren tarafından kapatılabilmesi de aynı özgürlük ve serbesti içerisinde yapılabilecektir³⁶.

İşyerinin kapatılması, işverene çalışanın sözleşmesini sonra erdirmek için haklı nedenle fesih hakkı vermeyecek ancak iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek olan çalışanlar bakımından işverene geçerli fesih hakkı tanıyacaktır. İş yerinin kapanması nedeniyle feshin geçerli fesih olarak kabul edilebilmesi için, çalışana işyerinin kapanacak olduğunun bildirilmiş olması ve fesihte sona çare ilkesi gereğince aynı işverenin birden fazla işyerinin bulunması veya işyerinin bir bölümünün kapatılması halinde çalışanın diğer işyerlerinde veya başka bölümlerde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin araştırılması gerekmektedir³⁷. İşverenin işyerinin tek olması

³⁶ SÜZEK, 2018, s.217; Seracettin GÖKTAŞ, “İşyerinin Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi”, Sicil İHD, Aralık 2009, S.16, s.70-75

³⁷ KESER, Bildirimli Fesih, s. 505-509; “somut olayda, davalı, üretim potansiyelindeki azalma nedeniyle davacının çalıştığı işyerini (ve ... ilindeki bir takım başka şubeleri de) kapattığını, iş akdini bu işletmesel karar nedeniyle feshettiğini savunmaktadır. Ancak, mahkemece tensip zaptında davalıdan fesih bildirim ve dayanağı tüm belgeler istenmesine, hatta bu hususta davalıya müzekkere de yazılmasına rağmen, davalının herhangi bir fesih bildirim ya da işletmesel karar sunmadığı görülmektedir. Ayrıca, davalı tanığı ... da duruşmada “kendisinin de davacı gibi montaj işçisi olup halen davacı ile birlikte çalıştıkları yerde çalışmaya devam ettiğini, işyerinin kapanmadığını, davalı ...'in ... ilindeki şubeleri başka bir şahsa devrederek ... 'ye merkeze yani imalathaneye döndüğünü, devir esnasında kendilerine birtakım belgeler imzalatıldığını, davacı ile birlikte imzalamayan işçilerin iş akitlerinin sonlandırıldığını” beyan etmiştir. Davacı da davalı işverenin ... 'daki çalıştığı şube ile birlikte toplam 5 adet şubesinin fesih tarihinden sonra faal olduğuna dair, fotoğraflama tarihini de içeren fotoğraflar sunmuş; fesih tarihinden 6 ay sonra çalıştığı şube dışında ... 'da başka bir şubeden kesilen bir adet faturayı ibraz etmiştir. Cevap dilekçesi ve temyiz dilekçesi içeriğine göre davalının da kabul ettiği üzere, davalı firmanın Türkiye çapında çok büyük bir firma olduğu, ... ilinde ve muhtelif illerde şubelerinin bulunduğu, firma merkezinin ise ...'de olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, davalı işveren, davacının çalıştığı şube ve ... ilindeki şubeleri dava dışı şahsa devredip giderken, davacıya, başka işyerlerinde çalışma teklifi götürüldüğüne dair bilgi-belge de sunmamış, feshi son çare olarak başvurduğunu da ispatlayamamıştır. O halde, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyulmadığından, fesih geçersiz olup mahkemenin işe iade kararı isabetlidir. Ancak, mahkemece, davacının fesihten önceki işyerindeki işe iadesine karar verilmiştir. Dosya kapsamına göre, davacının çalıştığı şubenin adresi ... Mahallesi, .../... olup, ... Ticaret Odasının sunduğu tescil ve ilan bilgisine göre, bu adresteki işyeri şahıs firması (şube) olup şahsın başvuru dilekçesinden şubeyi kapattığı keyfiyetin TTK' ya uygun olarak 14.08.2014 tarihinde tescil edildiği ilan olunmuştur. Hatta, ... ilindeki toplam 4 şube için de aynı işlem yapılmıştır. Davalı tanığının anlatımına göre de, ... ilinde davalı ...'e ait işyeri kalmadığı,

veya işyerinin bir bölümünün kapatılmasının söz konusu olmadığı hallerde fesihle son çare ilkesinin de uygulanmış olması aranmayacak, bununla birlikte iş sözleşmesinin feshinde işyerinin kapanacağına çalışana bildirilmemiş olması veya işe iade davası devam ederken işyerinin kapanması durumunda eğer işyerinin kapanması sözleşmenin fesih nedeni olarak gösterilmiş olması halinde fesih geçersiz kabul edilecektir³⁸.

İşyerinin kapanması iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak çalışanlar yönünden ise bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesiyle veyahut bildirim süresinin sonunda iş sözleşmesini sona erdiren bir durumdur.

Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesinde belirtilen ve daha önce incelemiş olduğumuz dürüstlük kuralına aykırı olarak salt çalışanların İşK.' dan kaynaklanan bir takım yasal haklarına kavuşmasını engellemek amacıyla işyerini gerçek, samimi ve sürekli olmayacak şekilde kapatma³⁹; hakkının kötüye kullanılmasını oluşturacak⁴⁰

bunları başka şahsa devrettiği, davacının çalıştığı şubenin de faal olduğu ancak el değiştirdiği, halen ... lı isminde dava dışı bir şahsın işlettiği anlaşılmaktadır. O halde, mahkemece, davacının fesihle önceki işyerine işe iade edilmesi hatalıdır. Yapılan bu tespit ve değerlendirmelere göre, davalı işverence yapılan fesih hem biçimsel koşullar yönünden hem de esas yönünden geçersiz olup davalının Türkiye genelinde başka işyerleri de bulunduğu anlaşıldığından, davacının davalı işyerine işe iadesine karar verilmesi gerekirken fesihle önceki işyerine iadesi ve karar verilmiş olması hatalı olmuştur.” Y7HD, 11.02.2016, E. 2015/37443, K. 2016/2763 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁸ GÖKTAŞ, s. 72-73

³⁹ KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.331; Yargıtay kararında “işçinin açtığı davada feshin geçersizliğine işverenin feshin son çare olması ilkesine uymadığı gerekçesi ile karar verildiği durumlarda, başlatılacak iş ister istemez aynı iş veya işyeri olmayacaktır. Zira bu şekildeki tespitle işçinin önceki işine veya işyerine (işyeri nakli-bölüm kapanma-sağlık nedeni gibi) verilmeyeceği kabul edilmekte, ancak işverenin başka bölümde değerlendirme olanağı olduğu bu nedenle feshin geçersiz olduğuna karar verilmektedir. Bu şekildeki karardan sonra işe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işe veya işyerine işe iade olanağı kalmadığı için, işveren öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturmayacak şekilde iş teklifi yapmalı, bu olanak yoksa o zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunmalıdır. İşçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda, eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. İşverenin yeni iş teklifi iş şartlarında esaslı değişiklik sayılacak nitelikte ise, bu durumda işveren 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca hareket etmeli ve değişiklik feshine gitmelidir. Bu durumda değişiklik geçerli nedene dayanacağından, bu fesih tarihi itibarı ile işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ile boşta geçen süre için dört aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmeli, ancak işe başlatmama tazminatı işe başlatma koşulu işçinin değişikliği kabul etmemesi nedeni ile gerçekleştirildiği dikkate alınarak ödenmemelidir ki, bu durum işe başvuru anında

işverenin bu nitelikteki eylemi bir başka ifade ile işyerini kapatmasıyla sözleşme sona ermeyeceği için, işyerinin kapatılmamış sayılmasıyla sonuçlanacaktır⁴¹.

İşyerinin işveren tarafından kötünietli kapatılmış olması durumunda, şayet işveren tarafından işletmesel karar alınmış olduğu ileri sürülmüş ise, işverenin bu kararı yerindelik denetimine tabi tutulamayacak ancak çalışan keyfilik denetimi yapılmasını talep ederek işverenin bu hakkını kullanırken TMK madde 2 de belirtilen dürüstlük kuralına aykırı davrandığını ileri sürebilecek ve bunu ispat etmesi çalışandan beklenecektir⁴². Çalışanın işyerinin kapanmasında keyfilik olduğunu ileri sürerek ispatlaması halinde İşK. 'ya tabi ve iş güvencesi hükümleri kapsamında olan çalışanlar bakımından yapılan fesih geçersiz kabul edilerek işe iadesi, işe iadesi işyerinin kapatılmış olması nedeniyle mümkün değil ise en çok dört aya kadar boşta geçen süre ücreti ile İşK.17. Maddesinde belirtilen ihbar süresine bağlı olarak işe başlatmama tazminatına; iş güvencesi kapsamında olmaması halinde ise kıdem ihbar tazminatı yanında kötüniet tazminatı talep edilebilecektir.

Çalışan tarafından işyerinin kapatılması ile ilgili olarak yaptığı itiraz ile keyfilik denetimi sonucunda işverenin işyerini işletmesel karar sonucu kapattığı veya çalışanın iddiasını ispatlayamadığı takdirde, işe iade kararı verilemeyecek bu nedenle de çalışanın işe iadesine hükmedilemeyeceği gibi boşta geçen süre ücret alacağı talebinde de bulunamayacaktır⁴³.

işyerinin kapanması halinde de geçerlidir.” Y22HD, 17.09.2014, E. 2013/16121, K. 2014/24211 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁰ SÜZEK, 2018, s.218

⁴¹ NARMANLIOĞLU, İş Güvencesi, s.644

⁴² GÖKTAŞ, s. 71

⁴³ GÖKTAŞ, s. 71

Çalışanın iş sözleşmesinin feshinin haksız veya geçersizliğinin mahkemece tespitiyle işe iadesine karar verilmiş ancak işyerinin kapanmış olması durumunda Yargıtay⁴⁴ her ne kadar çalışanın iade edileceği bir işyerinin olmasa dahi çalışanın geçersiz feshin sonuçlarından yararlanarak hem boşta geçen süre hem de işe başlatmama tazminatını talep edebileceğini belirtirken; bizim de katıldığımız Öğretideki bir görüşe göre ise çalışan bu durumda yalnızca boşta geçen süre ücretini talep edebilecekken iş güvencesi tazminatı olan işe başlatmama tazminatının bir seçimlik hak olmaması nedeniyle işverence işe başlatılmama söz konusu olduğu için çalışanın iş güvencesi tazminatı talep hakkı olmayacaktır⁴⁵.

3. SENDİKA ÜYELİĞİ

Aynı menfaat birliğine sahip kişilerin iş ve kazanç koşullarını iyileştirmek ve korumak için bir araya gelerek kurdukları örgütsel yapıya sendika denilmektedir⁴⁶. Kanundaki tanımıyla sendika STİSK'in 2. maddesinin 2. bendinde "*İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak*

⁴⁴ "Mahkemece, dava konusu işyerinin kapandığı, kapatma işleminin İş Kanunu'nun 29. maddesine uygun olduğu, işçinin çalıştırılacağı işyeri kapanmaması nedeni ile işçinin çalıştırılacağı yerin kalmadığı, verilecek işe iade kararının bir anlamının kalmayacağı, işyerinin kapanması nedeni ile davanın konusuz kaldığı gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Davacının iş sözleşmesinin <işyerinde yeniden, siparişlerin azlığı ve genel ekonomik nedenler> gerekçe gösterilerek feshedildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır, işyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde işyeri faal durumdadır. Fesihten yaklaşık 4 ay sonra işyerinin kapanmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira, fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Davalı işveren fesih bildiriminde ekonomik nedenlere dayanmasına rağmen feshin gerçekleştiği 2005 yılı Mart ayı itibari ile yeni işçi aldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Buna göre fesih tarihi itibari ile geçerli bir fesihten söz edilemez. Davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken işyerinin fesihten sonra kapanmış olduğundan söz edilerek davanın konusuz kaldığı ve bu nedenle karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması hatalıdır. Belirtmek gerekir ki, fesihten sonra işyerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukuki sorundur. Bu husus, ileride açılacak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır. Mevcut olgulara göre davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması hatalıdır." Y9HD, 25.12.2006, E. 2006/27396, K. 2006/34577 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁵ GÖKTAŞ, s. 74

⁴⁶ TUNCAY/KUTSAL, s.3-4; Ömer EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku Dersleri (Toplu İş), İstanbul 2018, s. 28; Esra BASKAN, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara 2013, s.3;

ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar” olarak ifade edilmiştir. Sendika sadece çalışanların oluşturduğu bir örgütlenme olmayıp aynı zamanda işverenlerin de benzer bir yapılanmaya gittikleri görülmüştür. Sendika, dayanışma yoluyla ortak çıkarların korunması ve geliştirilmesi adına birleşerek güçlü olma felsefesinden doğmuş ve tarihsel gelişimi incelendiğinde⁴⁷ çalışanlar için meslek kuruluşu olarak serbest iradeyle kurulması nedeniyle barolar, ticaret odaları gibi diğer meslek örgütlerinden ayrılarak önemli bir yapı haline gelmiştir⁴⁸.

Sendika özgürlüğü önceden izin almadan, hiçbir baskı altında olmadan, sendika kurabilme, üye olabilme, sendikal faaliyetlerde bulunabilme, üyelikten ayrılabilme veya sendikal faaliyetlerden uzak kalma⁴⁹ haklarının bütününe içine alan, bireysel ve toplu veya olumlu ve olumsuz şekilde tezahürü olan özgürlüğü ifade eder⁵⁰. Anayasanın 51.

⁴⁷ TUNCAY/KUTSAL, s.4-10; EKMEKÇİ, Toplu İş, s. 1-4

⁴⁸ TUNCAY/KUTSAL, s.3; Melda SUR, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 7. Bası, Ankara 2017, s.25

⁴⁹ “...Davacı işçi sendika üyesi olup sendikal faaliyette bulunmaktadır. Davacının sendikal faaliyet sırasında irtibata geçtiği diğer çalışanlara karşı hakarete varabilecek şekilde sözler söylediği tanık beyanlarından anlaşılmıştır. Sendika özgürlüğü kavram geniş bir kavram olup, işçinin sendika kurma özgürlüğünü kapsadığı gibi, sendikaya üye olma, üye olmama, üyelikten çekilme ve yasal sınırlar içinde sendikal faaliyetlere katılma özgürlüğünü de içerir. Bu hak ve özgürlükler Anayasa ve yasalardan kaynaklanır. Şüphesiz hiçbir hak ve özgürlük başkalarını rahatsız edecek ve onların hak ve özgürlüklerine zarar verecek şekilde kullanılamaz ve hakkın kötüye kullanılmasını kanun korumaz. Davacının sendikal faaliyet sırasında üye olmayan işçilerin, üye olmalarını sağlamak yönündeki baskıcı tutum ve davranışlarının işyerinde olumsuzluklara neden olup iş barışı ve düzenini bozucu nitelikte olduğu ve işverence iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceği anlaşıldığından iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığı anlaşılmakla mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken davacının işe iadesine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.” Y7HD, 19.02.2015, E. 2014/18165, K. 2015/1948 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵⁰ TUNCAY/KUTSAL, s.28; EKMEKÇİ, Toplu İş, s. 98; BASKAN, s. 7; “işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği korumaları veya üyelikten istifa etmeleri şartına bağlı tutulamayacağı ilk fıkrada hükme bağlanmıştır. Sözü edilen maddenin ikinci fıkrasında ise, işverenin, sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı kuralı getirilmiştir.” Y9HD, 30.05.2016, E. 2015/31977, K. 2016/12709 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Maddesiyle⁵¹ güvence altına alınmış olan bireysel sendika özgürlüğü “bireylerin sendika kurma, kurulmuş olan sendikalara üye olma, sendikadan ayrılabilme veya sendikaya üye olmaya zorlanamama⁵²” hakkıdır. Sendika özgürlüğü aynı zamanda 6356 sayılı yasa ile düzenlenmiş sendika özgürlüğüne bağlı haklar tanımlanmış ve aykırı tutum ve davranışların yaptırımları belirlenmiştir.

Çalışanın bahsetmiş olduğumuz özgürlük kapsamında sendikal hakkın tanımında yer alan özgürlüğünü kısıtlayacak veya ortadan kaldıracak şekilde iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi sendikal fesih olarak adlandırılmaktadır. Belirtelim ki sendikal feshin ilk koşulu çalışanın sendikal haklarının kullanılmasına işveren tarafından fesih yoluyla engel olunmasıdır⁵³.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’ nun 17. maddesinin 3. fıkrasında “*Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz. İşçi veya işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamaz. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilir. İşçi ve işverenlerin bu hükme aykırı şekilde birden çok sendikaya üye olmaları hâlinde sonraki üyelikler geçersizdir.*” hükmü yer almakla bu düzenlemeye göre çalışan ancak “aynı iş kolunda kurulmuş sendikaya” üye olabilecek ve farklı bir iş kolunda sendika üyesi çalışanın iş

⁵¹ Anayasa’nın 51. maddesi: “(Değişik: 3/10/2001-4709/20 md.) Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir. Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.” şeklindedir.

⁵² **TUNCAY/KUTSAL**, s.31; aynı yönde değerlendirme için bkz. **BASKAN**, s. 7; **SUR**, s.29

⁵³ **TUNCAY/KUTSAL**, s.115; **BASKAN**, s. 80

sözleşmesinin feshinin sendikal nedenle yapıldığı ileri sürülemeyecektir⁵⁴. Aynı maddenin 4. fıkrasında da “*Bir işyerinde yardımcı işlerde çalışan işçiler de işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir.*” hükmü getirilmiştir. Buna göre Öğretide belirtildiği üzere işyeri sınırları ve organizasyonu esas alınarak iş kolu tespit edilecek farklı iş kollarının söz konusu olduğu işyerleri için “Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin girdiği işkolundan sayılır.” şeklindeki kural, uygulanmayacaktır⁵⁵.

Zira 6356 sayılı Kanun'un 2/1, 3. maddesi ile 3/1 maddesi sendikaların *iş kolu esasına* göre örgütlenebileceğini düzenlemiştir⁵⁶ olup 4/2. maddesinde ise “*Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde, asıl işin girdiği işkolundan sayılır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Öğretide iş kolu esas alınarak asıl iş ve yardımcı iş ayrımının işyerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucu neticeye varılarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde her işveren için iş kolu tespitinin ayrı ve bağımsız yapılması gerektiği⁵⁷ ileri sürülmekle birlikte Yargıtay “işyeri sınırları ve organizasyonu içerisinde yürütülen işler” göz önüne alınarak alt işverenin asıl işverenden bağımsız alt işverenin ayrı bir iş kolunda faaliyette bulunması durumunda “işkolu asıl işverenin

⁵⁴ “... işyerinde çalışan Sendika üyeliğine itiraz edilen işçilerin SGK işe giriş bildirgelerine göre işe giriş ve üyelik fişlerindeki Sendika Üyelik tarihleri dikkate alınarak, işkolu tespitinin sonucuna göre sendika üyeliklerinin geçerli olup olmadığı da tespit edilmelidir.” Y7HD, 31.12.2013, E. 2013/23890, K. 2013/24204; “6356 sayılı Yasanın m. 17/3 hükmüne göre “İşçi veya işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamaz. ... İşçi ve işverenlerin bu hükme aykırı şekilde birden çok sendikaya üye olmaları hâlinde sonraki üyelikler geçersizdir.” Somut uyuşmazlıkta bazı işçilerin davalı sendika üyeliği dışında başka sendika üyeliğinin de bulunduğu iddia edilmiştir. Mahkemece bu iddianın araştırılması, iddiaya konu işçilere ait hizmet bilgilerini içerir kayıtların, ayrıca ilgili sendikalardan üyelik bilgilerine ilişkin belge asıllarının getirilmesi ve birden çok üyeliği olan işçilerin bulunduğu tespit edilmesi halinde yukarıda belirtilen yasa hükmü gereğince sonraki sendika üyeliğinin geçersiz olduğunun kabulü gerekmektedir. Mahkemece bu araştırma yapıldıktan sonra, davalı sendika üye sayısı net olarak ortaya konulmalı ve talep sonucu değerlendirilmelidir.” Y9HD, 31.05.2016, E. 2016/14034, K. 2016/12874 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵⁵ EKMEKÇİ, Toplu İş, s.78; SUR, s.85-91

⁵⁶ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 41; TİS imzalandıktan sonra iş kolunda meydana gelen değişiklikler sözleşmenin uygulanmasına ve “işçi sendikasının taraf sıfatına bir etkisi” olmayacağı bir sonraki dönem için etkili olacaktır. EKMEKÇİ, Toplu İş, s.254

⁵⁷ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 46; SUR, s.84-91

yaptığı işe göre belirlenmeyecek, alt işverenin işkolu tespitinin, asıl işverenden ayrı olarak yapılması” gerektiğini “birbirinden ayrı işyerlerinde farklı işkoluna giren işler yapılıyorsa, asıl iş yardımcı iş kavramı geçerli olmayacağını” kabul etmektedir⁵⁸.

Öte yandan sendikal fesihden söz edilebilmesi için her şeyden önce çalışanın sendikaya üyeliğinin varlığı gereklidir. Belirtelim ki üyelik için çalışanın sendikaya başvurusu yeterli olup onaylanmış olup olmadığının bir önemi olmayacaktır⁵⁹. Sendikal fesih ancak fesih nedeni ile üyelik arasında illiyet bağı kurabiliyorsa söz konusu olacaktır⁶⁰.

Özetle sendikal nedenle fesih iddiasının öncelikle çalışanın sendika üyeliği açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışanın bağlı bulunduğu işyerinde sendikal örgütlenme olup olmadığı ve çalışanın sendika üyesi olarak hizmet sözleşmesini ifa edip etmediği bu durumda önem kazanmakla birlikte sendika üyesi

⁵⁸ “Davacı işçinin, uyuşmazlığa konu dönemde, davalı ...’nın hizmet alım sözleşmesine konu işlerinde, alt işveren işçisi olarak çalıştığı sabittir. Alt işveren işçisi, alt işverene ait işyerinin dahil olduğu iş kolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir. Alt işverenin işyeri asıl işverenden bağımsız olduğundan, işkolu asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenmez. Alt işverenin işkolu tespitinin, asıl işverenden ayrı olarak yapılması gereklidir. 6356 sayılı Kanun'un 4/2. maddesinde öngörülen “Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin girdiği işkolundan sayılır.” şeklindeki kural, bir işyeri sınırları ve organizasyonu içerisinde yürütülen işler için önem taşır. Yoksa, birbirinden ayrı işyerlerinde farklı işkoluna giren işler yapılıyorsa, asıl iş yardımcı iş kavramı geçerli olmaz. Aynı Kanun'un 17/4. maddesindeki “Bir işyerinde yardımcı işlerde çalışan işçiler de işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir.” hükmü açısından da aynı husus geçerlidir. Anılan sebeple, alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin, asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi doğru değildir. Alt işveren işçileri, alt işverene ait bağımsız işyeri çalışanları olduklarından, bağlı buldukları işkolunun, asıl işverenden ayrı olarak belirlenmesi gerekir.” Y22HD, 24.01.2017, E. 2017/475, K. 2017/812; Y22HD, 24.01.2017, E. 2017/475, K. 2017/812 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵⁹ **TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL**, s.95-99; **EKMEKÇİ**, Toplu İş, s. 80; **BASKAN**, s. 93, “Davacı 28.05.2003 tarihinde sendikaya üye olmuştur. Dosyada mevcut işten ayrılma bildirgesinden davacının sendika üyeliğinden önce 22.05.2003 tarihinde işten çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Davalı işverenin bu tarihten önce davacının sendika üyeliğinden haberdar olduğu ve davacının başkaca sendikal faaliyette bulunduğu da kanıtlanamamıştır. Buna göre davacı sendikal nedenlerle hizmet akdinin feshedildiğini ispatlayamadığından bu yöndeki talebin reddi gerekir.” Y9HD, 27.12.2004, E. 2004/15026, K. 2004/29674 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁶⁰ **BASKAN**, s. 95; **SUR**, s.57-59

olma hakkına sahip olmayan⁶¹ veya farklı işkolunda kurulmuş olan sendikaya üye olan bir çalışanın sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde sendikal fesihden söz edilmeyecektir⁶².

Çalışanın sendikal haklarını kullanması bakımından getirilen koruma işyerinde örgütlenmiş olan sendikayı temsil ederek, işyerindeki sorunları ve aynı zamanda işyerindeki sendikal işleyişi takip ederek işyerinde “sendika adına hareket etme görev ve yetkisi verilen üye” olan işyeri sendika temsilciliği için de söz konusudur⁶³. STSK’nın 24. maddesine göre “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez.” hükmü ile sendika temsilcileri için işyerinde sendikal faaliyetleri nedeniyle görevlerini yerine getirirken işverenin baskısından uzak tutulması amaçlanmıştır.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi’nin 25. maddesi herhangi bir ayırım yapılmaksızın, iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmamasına bakılmaksızın tüm çalışanlar bakımından uygulanacak dolayısıyla hem sendikal tazminat isteyebilecekler hem de işe iade davası açabilirler⁶⁴.

Belirtmek gerekir ki işyerinde sendikalı çalışan feshin sendikal nedenle yapıldığı iddiasını ispat etmek zorundadır⁶⁵. Feshin sendikal nedenle yapıldığının ispatı sadece

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İşçi Sendikası Üyesi Olmanın Koşulları **TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL**, s. 89-92

⁶² **TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL**, s. 118; **BASKAN**, s.92

⁶³ **TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL**, s.136-142; **BASKAN**, s.126; **SUR**, s.64

⁶⁴ **TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL**, s.115; **SÜZEK**, 2018, s.554; **EKMEKÇİ**, Toplu İş, s.110-111

⁶⁵ **SUR**,s.56; “Davacı iş sözleşmesinin sendikal sebeplerle feshedildiğini ileri sürmüş ise de, dosyadaki bilgi ve belgelere göre işyerinde 31.12.2009 tarihinden sonra söz konusu sendikanın yetkili olmadığı, işletmesel karar nedeniyle iş akdi feshedilen 15 işçinin kıdemli işçiler olup sadece 5 işçinin sendika üyesi olması 248 çalışan bulunan işyerinde 15 sendika üyesi işçi bulunduğu da gözetildiğinde feshin sendikal sebebe dayandığı iddiası davacı tarafından ispatlanamadığından davacının bu yöne dair

tanık beyanlarıyla ortaya konulamayacaktır⁶⁶. İş güvencesi kapsamına giren çalışanlar yönünden işe iade ve bunun hukuki sonuçları bir başka ifade ile işe iade yerine STSK'nın hükümlerine göre sendikal tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır⁶⁷. Bu yönüyle işveren tarafından yapılan feshin iş güvencesine tabi çalışanlar yönünden sendikal nedenle yapıldığı iddiası söz konusu ise 25. maddenin 5. fıkraya hükmü gereğince işe başlatma veya başlatmamaya bağlı olmaksızın, işe başlatmama tazminatını çalışanın bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedebilecektir.

Ancak sendikal tazminatın kazanabilmesi için başvuru koşulu gerekmemekte buna rağmen çalışanın işe iade davası sürecinde boşta geçireceği dört aylık ücrete hak kazanabilmesi için işverene başvuruda bulunarak işe başlatılmasını talep etmek zorunluluğu vardır⁶⁸. *Baskan*'a göre çalışanın sendikal haklarını kullanması nedeniyle işveren tarafından yapılan baskılara dayanamayarak sözleşmeyi kendisinin feshetmesi de sendikal fesih olarak kabul edilmelidir⁶⁹.

teyiz itirazı yerinde değildir” Y22HD, 16.01.2017, E. 2016/33408, K. 2017/67(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁶⁶ **SUR**,s.59;“sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, iş yerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, iş yerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, iş yerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir. Somut uyuşmazlıkta, davacının sendikal nedenle fesih iddiasında bulunup, davacı tanıklarının da bu iddiayı doğrulayan beyanlarda bulunması karşısında mahkemece sendikalaşma süreci kronolojik olarak değerlendirilmeli, sendikaya üye olan ve davalı iş yerinde çalışan toplam işçi sayısı ve üyelik tarihleri belirlenmeli, sendika üyeliğinden istifa etmesine karşın iş akdi sonlandırılan işçilerin olup olmadığı, sendikalı olup, iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin yerlerine yeni işçi alınıp alınmadığı, alınmış ise alınan işçilerin sendika üyesi olup olmadıkları araştırılmalıdır. Eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” Y9HD, 27.03.2017, E. 2016/7320, K. 2017/4974 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁶⁷**TUNCAY/KUTSAL**, s. 111-115; **Haluk Hadi SÜMER**, “İş sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi”, Sarper SÜZEK' e Armağan, İstanbul 2011, Cilt II, s. 1623- 1664

⁶⁸ **EKMEKÇİ**, Toplu İş, s.105

⁶⁹ **BASKAN**, s.81

4. İŞÇİNİN İŞVEREN ALEYHİNE ŞAHİTLİK YAPMASI VEYA ŞİKAYET ETMESİ

Çalışanın Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına işe giriş bildirgesinin geç verilmesi nedeniyle gerek kuruma şikayette bulunması ve gerekse dava açarak işe başlama tarihinin bildirilenden farklı olduğunun tespitini istemesi⁷⁰, ücretinin bir kısmının Sosyal Güvenlik Kurumuna beyan edilen prime esas kazançları dışında tutularak işveren tarafından elden ödenmesi ve bu nedenle de yaşlılık aylığının temel unsuru olan ortalama aylık kazançlarının düşük olması sonucunu doğuracak olması karşısında daha düşük bir yaşlılık aylığı bağlanmasının önüne geçmek için şikayette bulunmasına bağlı olarak işverenin çalışanın iş sözleşmesini fesih etmesi halinde hakkın kötüye kullanımı suretiyle iş sözleşmesinin feshi söz konusu olacaktır.

Çalışanın işvereni şikayetinin haklı veya haksız olması ya da özel kuruluşa veya resmi bir kuruluşa yapılmış olması fesih hakkının kötüye kullanılması bakımından önem arz etmeyecek olup, çalışanın eylemi ile işverenin iş sözleşmesini fesih nedeni arasında şikayetin hemen ardından olması, şikayetin öğrenilmesini müteakiben fesih yapılmış olması veya objektif anlamda bu sebeple fesih işleminin yapıldığını ortaya koyan diğer çalışanların beyanları gibi bir bağlantının bulunması gerekecektir.

⁷⁰ “Mahkeme iş müfettişi raporunda geçen davalı şirketin eski isminin A... Makine San. ve Tic. A.Ş. olmasından dolayı işe giriş tarihinin 31.01.2002 olduğunu kabul etmiştir. Dosya içeriğinde davacının A... firmasına yaptığı iş başvurusu formunun düzenleme tarihi 30.12.2002'dir. Davacı 14.02.2008 tarihinde davalı işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğüne şikâyet etmiştir. Şikâyet dilekçesinde " gazetede otelde çalışacak eleman arandığı ilanını görünce 31.12.2002 günü Polat Rönesans otele gittim. Aynı gün E. hanım mülakat yaptı ve işe başladım. Ama resmi girişim 11.03.2003 de yapıldı..." şeklinde beyanda bulunmuştur. Davacının Bölge Çalışma Müdürlüğüne yaptığı şikâyet dilekçesindeki beyanı bağlayıcıdır. Kaldı ki davacının şikâyet dilekçesinde belirttiği 31.12.2002 tarihi A ... firmasına yaptığı iş başvurusundaki tarih ile de uyumludur. Bu sebeple işe giriş tarihinin 31.1.2002 olarak kabulü hatalıdır. Davacı tanığının beyanı da davacının 31.01.2002 tarihinde işe başladığını kanıtlamaya yeter mahiyette değildir. Davacının Bölge Çalışma Müdürlüğüne yaptığı şikâyet dilekçesindeki beyanı dikkate alınarak işe giriş tarihi 31.12.2002 olarak kabul edilerek davaya konu istekler hesaplanmalıdır.” Y9HD, 19.09.2013, E. 2011/25252, K. 2013/23203 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

İş güvencesi hükümlerinden faydalanan çalışanlar yönünden geçersiz feshe ilişkin yaptırımlar söz konusu olacakken iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak olan çalışanlar yönünden feshin kötünietli olması nedeniyle kötüniet tazminatı talep hakkı doğacaktır. Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere çalışanın işveren aleyhine tanıklık yapması halinde de çalışan kötü niyet tazminatına hak kazanacaktır⁷¹.

Çalışanın iş sözleşmesinin devam ederken şikâyette bulunabileceği gibi iş sözleşmesinin feshedilmesi üzerine de şikâyette bulunabilir. Bu durumda işverenin kötünietli feshinden bahsedebilmek için sözleşmenin devamı sırasında çalışanın şikayet etmiş olması⁷² veyahut yine çalışanın adli bir makam karşısında savcılık tarafından yürütülen bir soruşturma veyahut işverenin aleyhine açılmış bir davanın görülmesi sırasında şahit olarak dinlenmesi esnasında işverenin aleyhine olacak şekilde ancak somut vakıalara uygun olarak doğruları söylemiş olmasına bağlı olarak işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi halinde söz konusu bu feshin kötünietli bir fesih olması söz konusu olabilecektir. Sözleşmenin feshinden sonra yapılmış olan şikayetlere bağlı olarak işverenin kötü niyetinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

⁷¹ “...davacının işverene karşı dava açan diğer bir işçinin açmış olduğu davada tanıklık yaptığı ve bunun ardından işverence iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının diğer dosyada tanıklık yaptığı sabit olup, davacı tanıkları da tanıklık sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiğine dair beyanda bulunmuşlardır. Bu durumda kötü niyet tazminatının kabulüne karar verilmelidir.” Y9HD, 03.05.2005, E. 2004/21000, K. 2005/15399 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷² “...Geri çevirme kararı sonrası Mahkemece yapılan araştırmada davacının adı geçtiği M. C. B. tarafından yapılan şikayet dilekçesi ve Bölge Çalışma Müdürlüğü teftiş raporuna rastlanmamış ise de davacının posta yoluyla gönderildiğini iddia ettiği işleme dair barkod numarası üzerinden yapılan araştırmada bu gönderinin Bayrampaşa PTT de işlem gördüğü ancak zamanaşımı sebebiyle arşiv kaydına ulaşılamadığı belirtilmiştir. Ancak V. A. isimli başka biri tarafından yapılan benzer bir şikayet dilekçesi ve teftiş raporu gönderilmiştir. Bu şikayet neticesinde işyerinde teftişin davacının sözleşmesinin fesih tarihi olan 22.12.2008 tarihinden sonra 12.2.2009 tarihinde yapıldığı ve davacının dava dilekçesindeki işten gerekçesiz atıldığı şeklindeki açıklamasından davalının öncesinde kendisinin şikayet edildiğine dair bilgi sahibi olduğuna dair başkaca yazılı delil bulunmadığından davacının kötü niyet tazminatının reddi yerine kabulü hatalıdır.” Y9HD, 14.01.2015, E. 2014/36292, K. 2015/489 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Çalışanın iş güvencesi hükümlerinden faydalanmasına yönelik hakkının bulunup bulunmadığına bağlı olarak kötüniyet tazminatı talep hakkının varlığı tespit edilebilecek olup tekrara düşmemek amacıyla daha önceki açıklamalar ile yetinilecektir.

5. DİĞER BENZERİ DURUMLAR

Hakkın kötüye kullanımının kıstasları başlığı⁷³ altında ayrıntılı olarak incelediğimiz kötüniyetli fesih durumlarıyla benzer olarak Yargıtay kötü niyet teşkil eden bazı davranış ve fesih şekillerini kararlarında belirtmiştir. Buna göre: “İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması⁷⁴” “gelecekte, bir başka ifadeyle bildirim süresi içinde doğacak bir haktan mahrum bırakmak maksadıyla çalışanın iş sözleşmesinin feshedilmesi⁷⁵”, “çalışanın, işverenin yasadan kaynaklanmayan bir arzusunu yerine getirmemesine binaen sözleşmesinin feshedilmesi⁷⁶”, “ihtiyaçlar dışında görev değişikliğiyle çalışanın işyerindeki mevcut

⁷³ Bkz. Birinci Bölüm, 3.1.4 başlık altında anlatılanlar

⁷⁴ “İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.” Y9HD, 11.04.2012, E. 2010/5223, K. 2012/12368 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷⁵ Yargıtay, iş güvencesinden yararlandırmamak amacıyla çalışanın iş sözleşmesinin feshedilmesini dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur. “Altı aylık süre zarfında iş sözleşmesinin feshinde 18'nci maddede düzenlenen geçerli sebepler aranmaz. Süreli fesih yoluyla iş sözleşmesinin feshi mümkündür. Ancak, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla, işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine birkaç gün kala feshetmesi, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz kılınabilir.” Y9HD, 15.10.2010, E. 2009/30688 K. 2010/29172 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷⁶ Yargıtay, sendika üyesi olan ve üyelikten istifa etmesi istenen çalışanların sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi karşısında sendikal tazminata hükmetmiştir. “...Ancak sürece göre davacının sendika üyesi olması ve üyelikten istifa etmemesi sebebiyle işine son verildiği, tanık anlatımı, yetki tespiti, yetkiye itiraz, sendika üyesi olmayan veya sendika üyeliğinden istifa edenlerin iş sözleşmelerinin feshedilmemesi gibi karinelere iş sözleşmesinin feshin sendikal nedene dayandığını gösterdiği anlaşılmaktadır” Y9HD, 14.02.2011, E. 2010/47933 K.2011/3254 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

pozisyonunu gerileterek verimsiz ve başarısız kılınması ve bunu feshe neden yapılmış olması⁷⁷”, “çok sayıda çalışanın sözleşmesinin meşru ve makul bir nedene dayanmayarak feshedilmesinin akabinde yerlerine hemen yeni çalışanların alınması⁷⁸” ve “yasadan kaynaklanan meşru haklarını kullanan çalışanın sözleşmesinin feshedilmesi⁷⁹”, “çalışanın iş sözleşmesinden kaynaklanan işçilik alacaklarının ödenmemesi nedeniyle işverene ihtarname göndermek suretiyle talep hakkını kullanan çalışanın iş sözleşmesinin feshedilmesi⁸⁰”, kadın çalışanın hamileliği nedeniyle rapor alması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi⁸¹”, “çalışanın kişisel özellikleri örneğin ırkı, kökeni, cinsiyeti ve dünya görüşü gibi sebeplerle iş sözleşmesinin feshedilmesi”, “çalışanın emeklilik hakkını kazanamamış olmasına rağmen yaşlanmış olması halinde” kötü niyetli fesih olarak vurgulanmıştır⁸². Yargıtay ayrıca vermiş olduğu bir kararda, çalışanın iş sözleşmesinin feshini sağlamak adına iş sözleşmesinin bir hükmünün uygulamaya konulmasını yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğinde kabul etmiştir⁸³.

⁷⁷ “...İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.” Y7HD, 01.03.2016, E. 2014/31770, K.2016/4503 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s.441

⁷⁹ Yargıtay, yasa dışı direnişe katıldığı gerekçesiyle çalışanın sözleşmesinin feshedilmesi karşısında demokratik bir hakkın kullanımının söz konusu olduğuna ve feshin geçersizliğine karar vermiştir. Y7HD, 11.06.2014, E. 2014/7358, K. 2014/13055 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁰ Y9HD, 08.04.1991, E. 1990/4473, K. 1991/7311(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸¹ Y9HD, 22.03.1997, E. 1997/22900, K. 1997/6115 bkz. KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 364

⁸² NARMANLIOĞLU, s.398; KESER, Bildirimli Fesih, s. 44; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 364-367

⁸³ “.....davacının iş akdine, davalı tarafından performans düşüklüğü nedeniyle son verilmesi üzerine ... 2. İş Mahkemesi'nin 2011/622 Esas, 2012/877 Karar sayılı işe iade davasını açtığı, bu dava neticesinde işe iadesine karar verildiği ve kararın Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2013/13004 Esas, 2013/13656

İşverenin iş sözleşmesini kötünietli feshi yukarıda incelemiş olduğumuz başlıklardan ibaret ve sınırlı değildir. Örneğin İşverenin iflası halinde⁸⁴ işverenin iflas aşamasına kötünietli gelmiş olması uzak bir ihtimal olsa dahi pekâlâ mümkün olup ispat güçlüğü'nün nasıl aşılacağı da ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte kötünietli feshin her zaman mümkün olabileceğini belirtmek gerekmele birlikte her feshin kötünietli fesih olduğunu ileri sürmek de mümkün olmayacaktır.

Karar sayılı ilanı ile onanması üzerine davacının 02.08.2013 tarihinde davalı tarafından yeniden işe başlatıldığı, ancak davalının faaliyet gösterdiği Kayseri bölgesinde acil olarak tecrübeli tıbbi satış mümessiline ihtiyaç duyması gerekçesi ile aynı ücret ve unvan ile davacının çalışmakta olduğu ... Şubesinde tayinini çıkarmasına rağmen yeni görev yeri olan Kayseri Şubesinde işbaşı yapmaması nedeniyle davacının iş akdine 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/2 maddesi (g) ve(h) bentleri gereğince tekrar son vermesi üzerine davacının işten çıkmaya zorlanmak amacı ile tayininin yapıldığını, feshin haklı nedenle yapılmadığını iddia ederek işe iadesini talep ettiği anlaşılmalı, davalının önceki fesih nedeni olarak, davacının performans düşüklüğünü gerekçe göstermesine rağmen davacıyı ikinci kez işe başlattıktan sonra deneyimli bir personel olması ve ihtiyaç nedeniyle Kayseri'ye tayin ettiğine dair gerekçesi ile Net isimli internet sitesinde davacının çalıştığı ... Şubesine davacının yaptığı görev için işçi alımı ilanı vermesi davalının davacının iş akdine son vermek için gerekçe yaratmaya çalıştığını, ilk fesih nedeni ile ikinci fesih nedeninin çeliştiğini, iş akdini feshetmekte objektif davranmadığını göstermekte olup, her ne kadar davalı, aralarında yapılan iş akdine dayanarak görev yeri değişikliği yapmış ise de işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükmü, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar, ancak anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.” Y7HD, 16.03.2016, E.2016/5945, K.2016/6386 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁴ Yargıtay “Mahkemece aldırılan bilirkişi raporundaki davacının alacaklarının toplam miktarı sıra cetveline kaydedilen alacak miktarından çok ise aradaki farkın davalı müflis şirketten tahsili yönünde hüküm kurulması, gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” gerekçesi ile verdiği bozma kararına karşı yerel mahkemece direnilmiş olup, işçi alacaklarının tahsili talepli bu davanın iflastan önce açıldığı, İcra İflas Kanunu'nun 194/1. maddesi gereğince iflasın açılmış olması acele davalardan olan işçilerin müflise karşı açmış olduğu davaları durdurmayacağından bu davanın devam etmesinde davacının hukuki yararının bulunduğu, bu nedenle direnmenin doğru olduğu, yerel mahkemesince bu hususun düzeltilmediği anlaşıldığından, dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalı vekilinin yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan direnme kararının 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun geçici ek ikinci maddesi uyarınca ONANMASINA” şeklin de karar vermiştir.Y9HD, 16.02.2017, E. 2017/959, K. 2017/1944 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

6. HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI NİTELİĞİNİ OLUŞTURMAYAN FESİHLER

Yukarıda belirtilen durumlarda işverence gerçekleştirilen çalışanın iş sözleşmesini sona erdiren fesih işlemine yönelik fesih hakkını kötüye kullanmayı oluşturduğu durumları Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar ve Öğretide hakkın kötüye kullanımını oluşturacak açıklamalar doğrultusunda belirtilmiş ise de hakkın kötüye kullanımını oluşturmayan işveren fesihleri de “hakkın kötüye kullanımını” aksi ile göstermesi bakımından önemli olmaktadır.

Çalışanın hafif kusurunun bulunduğu davranışları nedeniyle feshin gerçekleştirilmesi ve yine çalışanın mesleki yetersizliği son olarak işletme gerekleri ile yapılan fesihler hakkın kötüye kullanımını niteliğinde fesih sayılamayacaktır.

Yargıtay vermiş olduğu kararında “işverenin bir grup işçiyi birlikte ve toptan aynı tarihte işten çıkarması, işçinin çalıştığı iş, fesih tarihinin işçinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde tespiti, emeklilik durumunun Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan sorulmadan işlem yapılması, fesih keyfiyetinin İş ve İşçi bulma Kurumu'na bildirilmemiş olması ve işçinin hizmetinden yeterince yararlanılmadığı gibi soyut kavramlara dayanılarak iş akdinin feshinde işverenin kötü niyetli olduğunun kabulünde isabet yoktur.” şeklinde değerlendirme yaparak “olayın cereyan şekli ve dosya içeriğinden, bir Kamu Kuruluşu olan işverenin zarar etmesi nedeniyle işçi tenkisi yoluna gitmek zorunda kaldığı ve bunun için de öncelikle işçileri mağdur etmemek için emeklilik hakkını kazanmış olanların işine son verdiği anlaşılması” nedeniyle işverenin bu işleminin kötü niyeti oluşturmayacağını belirtmiştir⁸⁵.

Yine Yargıtay vermiş olduğu kararda işyerinin içinde bulunduğu mali sıkıntı nedeniyle ücret ve sözleşme farklarını ödeyemeyecek durumda bulunması nedeniyle iş

⁸⁵ Y9HD, 08.09.1992, E. 1992/10830, K. 1992/9363 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

sözleşmelerinin işyerinin faaliyetinin sona erdirilerek sonlandırılması durumunda kötüniyet tazminatı gerektirecek şekilde bir fesih olmadığına hükmetmiştir⁸⁶.

Çalışanın işe devamsızlığı nedeniyle işveren tarafından yapılan feshin sonrasında çalışanın rahatsızlığı nedeniyle raporlu olduğunun öğrenilmesi⁸⁷; işletme kararı ile işyeri gerekleri doğrultusunda önceden alınmış karara istinaden emekliliği gelen çalışanların iş sözleşmesinin feshedileceğine dair karar alınmış olması bir başka ifade ile emeklilik nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirileceğinin önceden kararlaştırıldığı halde çalışanın işveren aleyhine tanıklık yaptığı bu nedenle de kötüniyetli feshin söz konusu olduğu iddiasının feshe giden sürecin bir bütün halinde değerlendirilerek sonuca gidilmesi, işletme kararının önceden alınmış olmasının⁸⁸; ülke çapında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle işveren tarafından iş akitlerinin sona erdirilmesinin⁸⁹ ; işyerinde modernizasyon ihtiyacı gözetilerek işletme kararı sonrası

⁸⁶ “... davalı işverenin son zamanlarda ekonomik bir darboğaz içinde bulunduğu, işçilerin 1991 yılı Aralık ve 1992 yılı Ocak ayları ücretleri ve toplu iş sözleşmesinden doğan ücret farklarını zamanında ödeyemediği, bu nedenle işyerinde şikayet ve huzursuzlukların arttığı, temin edilen borç para ile ücretlerin gecikme ile taksitler halinde 1992 Şubat ve Mart aylarında güçlükle ödenebildiği, mali kriz içinde bulunan işyerinde 20.2.1993 tarihinden itibaren faaliyetin durdurulduğu ve işçilerin işyerine alınmadıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin kötü niyetle feshedildiğinden söz edilemeyeceğinden, kötü niyet tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken, aksine düşünce ile yazılı şekilde bu isteğin de hüküm altına alınması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, 06.12.1993, E. 1993/15719, K. 1993/17895 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁷ “Davalı işveren davacı işçinin raporlu olduğunu bilmeksizin devamsızlık nedeniyle hizmet sözleşmesini feshetmiştir. Bu fesih, şekli itibarı ile kötüniyet tazminatı gerektirecek koşullar oluşmadığından bu isteğin reddine karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” Y9HD, 22.12.1997, E. 1997/19265, K. 1997/22192 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁸ “Davacı işçinin sözleşmesinin bir başka davada tanıklık yapması nedeniyle yani kötü niyetle fesh edildiği kabul edilerek kötü niyet tazminatı hüküm altına alınmış ise de, dosya içeriğinden böyle bir kötü niyetin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Gerçekten davalı işveren emekliliği gelen işçilerin birlik yönetim kurulu görüşü doğrultusunda iş akitlerini feshetmek için aylarca önceden girişimlerde bulunmuş ve bu işlemlerin tekenmülü üzerine 17.11.1997 tarihinde davacı işçiye fesih bildirimini tebliğ etmek istemiş fakat davacı bundan imtina ederek viziteye çıkmış ve birbirini izleyen müteaddit istirahat raporları almıştır. Bu durumda kötü niyet tazminatının reddine karar verilmelidir.” YHGK, 27.10.1999, E. 1999/9-837, K. 1999/890 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁹ “davacının geçici işçi olarak çalışmakta iken Başbakanlık genelgesi doğrultusunda ülkede baş gösteren ekonomik kriz nedeniyle davacının iş akti feshedilmiştir. Fesih, ekonomik krize dayandığına göre olayda kötü niyet unsuru gerçekleşmemiştir. Bu durumda ihbar tazminatının hüküm altına alınması ile

işletmenin bir bölümünde çalışanların tamamının veya bir kısmının yapılan modernizasyona bağlı olarak iş sözleşmelerinin ihtiyaç kalmaması nedeniyle sona erdirilmesi⁹⁰; fazla mesai ücretlerinin işveren tarafından ödenmemesi nedeniyle işveren ile tartışan çalışanın sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi⁹¹ Yargıtay kararlarında kötünietli fesih olarak değerlendirilmemiştir.

Bununla birlikte çalışanın her ne kadar Anayasal haklarını kullanması nedeniyle sözleşmesinin feshedilmesi kötünietli fesih olarak kabul edilse de çalışanın bu durumda siyasi bir görev üstlenmiş olması iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini engelliyorsa yahut iş yerindeki çalışan barışını olumsuz etkiliyorsa fesih kötünietli olarak kabul edilmeyecektir⁹².

Her ne kadar işverence, çalışanın iş sözleşmesi kıdem tazminatına hak kazanmasına engel olmak amacıyla hak kazanmasına birkaç gün kala objektif iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde kötünietli olarak feshi halinde çalışanın kötüniet tazminatına hak kazanacak olması görüşümüzle birlikte kıdem tazminatı tavan miktarını belirleyen katsayı artışına imkan veren uygulamanın yürürlüğe girmesine birkaç gün kala iş sözleşmesinin feshinin kötünietli fesih olarak değerlendirilemeyeceği Hukuk Genel Kurul Kararında⁹³ ve Daire kararlarında⁹⁴ belirtilmiştir.

yetinilmesi gerekirken kötü niyet tazminatına karar verilmiş olması hatalıdır.” Y9HD, 19.03.1996, E. 1996/4900, K. 1996/5688 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁹⁰ Y9HD, 02.02.2000, E. 1999/18564, K. 2000/830 Bkz. **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT**, s.442

⁹¹ “Davacının fazla mesai ücretlerini talep etmesi nedeniyle işverenle tartışarak 14.9.2001 tarihinde hizmet akdinin 1475 Sayılı İş Yasasının 13. maddesine göre feshedilmesi olayında aynı maddenin 13/son fıkrası gereğince feshin kötü niyetli olduğundan söz edilemeyeceğinden kötü niyet tazminatı isteğinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Y9HD, 30.03.2006, E. 2005/23014, K. 2006/8063 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁹² **Tuncay SENYEN KAPLAN**, İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Ankara 2016, s. 313-350

⁹³ YHGK, 27.10.1993, E. 1993/9-482, K. 1993/604 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁹⁴ “Davacının iş akdinin 13.12.1991 tarihinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedildiği uyuşmazlık konusu değildir. Mücerret feshin 1.1.1992 tarihinde katsayı artışı nedeniyle kıdem tazminatı tavan sınırında meydana gelecek artıştan 18 gün önce feshedilmiş olması, işverenin söz



konusu artıştan yararlandırmamak amacıyla hareket ettiğini göstermez. Bu durumda karşısında kötü niyet iddiası ispatlanamadığından kötü niyet tazminatına ilişkin isteğin reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde kabulü isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, 10.10.1994, E. 1994/8993, K. 1994/13826; Y9HD, 18.01.2000, E. 1999/17262, K. 2000/124 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞVERENİN FESİH HAKKINI KÖTÜYE KULLANMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

Çalışanın iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi ve bu fesih hakkının kötüye kullanımı niteliğini oluşturacak şekilde feshi halinde TBK' ya tabi çalışanlar bakımından İşK. 'ya tabi çalışanlara göre farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Zira TBK, İşK. 'ya göre hizmet sözleşmesiyle çalışanı koruma anlamında daha ileri hükümler içermekle birlikte İşK.' da düzenlenmemiş olan ve çalışanı koruyacak hükümler İşK. 'ya tabi çalışanlar içinde uygulanabilecektir.

Öncelikle TBK hükümleri açısından işverenin iş sözleşmesini kötüniyetli feshi halinde çalışanın talep edebileceği tazminatlar ve sonrasında ise İşK.' ya tabi çalışanların talep edebileceği tazminatlar ve nihayetinde ise Sendika çalışanlarının talep edebileceği tazminatlar ayrı ayrı ele alınarak aralarında ki benzerlik ve farklar üzerinde durulacaktır.

1. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDAN DOĞAN TAZMİNATLAR

Türk Borçlar Kanunu md. 393 ve devamı maddelerinde düzenlenen hizmet sözleşmeleri ile çalışanların işçilik alacaklarından sorumluluğu 4857 Sayılı Kanun'un kapsamını belirleyen 4/1-1 maddesinde ve 5362 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu¹'nin 2. maddesinde belirtilen çalışanlardan olup olmamasına göre belirlenecektir. Zira adı geçen kanunların tanımına uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde İşK. hükümleri uygulanmayacaktır.

¹ RG. 21.06.2005, 25852

Türk Borçlar Kanunu'na tabi çalışanın, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi sözleşmenin belirli süreli veya belirsiz süreli olması ayrımına bağlı olarak isteyebileceği tazminat farklılık gösterecektir. Zira Yargıtay tarafından verilen kararlarda da vurgulandığı üzere iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra hukukumuzda yerini almış olan “geçerli fesih” kavramı “ister işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklansın, isterse işçinin yeterliliği ve davranışlarına dayansın, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence fesih için gerekçe oluşturamayacaktır” bu durum sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri için değil aynı zamanda belirli süreli iş sözleşmeleri içinde geçerli olup belirli süreli iş sözleşmesi yapan taraflar fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sayılacaktır. Belirli süreli iş sözleşmesi ile işveren fesih iradesini sözleşmenin bitimine kadar fesih iradesini askıya almış olması nedeniyle de geçerli nedenlerin varlığına rağmen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi süresinden önce feshedemeyecektir. İşverenin belirli süreli iş sözleşmelerini ancak haklı bir neden bulunması halinde feshedebilecek olup haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde kalan süreye ait ücretinin ödenmesi gerekir².

Türk Borçlar Kanunu'nun 175. maddesi “*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır.*” hükmü ile çalışanın iş sözleşmesinin kıdem tazminatı hakkının doğumuna imkân veren bir yıllık sürenin tamamlanmasına birkaç gün kala işveren tarafından sona erdirilmiş olması durumunda “koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kuralına aykırı olarak engel olursa koşulun gerçekleşmiş sayılacağı yönündeki hükmü gereğince kıdem tazminatına hak kazanmış kabul edileceğini öngörmektedir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere dürüstlük kurallarına aykırılık sadece koşulun gerçekleşmesinin engellenmesinde değil, koşulun gerçekleşmesinin sağlanmasında da söz konusu olabilecektir.

² Y7HD, 12.12.2013, E. 2013/14956, K. 2013/22045 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

1.1.Fesih Tazminatı

TBK 437. maddesi 1. fıkrasında yer alan “*Haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür.*” Aynı maddenin 2. fıkrasında “*Diğer durumlarda hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı sebeple feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirir.*” düzenleme gereğince belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarınca sözleşmenin haklı feshine bağlı olarak fesih eden tarafın, sözleşmeye aykırı davranan taraftan hizmet sözleşmesinin sonuca vardırılamamış olması nedeniyle tam ifa çıkarlarını göz önüne alarak talep edebileceği tazminat olup, bir başka ifade ile sözleşmenin süresinin dolması yahut bildirimli feshi halinde, sözleşme feshedilmemiş olsaydı içinde bulunulacak maddi pozisyonu sağlayacak tazminattır³.

Bu yönüyle öncelikle sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi feshin işveren veya çalışan tarafından haklı olarak feshedildiğinin belirlenmesi halinde tarafların uğradığı zarar miktarının hesaplanması gerekecektir. Hesaplama yapılırken işverenin haklı feshi söz konusu ise örneğin fesih sonrası alınan siparişin geç teslim edilmesinden bir zarar doğmuş olması, siparişin yetiştirilmesi için zorunlu olarak gerek var olan çalışanlara fazla mesai yaptırılması ve gerekse yeni işçi alımı nedeniyle yapılan zorunlu giderlere katlanılması, yeni çalışan bulmak için basın yayın yoluyla verilen ilan giderleri gibi ek maddi yükümlülükler altına girilmesi, yeni alınan çalışanın daha yüksek ücret ile çalıştırılmak zorunda kalınmış olması durumunda işverenin uğradığı fiili zarar ve kazanç kayıpları talep konusunu oluşturacaktır⁴.

Feshe bağlı ortaya çıkan zararın giderilmesi amaçlayan bir tazminat olması nedeniyle TBK 437. maddesiyle öngörülen düzenlemeye benzer bir düzenleme İşK.’ ya

³ YÜREKLİ, s. 300-301; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.808

⁴ YÜREKLİ, s. 301; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.808-809

tabi çalışanlar yönünden haklı nedenle derhal fesih hallerinden biri nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, özel bir düzenleme olan İşK.'nın 26/1 maddesinde “*ahlak ve iyi niyet 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*” 2. Fıkra ise “*Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkra öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır.*” hükmü gereğince iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden taraf bu davranış sonucu bir zarara uğramış ise karşı taraftan genel hükümlere göre bir tazminat talep edebilir. Bu tazminat İş Kanunu hüküm altına alınmış olan tazminatlar dışında, işveren açısından doğan zararının tazmini, işçi açısından ise maddi zararın kanıtlanması halinde maddi tazminattan, kişilik haklarına saldırı halinde ise manevi tazminattan oluşacaktır⁵.

⁵ SÜZEK, 2018, s. 736; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.808;Yargıtay kararında “Dosya içeriğine göre davalı bankaya ait işyerinde çalışan işçinin performans nedeni ile önce 25.06.2012 tarihinde savunmasının alındığı ve en son fesih tarihine yakın 16.11.2012 tarihinde savunmasının istendiği ve 19.11.2012 tarihinde savunmasını veren davacının savunmasında objektif kriterlere bağlanmayan performansının düşüklüğünü kabul etmeme yanında, performansının artması için gayret göstereceğini ve bu yönde devam edeceğini belirtmesine rağmen, aynı tarihte el yazısı ile düzenlenen dilekçe ile görevinden 19.11.2012 tarihi itibarı ile evlilik nedeni ile istifa ettiğini beyan ettiği görülmektedir. Objektif kriterlere bağlı olmadan performans nedeni ile savunması alınan ve savunmasında arttırmak için gayret göstereceğini belirten davacının aynı gün dilekçesinde evlendiğine dair kayıt olmadan evlilik nedeni ile istifa ettiğini belirtmesi bir çelişkidir. Bu çelişki davacının iddiasını doğruladığı gibi davacı tanıkları da iddiayı doğrulamıştır. Davacının performans düşüklüğü baskısı ile istifa ettiği, davalının bu şekilde iş sözleşmesini sona erdirmek sureti ile davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını istemediği anlaşılmaktadır. Davacı işverenin baskısı sureti ile iş sözleşmesini evlilik nedeni ile feshetmiş, bu fesih nedeni ile de kıdem tazminatı ile 4447 sayılı kanunun 51. Maddesi uyarınca işsiz kaldığı süre için işsizlik tazminatında mahrum kalmıştır. Ancak davacı işveren feshi olduğunu belirterek, bir aylık süre içinde feshin geçersizliği ve işe iade davası açmadığından, feshin geçersizliğine bağlı boşta geçen süre ücretini maddi zarar olarak talep edemez. Davacının mahrum kaldığı ihbar tazminatı ile 4447 sayılı kanunun 51. maddesindeki koşullara uygun olarak işsiz kaldığı süre için işsizlik sigortası alacağı hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır. Yazılı gerekçe ile isteğin tamamen reddi hatalıdır.” Y9HD, 26.05.2015, E.2014/5348, K. 2015/19018(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

1.2.Haksız Fesih Tazminatı

TBK' nın 438. maddesinde “İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir.

Bu düzenlemeye göre işverenin haksız feshinin söz konusu olduğu durumlarda TBK' ya tabi çalışanlar ve İşK.' ya tabi olup da iş güvencesi hükümlerinden yararlanma imkânı bulunmayan çalışanlar yönünden; haklı bir nedene dayanmaksızın yapılan fesihler hukuka aykırı fesih olması nedeniyle; süresi belirli hizmet sözleşmeleri yönünden sözleşme süresinin sonuna, süresi belirsiz hizmet sözleşmelerinin ise fesih bildirim süresinin sonuna kadar çalışanın kazanabileceği ücret tazminat olarak talep edilebilecektir⁶. Söz konusu bu tazminat çalışanın müspet zararının karşılanmasıdır. Yargıtay'a göre “Müspet zarar” aynı zamanda “kâr kaybı, kâr elde edememek nedeniyle malvarlığındaki gerçek eksilme” olarak tanımlanmış ve bu zarar belirlenirken TBK' da düzenlenen 408. madde⁷ ve 438. maddelerindeki “kesinti yöntemi” esas alınarak belirlenmelidir. Bu yönüme göre 408. Maddedeki “iş sahibinin temerrüdü nedeniyle istenebilecek ücret” ve 438. maddesindeki “iş sahibinin sözleşmeyi haksız feshetmesi nedeniyle istenebilecek zarar”; sözleşmenin sona ermesi yüzünden tasarruf edilen

⁶ YÜREKLİ, s. 308

⁷ İşverenin temerrüdü halinde başlığını düzenleyen bu maddeye göre “İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.”

miktar ile başka bir işten elde edilen veya bilerek elde etmekten kaçınılan gelirin indirilmesi esasına dayanır⁸.

Bakiye süre ücretinin istenebilmesi için, iş sözleşmesinin haklı bir neden bulunmaksızın işverence feshedilmiş olması gerekir⁹. TBK' da ilk kez düzenlenmiş olması nedeniyle öğretide “hukuka aykırılık cezası” veya “kanundan kaynaklanan bir ceza koşulu” olarak nitelendirilen haksız fesih tazminatı çalışanın geniş anlamda ücreti esas alınarak bir başka ifade ile iş sözleşmesinden kaynaklanan parasal değerler, ikramiye yol ve yemek yardımı gibi diğer unsurlar göz önüne alınarak brüt ücreti üzerinden hesaplanacak olup nisbi emredici bir düzenleme olması nedeniyle de çalışan lehine olmak kaydıyla düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir¹⁰.

1.3.Ek Tazminat Talep Hakkı

İşverenin bildirimsiz fesih hakkını kullanmak suretiyle çalışanın iş sözleşmesini fesih yoluna gitmesinin engellenmesi ve çalışmanı manevi açıdan tatmin etmek için TBK 438. maddesinin 3. fıkrasında düzenleme altına alınan “*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.*” hükmü düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bu düzenlemeye göre birinci fıkrada öngörülen tazminattan ayrı olarak, işçinin altı aylık ücretinden fazla olmamak üzere hâkim tarafından, somut olayın bütün durum ve

⁸ Mahkemece davacının çalışılan süreye ait ücret ile bakiye süre ücretine hükmedilmesi yerinde ise de, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 438 /2, göre bakiye süre ücretinden davacının tasarruf ettiği miktar ile başka işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir araştırılarak bakiye süre ücretinden indirim yapılır. Bu madde gereğince takdiri indirim yapılamaz” Y9HD, 09.03.2015, E. 2013/14765, K. 2015/9464 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁹ İşçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse bu tutarın, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan miktar üzerinden mahsup edilmesi gerekir. Y9HD, 16.6.2008, E. 2007/16098, K. 2008/15750 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁰ **KORKUSUZ**, s. 49-51

koşulları (tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sözleşmenin devam süresi, fesih için ileri sürülen sebep) göz önünde tutularak serbestçe belirlenerek işveren tazminat ödemek zorunda kalabilecektir. Bu tazminatın miktarı belirlenirken, çalışanın çıplak temel ücreti brüt olarak esas alınarak hesaplama yönüne gidilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen tazminattan ayrı ve ilave olarak çalışanın en çok altı aylık ücretine kadar olmak üzere işverenin ödemek zorunda olduğu tazminattır¹¹.

1.4. Kötüniyet Tazminatı

İş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan TBK' ya tabi olan çalışanların iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshinde feshin kötüniyetli olduğunun ileri sürülmesi ve çalışan tarafından feshin kötüniyetli olduğu ispatlanmış olması halinde TBK'nın 434. maddesinde ifade edilen "*Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür.*" hükmü gereğince bildirim süresinin üç katı tutarında ayrıca kötüniyet tazminatına hükmedilir¹².

Türk Borçlar Kanunu'na tabi çalışanlar yönünden TBK'nın 434. maddesinde düzenlenen kötüniyet tazminatı ile aynı kanunun 438. maddesinde düzenlenmiş olan haksız fesih tazminatı aynı anda talep edilmez, her iki düzenleme farklı kuramlar olup birinin varlığı veya talebi halinde bir diğ erinin var olması veya talep edilmesi kural olarak mümkün değildir. Zira kötüniyet tazminatının talep edilebilmesi için, feshe konu olacak haklı bir nedenin varlığı ve bu hakkın objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılmış olması gerekir. Oysa haksız fesih tazminatında ise fesih hakkı doğuracak bir

¹¹ YÜREKLİ, s. 312

¹² KORKUSUZ, s. 52

maddi vakıa olmamasına rağmen fesih hakkının varlığı ileri sürülerek sözleşmenin haksız olarak feshi söz konusudur.

Ancak belirtmek gerekir ki feshin haksız olarak kötünıyetli gerçekleşmesi halinde Öğretide bir görüşe göre kötünıyetin varlığını ispat yükümlülüğünde olan çalışan kendi yararına olması halinde hâkimin belirleyeceği ancak altı aylık maaşından fazla olmaması gereken tazminat yerine bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında olan kötünıyet tazminatı da isteyebilecektir¹³.

Bir diğer görüşe göre ise işveren tarafından çalışanın hizmet sözleşmesi haksız ve aynı zamanda kötünıyetle yapılmış bir fesih olması durumunda bir başka ifade ile bildirim öneli verilmeksizin yapılmış ise TBK 438. maddesinin 3. fıkrası “*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.*” Gereğince tazminat ödemek zorunda olup ayrıca TBK 434. maddesinde düzenlenen tazminatı ödemez¹⁴.

Kanaatimizce TBK hükümlerine tabi olan çalışanın iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin kötünıyetli ve haksız olduğu durumlarda TBK 438. Maddesinin 3. Fıkrası gereğince en fazla altı aylık ücretinden oluşan haksız fesih tazminatı isteme hakkı bulunduğu ancak bu tazminatın miktarını hâkimin takdirinde olması nedeniyle en az bir maaş en fazla altı maaş arasında bir takdir yetkisi mevcut olacaktır.

Çalışan, Öğretide belirtilen “TBK’nın 434. maddesinde düzenlenen kötünıyet tazminatı ile aynı kanunun 438. maddesinde düzenlenmiş olan haksız fesih tazminatı aynı anda talep edilmez” görüşü benimsendiğinde çalışma süresi az olan yönünden bir başka ifade ile kıdem süresi az olanlar için aleyhte bir durum yaratılmış olacaktır. Zira

¹³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.941-943

¹⁴ YÜREKLİ, s. 314

kıdem süresi sekiz haftalık ihbar önelini gerektiren çalışanlar yönünden kötüniyet tazminatı her halükârda yirmi dört hafta ile sınırlı olacak; bu aynı zamanda haksız fesih tazminatının tavanını oluşturacaktır. Bir başka ifade ile kıdem süresi sekiz haftalık ihbar önelini tamamlamış çalışanlar yönünden, haksız fesih tazminatı ile kötüniyet tazminatı aynı anlama gelmektedir ki aradaki tek fark hâkimin takdir yetkisinin kötüniyet tazminatı talep edilmesi halinde artık söz konusu olamayacağı noktasındadır.

Ancak çalışanın hizmet süresi ihbar öneli açısından sekiz haftalık ihbar öneline hak kazandığı bir süre olsa dahi, örneğin en az beş yıl çalışarak işverene hizmet etmiş olması durumunda “hâkimin takdir yetkisinin” müdahalesiyle altı aylık ücretinden daha az olacak şekilde bir tazminata hükmetmesi beklenemeyecektir. Bu durumda hizmet süresi sekiz haftalık ihbar öneli gerektiren çalışanlar yönünden bu iki tazminat türü pek bir fark olmadan talep edilebilecekken, hizmet süresi iki haftalık ihbar öneli gerektiren çalışanlar yönünden bu ayrımın önemli hale geldiği görülmektedir.

Hizmet süresi bir yıl olan çalışanın dört haftalık ihbar öneli var iken işveren tarafından feshin kötüniyetli ve haksız olduğu bir durumda çalışan haksız fesih talep etmesi durumunda en fazla altı aylık ücretini alabilecek ancak kötüniyet tazminatı talep etmesi durumunda on iki haftalık kötüniyet tazminatı isteme hakkı bulunduğundan üç aylık ücreti tutarında bir kötüniyet tazminatı talep edebilecektir.

2. İŞ KANUNLARI’NDAN DOĞAN TAZMİNATLAR

2.1.Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı, bir işverene bağımlı olarak iş gören, özel iş kanunlarına tabi çalışanlara, görülen işin karşılığında işverenin ücret ödemeyi üstlendiği, sürekli yenilenen karşılıklı edimlerin oluşturduğu iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi ile birlikte; işverenin emri altında sadakat içerisinde edimlerini yerine getirerek geçirmiş olduğu zamana bağlı olarak Öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere; işyerine

yaptığı katkı, yıpranmışlığı ve yeni bir iş bulmakta yaşayacağı güçlükler göz önüne alınarak, önceki dönem hizmetlerine ilişkin olarak işveren tarafından yapılan toplu ödeme şeklinde ifade etmek mümkündür¹⁵.

Öğretide bir görüş kıdem tazminatının iş sözleşmesinin işveren tarafından feshini zorlaştırması ve işyerinde uzun süreli çalışmaya neden olması ile tecrübeli çalışanların işyerinde istikrarlı bir iş gücü oluşmasına katkı sağladığını¹⁶ ileri sürerken bir diğer görüşe göre ise kıdem tazminatı hakkının işverenin maliyetlerinin sürekli artıran bir unsur olması nedeniyle sık sık çalışanları değiştirmesine neden olması karşısında çalışma hayatının istikrarsızlaştırdığını belirterek kıdem tazminatı hakkının kaldırılması¹⁷ veya çözüme kavuşturulması¹⁸ gerektiğini belirterek değerlendirme yaptıkları görülmektedir.

Kıdem tazminatı düzenlemesi nisbi emredici bir hükümdür, çalışan lehine bir yıl süre şartı azaltılabilecektir¹⁹ kıdem tazminatının tavan bir ücretle sınırlanmasına dair

¹⁵ NARMANLIOĞLU, s. 535; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.199; Şahin ÇİL, “Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve Hesap Yönlerinden Hizmet Süresi”, Sicil İHD, İstanbul Eylül 2008, S.11, s.17; Nizamettin AKTAY, “Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartlarının Hukuki Niteliği, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2010, S. 18, s. 97-103

¹⁶ Oğuzman, kıdem tazminatı esaslarını açıklarken “işverenlerin kıdemli işçileri sebepsiz yere işten çıkarmalarına mâni olmak üzere, bir nevi hususi ceza rolü oynayacak bir götürü tazminat” olarak tanımlamaktadır. OĞUZMAN, s. 256

¹⁷ NARMANLIOĞLU, s. 536-537

¹⁸ Kutal, kıdem tazminatının devlet güvencesi atında İşverenlerin sorumluluğunda bir fondan karşılanması gerektiğini, fonun başka amaçlarla kullanılmaması için hüküm getirilmesi gerektiğini belirterek çözüm önerisi sunmaktadır. Metin KUTAL, “Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatı ve Çözüm Önerileri”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2009, S.16, s. 5-13

¹⁹ SÜZEK, 2018, s.756; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.206; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.485; Durmuş ÖZCAN, İş Hukukunda İşçilik Alacakları (İşçilik Alacakları), Adalet Yayınları, Ankara 2013, s.2; Fevzi ŞAHLANAN, “Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2008, S. 12, s. 44-46; ÇİL, s. 18; AKTAY, s.101-102; YHGK, 18.01.2017, E.2015/9-726, K. 2017/24 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>);

hükümler ise mutlak emredici hükümler olarak düzenlenmiş²⁰ olduğundan tarafların sözleşmeyle değiştirmesi mümkün değildir.

2.1.1. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı

İş Kanunu' na göre kıdem tazminatına hak kazanma iş sözleşmesinin her türlü sona ermesi halinde söz konusu olmayıp örneğin çalışanın istifası veya işverenin İşK. 25. Maddesinin II bendinde düzenlenen haklı nedenle fesih hakkını kullanılarak yapılan fesihlerde talep edilmesi mümkün değilken, kanunda belirtilen “sınırlı ve sayılı sona erme” durumlarında ve ayrıca belirli bir çalışma süresine sahip olunması halinde ödenmesi söz konusu olan tazminattır²¹.

İş Kanunu' nun 120. Maddesi “25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.” olduğunu ve geçici 6. Maddesi ise “*Kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulur. Kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14'üncü maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklıdır.*” Hükmü gereğince 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesi'nde “kıdem tazminatı” başlığıyla yapılan düzenleme hukuk mevzuatımızda uygulanmaya devam etmektedir. Kıdem tazminatı İşK.'nın 112. Maddesi²²,nde düzenlenmiştir.

²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.1105-1106; SÜZEK, 2018, s.794; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s.246; AKTAY/ARICI/SENYEN- KAPLAN, s.206; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.747-748

²¹ SÜZEK,2018, s.755-775; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.1100-1101; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.707

²² Bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kıdem tazminatı başlığıyla yapılan düzenlemenin 1. Fıkrası” *Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kurum ve kuruluşların haklarında bu Kanun ve 854, 5953, 5434 sayılı kanunların hükümleri uygulanmayan personeli ile kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak istihdam edilenlere mevzuat veya sözleşmelerine göre kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemeler kıdem tazminatı sayılır*” şeklindedir.

İş Kanunu 'nda tanımlanmış olan kıdem tazminatına hak kazanabilmek için her şeyden önce İşK.' ya tabi bir çalışan olmak, nisbi emredici hüküm olması nedeniyle işçi lehine TİS veya bireysel sözleşmeyle kanunda öngörülmüş olan bir yıllık süreden daha az süre belirlenmiş olması halinde en az belirlenen sürenin veya kanunda belirtilmiş olan bir yıllık sürenin dolmuş olması ve nihayet İşK. 'da belirtilen sebeplerden birine dayanılarak sözleşmenin sona ermiş olması şeklinde belirtilen üç koşulun bir arada gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

2.1.1.1. İş Kanunu'na Tabi Çalışan Olmak

1475 sayılı İşK.' da kıdem tazminatına hak kazanabilmek için İşK.' ya göre işçi olmak veya iş sözleşmesiyle çalışmak²³ yeterli olmayıp aynı zamanda İşK. 'ya tabi sürekli işte çalışan olmak gerekmektedir²⁴. Zira TBK' ya tabi iş sözleşmeleri ile çalışan olunması halinde kıdem tazminatı talep hakkı bulunmamakta olup TBK' da öngörülen tazminatları isteme hakkı bulunmaktadır.

İş Kanunu' na tabi çalışan olmamakla birlikte istisnai olarak Tarım ve Orman İşçileri²⁵, TİS veya İş sözleşmelerinde hüküm bulunması durumunda kıdem tazminatından yararlanabileceklerdir.

²³ **SENYEN-KAPLAN**, s. 314

²⁴ **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.199-200; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s.63; İK'nın 14. Maddesi, Deniz İşK.'nın 20. Maddesi ve Basın İşK.'nin 26. Maddesine tabi olarak çalışanlar kıdem tazminatı hakkı bulunmaktadır. Süreksiz işte çalışanlar ise İşK. 10. Madde gereğince kıdem tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır

²⁵ Yargıtay kararında "1475 sayılı İş Kanunu'nun 5/1-2 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/1-b maddeleri uyarınca "50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım işlerinin yapıldığı iş yerlerinde, İş Kanunu uygulanmaz". Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasının e bendinde "halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işlerinin" bu kanun kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Somut uyuşmazlıkta, davacı davalı işverenin işyeri olan benzin istasyonunun arka kısmında bulunan bahçede, yani yasal deyimi ile eklentisindeki park ve bahçe işinde bahçıvan olarak çalışmaktadır. Davacının yaptığı iş, İş Kanunu kapsamındadır. Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır" Y9HD, 08.09.2005, E. 2005/28856, K. 2005/28948 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Yargıtay bir başka kararında "Davacının tüm çalışmasının tarım işinde geçtiği anlaşılmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine göre, hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu itibarla, İş

2.1.1.2. En Az Bir yıllık Kıdem Süresine Sahip Olmak

İş sözleşmesinin sona erdiği tarihte en az bir yıl kıdemünün olması gerekmektedir²⁶. Öğretide kıdem süresinin başlangıcına ön anlaşma tarihinin veya sözleşmenin imzalandığı tarihin değil fiilen işe başlandığı tarihin esas alınması²⁷ gerektiği bununla birlikte deneme süresinin çalışanın kıdem süresine eklenmesi gerektiği fakat çalışanın stajyerlik ve çıraklık ilişkisine bağlı geçirdiği sürelerin ise kıdem tazminatına esas sürenin belirlenmesinde dikkate alınmayacağı, Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda da vurgulanmıştır²⁸. Çalışanın hizmet süresinin en az bir yıl olması zorunlu koşuluyla birlikte, çalışmanın devam ettiği süre içerisinde

Kanunu'na göre kıdem tazminatı isteyemez. Ancak, hizmet akitlerinde veya TİS.'inde tarım işçilerine de kıdem tazminatı ödeneceğine ilişkin hüküm mevcut olduğu takdirde tarım işçisi de böyle bir hükme dayanarak İş Mahkemesinde dava açmak suretiyle kıdem tazminatı isteyebilir. Davacının emekli olduğu 1990 yılını da kapsayan TSİ'nin 88/b maddesine tarım işçilerin TİS' inden yararlandıkları süreye ait kıdem tazminatı alabilecekleri kararlaştırılmıştır. Görülüyor ki, bu maddede tarım işçisinin kıdem tazminatı TSİ'lerinden yararlandırıldığı süre ile sınırlı tutulmuştur. Buna göre, tarım işçisi TSİ'den ilk defa yararlandırıldığı tarihten sonra emekli olduğu tarihe kadar geçen süre için kıdem tazminatı isteyebilecek ve ilk defa TİS.'inde yararlanmaya başladığı tarihten önceki ve hiç TİS'inden yararlanmadığı süre için sözü edilen TİS'ine dayanarak kıdem tazminatı isteyemeyecektir. Davacı tarım işine ilk defa 1976 yılında girmiş ve 1990 yılında bu işteki çalışmasından emekli olmuştur. Davalı işveren davacının TİS'inden ilk defa 1983 yılından itibaren yararlanmaya başladığını ileri sürmüş ve o tarihten sonraki süre için kıdem tazminatını ödemiştir. Davadaki ihtilaflı süre 1976-1983 yılları arasındadır. Şu durumda, davacı ancak 1983 yılından önce tarım işçilerini de kapsayan ve işyerinde uygulanmakta olan bir TİS'si varsa bundan yararlanmışsa yararlandığı o sürelerin de kıdem tazminatına dahil edilmesi mümkündür. Aksi halde ise, davanın reddi gerekir.” Y9HD, 09.09.1992, E.1992/2280, K.1992/9386(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁶ SÜZEK, 2018, s.756; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.202-205; NARMANLIOĞLU, s.543; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.1132; ÇİL, s. 18; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 604; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.716-717;

²⁷ SÜZEK, 2018, s.775; ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s. 2; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 605; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.1144; ÇİL, s. 18; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.717; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.488-489

²⁸ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.502-504; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.717; Yargıtay kararında “mahkemece davacının iş yerinde fiilen çalıştığı sürenin 1 yıldan az olması nedeni ile yasadaki 1 yıllık kıdem süresi koşulu bulunmadığından kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmiştir. Ancak işverence sunulan kayıtlar ve işverenin SGK ya bildirdiği kayıtlara göre davacının 05.05.2012-27.06.2013 tarihleri arasında davacının rızası ile 2012 Ekim ayında kullandığı ücretsiz izin süresinin dışlanması ile toplam hizmet süresi 1 yıldan fazla olduğundan ve davacının ödenmeyen ücret alacakları bulunduğundan kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalıdır.” Y7HD, 27.04.2016, E. 2015/1752, K. 2016/9610(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

her tam bir yıl için ayrı ayrı olmak üzere kıdem tazminatına hak kazanma imkânı verecektir. Bir yıl koşulu yerine getirildikten sonra “bir yıldan artan süreler içinde aynı oran üzerinden” ödeme yapılması gerektiği Öğretide ve Yargıtay kararlarında belirtilmiştir²⁹.

Halen yürürlükte bulunan mülga 1475 sayılı Yasanın 14/2 maddesi “*İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır.*” Hükmü gereğince çalışanın en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait bir ya da değişik işyeri ya da işyerlerinde geçen sürekli veya aralıklıda olsa kıdem hesabı yönünden birleştirilerek son ücret üzerinden³⁰ kıdem tazminatına hak kazanacaktır³¹. Ancak aynı

²⁹NARMANLIOĞLU, s.550; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.1133; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.202

³⁰ Y9HD, 01.07.2014, E. 2012/31453, K. 2014/22827 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³¹ ERGİN, Sağlık Nedenleri, s. 177; Yargıtay kararında “...tarafından gönderilen davacıya ait hizmet döküm cetvelinden davacının 13/02/2004-01/05/2006 ve 03/07/2006-01/04/2007 arasında iki dönem şeklinde fasıllı çalıştığı anlaşılmıştır. Dosyaya sunulan imzalı kıdem ve ihbar tazminatı bordrosundan davacının ilk dönem çalışması için net 627,43 TL ihbar tazminatı ve 1.169,99 TL kıdem tazminatına hak kazandığı belirlenmiştir. Mahkemece davacının davalı iş yerinde 13/02/2014-01/05/2006 ve 03/07/2006-31/03/2007 tarihleri arasında iki dönem halinde çalıştığı, toplam hizmet süresinin 2 yıl, 11 ay, 14 gün olduğu, davacının iş akdinin davalı işveren tarafından haksız nedenle feshedildiği, 13/02/2004-01/05/2006 dönemi ile ilgili olarak 1.169,99 TL net kıdem tazminatı, 627,43 TL net ihbar tazminatının ödendiği kabul edilmiş davacının tüm dönem çalışması için hak kazanabileceği kıdem ve ihbar tazminatı belirlenerek kıdem ve ihbar tazminatında ödeneceği belirlenen 169,99 TL net kıdem tazminatı, 627,43 TL net ihbar tazminatının mahsup edilerek davacının kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının kabulüne karar verilmiştir. Somut olayda davacının 13/02/2014-01/05/2006 dönemindeki çalışması için ödenen 169,99 TL net kıdem tazminatı, 627,43 TL net ihbar tazminatı mahsup edilmişse de mahkemece davacının ilk dönem çalışması için bu dönemdeki hizmet süresiyle o dönem işten çıkarken aldığı ücret belirlenerek kazanabileceği kıdem ve ihbar tazminatı belirlendikten sonra ödenen kıdem ve ihbar tazminatı davacının hak kazandığı kıdem ve ihbar tazminatını karşılıyorsa bu dönemin davalı işveren tarafından davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödenmek suretiyle tasfiye edildiği kabul edilmeli ancak ödenen kıdem ve ihbar tazminatı davacının hak kazandığı kıdem ve ihbar tazminatını karşılamıyorsa yapılan ödemeler avans olarak kabul edilmeli ve mahsup yapılmalıdır. Mahkemece bu hususlar değerlendirilmeden eksik incelemeyle kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabul edilmesi hatalı olup bozma nedenidir.” Y7HD, 12.04.2016, E. 2015/6808, K. 2016/7958 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

işveren bağlı işyerinde geçen fasıllı hizmet süreleri birleştirilirken her bir çalışma süresine ait fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi, hizmet sürelerinin birleştirmesinin³² yapılabilmesi için gerekecektir³³. Örneğin çalışanın “önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden, tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün” olmayacaktır. Aynı şekilde, “istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan çalışan kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacaktır³⁴”.

Bir yıllık sürenin belirlenmesinde çalışanın hizmet süresi esas alınacak olup, bu sürenin içerisinde sözleşmenin askıda olduğu yani çalışanın izin istirahat ve diğer nedenlerle işe gidemediği zamanlar da hizmet süresine öğretide ki genel görüşe göre dahil edilecektir³⁵. Yargıtay bu görüşten ayrılarak iş sözleşmesinin askıda kaldığı hallerin kıdem süresinin hesabında göz önüne alınmayacağını ve fiilen çalışılan veya

³²ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s. 2-3; Yargıtay bir kararında “İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı guruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda, Dairemiz “şirketler arasında organik bağ” dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğunu kabul etmektedir”Y9HD, 26.3.1999, E.1999/18733,K. 1999/6672 ; bir başka kararında ise “İşyerinde memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışmış olan ve kendi isteği ile ayrılarak başka bir kamu kurumunda işçi olarak çalışmaya başlayan işçi yönünden yapılan işlemin prosedür gereği olduğunda söz edilemez. İşçi daha iyi şartlarda ve ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir. Bu itibarla istifa ile sona eren memur ya da sözleşmeli personel döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da bu doğrultudadır.” YHGK, 15.10.2008, E. 2008/9-586, K. 2008/ 633; Y9HD, 10.03.2015, E. 2014/3367, K. 2015/9766(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³³AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.203; Y7HD, 15.02.2016, E. 2015/38005, K. 2016/3033(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁴ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s. 3, Y7HD, 11.04.2016, E. 2015/6791, K. 2016/7878(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁵SÜZEK, 2018, s. 776-777; NARMANLIOĞLU, s.556-558; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 604- 605; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.202-204; ERGİN, Sağlık Nedenleri, s. 175-176

yasaya göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamının esas alınması gerektiğini İşK. 55. Maddesini esas alarak benimsemiştir.

Yargıtay'ın bu görüşüne göre “usulsüz fesih halinde uygulanmayan bildirim süresi”, “iş sözleşmesi veya TİS’de belirtilmiş olan ücretsiz izin süreleri” ve “öncesinde çalışılmış olmak kaydıyla hafta tatili” dışındaki askı halleri ilke olarak kıdem hesabına katılmayacaktır³⁶. Öğretide çoğunluk görüşüne göre Yargıtay'ın bu uygulaması iş sözleşmesinin askı halinde de devam ettiği, yasada hiç bir sınırlama getirilmeksizin hizmet sözleşmesinin devamı süresinden bahsetmiş olması karşısında sözleşmenin tarafların iradesine bağlı olmaksızın zorunlu olarak askıda bulunduğu durumların kıdem tazminatı süresinden sayılması gerektiği; çalışanın istirahatli olduğu sürenin makul ölçüyü aştığı takdirde tam yıl hesabının göz önünde bulundurulamayacağına hükmedilmesinin, her ne kadar bu yürürlükteki 25. Maddenin I. Bendinin ilk fıkrası gereğince bir ölçüte bağlanmış ise de bununla kanuna uygunluğun sağlanmadığını, çalışanın tutukluluk ve ücretsiz izinde geçen sürelerinin kıdem tazminatı süre hesabına katılmayacağı yönündeki değerlendirmesinin isabetsiz olduğu³⁷ şeklinde eleştirilmiştir.

İşverence, çalışanın iş sözleşmesi kıdem tazminatına hak kazanmasına engel olmak amacıyla hak kazanmasına birkaç gün kala kötüniyetli olarak feshi halinde öğretide ki bir görüşe göre kıdem tazminatına hak kazanma koşullarından bir yıllık çalışmış olma koşulu oluşmadığı için iş sözleşmesi feshedilen çalışanın kıdem tazminatı

³⁶Öğretide aynı yönde görüş için AKTAY, s.101; “...Kıdem tazminatının süre olarak hesaplanmasında, çalışılan ve İş Kanunu’na göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamı esas alınmalıdır. Çalışılmayan veya kanun gereği çalışılmış sayılmayan süreler, örneğin işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Bu anlamda çağrı usulü çalışmada çağrılmayan sürelerin kıdem süresinden sayılma olanağı yoktur. Keza ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz. 2822 Sayılı Yasa'nın 42.maddesinin 5.fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz. Zira kanunda bu durumlar çalışılmış sayılan günler içinde yer almamıştır.” YHGK, 11.04.2012, E. 2012/9-303, K. 2012/317(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³⁷SÜZEK, 2018, s. 777; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 605; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.500; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.1138; NARMANLIOĞLU, s.557; ERGİN, Sağlık Nedenleri, s. 175

isteme hakkı bulunmayacaktır. Ancak bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre kıdem tazminatı ve koşulları oluşmuş ise kötüniyet tazminatı isteme hakkına sahip olacaktır³⁸.

2.1.1.3. İş Sözleşmesinin Kanunda Belirlenen Nedenlerle Sona Ermiş Olması

İşverenin haklı nedenle fesih hakkını oluşturan İşK.'nın Md.25/II Bendinde belirtilen sebepler ile feshi çalışana kıdem tazminatı talep hakkı vermeyecek bu sebeplerin dışında bir sebeple feshi halinde çalışanın kıdem tazminatı talep hakkı oluşacaktır. Çalışanın iş sözleşmesini kendisinin feshi halinde de kıdem tazminatı isteme hakkı bulunmamaktadır³⁹. Ancak kanunda sınırlı olarak sayılan iş sözleşmesinin çalışan tarafından haklı feshi hallerini oluşturan sebepler olarak İşK.'nın 24. maddesi gereğince feshi, muvazzaf askerlik nedeniyle feshi⁴⁰; yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme amacıyla feshi⁴¹; emeklilik için yaş dışındaki sigortalılık

³⁸ ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.2

³⁹ ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s. 6; "...davacının iş akdini kendisinin feshettiği, işverenin kıdem tazminatı ödemesinin bu gerçeği ortadan kaldırmayacağı, iş akdini kendi fesheden tarafın ihbar tazminatı talep edemeyeceği anlaşıldığından ihbar tazminatı talebinin reddi yerine hatalı değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" Y9HD, 15.06.2017, E. 2017/21040, K. 2017/10558(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁰ "Muvazzaf askerlik hizmeti, yirmi yaşını doldurmuş olan her erkek Türk vatandaşının zorunlu biçimde yapması gereken bir vatandaşlık ödevidir. İşçinin muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle silâh altına alınması hali ise 4857 sayılı Kanunun 31. maddesinde düzenlenmiş olup, bu durum, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde yer almadığından, işçinin kıdem hakkı bulunmamaktadır. İki ay ya da en çok doksan gün süreyle işçinin iş sözleşmesi askıda olduğundan bu süre içinde bir fesihten söz edilemez. Ancak, muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya bir başka nedenle silâh altına alınma durumunda, bu süre iki ayı (veya işçinin çalıştığı her yıl için iki gün eklendiğinde en çok doksan günü) geçerse, Kanunun 31. maddesi hükmü uyarınca işverence feshedilmiş sayılır. Söz konusu fesih, Yasanın 25/II maddesi uyarınca yapılan bir fesih sayılamayacağından, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükmüne göre, bu halde de kıdem tazminatı ödenmelidir. İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için feshin gerçekten askerlik nedenine dayanması gerekir. Ayrıldıktan sonra bir başka işyerinde çalışan işçinin muvazzaf askerlik sebebiyle ayrıldığı düşünülemez. İşçinin muvazzaf askerlik celp döneminden makul bir süre önce ayrılması da mümkün görülmelidir. İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesini feshinde ihbar öneli tanınmasına da gerek yoktur." Y7HD, 02.06.2014, E. 2014/3228, K. 2014/12036 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴¹ "4447 sayılı Yasanın 45. maddesi ile 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin birinci fıkrasına (5) numaralı bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine

süresi ve prim ödeme gün sayısını dolduranların feshi⁴² ve kadın çalışanın evlenmesi nedeniyle feshi⁴³ halinde kıdem tazminatına hak kazanabilecektir.

getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkânı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanamamış olsa da anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle işyerinden ayrılabilir ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak, işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Somut uyuşmazlıkta, davacının emekliliğe hak kazandığına ilişkin ilgili Kurumdan aldığı belgeyi davalı işverene sunduğuna ya da 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin birinci fıkrasının (5) numaralı bendine dayanarak iş sözleşmesini feshettiğini davalı işverene bildirdiğine ilişkin dosyada herhangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Mahkemece faiz başlangıcının tespiti açısından davalı işverenin davacının emeklilik nedeniyle feshini öğrendiği tarihin araştırılarak hüküm tesis edilmesi gerekirken, eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.” Y9HD, 14.06.2017, E. 2017/5443, K. 2017/10499 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴² “506 Sayılı Kanun’un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle” işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabileceği hükme bağlanmıştır. Y9HD, 07.04.2016, E. 2014/36553, K. 2016/8730 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>); “davalının fesih ihbarından haberdar olmadan önce, davacı işçinin 23 yıllık sigorta süresi ve 6165 gün prim ödemesi bulunmasına dayalı olarak; 1475 Sayılı İş Kanunu’nun 14.maddesinin 5.fıkrası gereğince emekliliğe hak kazanması ve işçilik alacaklarının ödenmemesi suretiyle ihtarname ile İş akdini haklı sebeple feshettiğini belirtmesi karşısında; mahkemece hatalı değerlendirme ile davalı fesih ihtarının davacıya daha önce ulaştığı gerekçesi ile iş akdinin işveren tarafından haksız feshedildiğinin kabul edilmesi hatalıdır. Mahkemece davacı vekilinin dava dilekçesinde açıkça iş akdini yaş hariç emeklilik koşullarının gerçekleşmesi üzerine davalının fesih ihbarından haberdar olmadan önce haklı sebeple feshettiğini iddia etmesi karşısında kıdem tazminatı talebinin kabulü yerinde ise de; davacının iş akdini kendisi haklı sebeple feshettiğinden ihbar tazminatının reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ihbar tazminatının kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Y9HD, 26.04.2016, E. 2014/36130, K. 2016/10441 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴³ **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.713; Y9HD, 20.05.2014, E. 2012/10999, K. 2014/16076 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>); YHGK, 12.10.2016, E. 2014/9-1136, K. 2016/968(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>); Yargıtay bir başka kararında evlenmeden önce yapılan fesih bildiriminin kıdem tazminatına hak kazandırmayacağını belirtmiştir. “...davacı dosya içerisinde bulunan 15/09/2012 tarihli dilekçede; evlendiğinden dolayı eşinin çalışmasına müsaade etmediğini haklarının ödenmesini talep ettiği, 18/09/2012 tarihli ... 11. Noterliğinin 36213 yevmiye nolu ihtarnamesi ile 18/09/2012 tarihinde evlendiğini bu nedenle kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacakların ödenmesini talep ettiği, davacının dosya içerisindeki 18/09/2012 tarihli evlilik cüzdanı fotokopisinden davacını belirttiği tarihte evlendiğinin anlaşıldığı, davacının dosya içerisindeki dilekçesinde evleneceğinden bahisle ayrılmak istediğinin yazılı olduğu ve dilekçesinin kendisi tarafından yazılmadığına ilişkin beyanı olmadığı, tarihin önceki bir tarih atıldığını ise kanıtlayamadığı, nitekim 18/09/2012 tarihinde nikahlandığını aynı gün noterden ihtarname keşide ettiği dikkate alındığında, davacının talebinin davalı tarafından kabul edilmemesi üzerine çekildiği, davalı tanığı ...'nin beyanından da davacının dilekçeyi evlenmeden önce yazdığını açık olduğu, davacı henüz evlilik akdi gerçekleşmeden bu talepte bulunmuş olup söz konusu dilekçesinde baskı altında yazdırıldığını ispatlayamamış olması nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanmayacağı..” Y9HD, 06.06.2017, E. 2017/21528, K. 2017/9794 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Ayrıca belirtmek gerekir ki 1475 sayılı İşK.’nın 14. maddesindeki “İşçinin ölümü halinde yukarıdaki hükümlere göre doğan tazminat tutarı, kanuni mirasçılarına ödenir.” Hükümü gereğince çalışanın ölümünde de iş sözleşmesi sona ereceğinden kıdem tazminatı isteme hakkı çalışanın yasal mirasçılarına geçecektir⁴⁴.

2.1.2. Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı

Basın İş Kanunu’nun 6. maddesinde⁴⁵ kıdem tazminatına hak kazanabilmek için meslekte en az beş yıl çalışma şartı getirilmiştir⁴⁶. Ancak İşK.’ ya tabi çalışanlardan farklı olarak aynı veya farklı işverenlerle yapılmış olduğuna bakılmaksızın kıdem süresi

⁴⁴ TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 239;

⁴⁵ Akdin işveren tarafından feshi ve kıdem tazminatı başlıklı 6. maddesinde “Meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem hakkı tanınır. Kıdem hakkı gazetecinin mesleğe ilk giriş tarihinden itibaren hesaplanır. Akdin feshi halinde gazeteci, bu süreye göre hesaplanacak tazminatı almaya hak kazanır. Birinci maddenin şümülüne giren bir işyerinde işverenle arasındaki hizmet münasebeti bir veya müteaddit mukaveleye istinaden fasulasız olarak en az beş yıl sürmüş olan gazetecinin işine son verilmesi yapılacak yazılı ihbardan itibaren üç ay geçtikten sonra muteber olur. Beş seneden az hizmeti olanlar için bu ihbar müddeti bir aydır. İhbar müddetinin son günü olan tarih tazminata esas tutulur ve yıllık izinden sayılmaz. Gazeteci yıllık iznini kullanmamışsa, işine son verilmesi halinde, izin müddetine ait ücreti kendisine peşin olarak verilir. Hizmetine bu madde hükümlerine göre son verilen gazeteciye feshi ihbar edilen mukaveleli taallük ettiği her hizmet yılı veya küsuru için, son aylığı esas ittihaiz olunmak suretiyle her yıl için bir aylık ücreti miktarında tazminat verilir. Ancak, yıllık hizmetin altı aydan az kısmı nazara alınmaz. İlk mukavele yılında bu miktar hesaplanmaz. Bir defa kıdem tazminatı alan gazetecinin kıdemi, yeni işine girişinden itibaren hesaplanır. Ancak, buna aykırı olarak işverenle gazeteci arasında yapılacak mukavele muteberdir. İşverenin maddi imkânsızlık sebebiyle gazetecinin tazminatını bir defada ödeyememesi halinde, tediye en çok dört taksitte yapılır ve bu taksitlerin tamamının süresi bir yılı geçemez. Ancak, bu bölünme o iş yerinin mali vergisini tahakkuk ettiren maliye şubesinin, müessesenin zarar etmekte olduğu kararı üzerine yapılabilir. İş Kanunu’nun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.” şeklindedir.

⁴⁶ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 940; “buna bağlı olarak 6/8. maddesinde ise, bir defa kıdem tazminatı alan gazetecinin kıdemi yeni girişinden itibaren hesaplanır, hükmüne yer verilmiştir. Taraflar arasındaki hizmet akdininin 7. maddesinde davacı davalıya ait iş yerinde 15/11/1995 tarihinde çalışmaya başladığını ve kıdeminin bu tarihte sıfır olduğunu kabul etmiştir. Davacı yine 20/08/1996 tarihli sarı basın kartı başvuru beyannamesinde de bugünkü işine başladığı tarihi 15/11/1995, gazeteciliğe başladığı tarihi 1995 ve işyerini de AŞ. olarak göstermiştir. Bu durumda beş yıllık kıdem süresi de dolmadığından davacı kıdem tazminatına hak kazanamaz.” YHGK, 16.05.2001, E. 2001/9-417, K. 2001/419 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

çalışanın mesleğe girişinden itibaren hesaplanmaya başlanmalıdır. Ve son olarak kıdemine bağlı olarak bir defa kıdem tazminatı alarak sözleşme sona ermiş ise yeni kıdemi başladığı bu yeni iş ile birlikte başlayacaktır. Basın İşK.’ da kıdem tazminatına yönelik tavan sınırlaması getirilmemiştir⁴⁷. Aynı zamanda kıdem tazminatını düzenleyen diğer İş Kanunlarına göre gelir vergisi kesintisi yapılmazken, gazetecinin kıdem tazminatının iki yıllık ücretine karşılık gelen kısmı gelir vergisinden muafiyet kapsamında olup, iki yıllık ücreti aşan kısım için gelir vergisi kesintisi yapılacaktır⁴⁸.

2.1.3. Deniz İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı

4857 İş Kanunu’nun 4. Maddesinin a bendi ve “deniz ve hava taşıma işlerinde” çalışanların bu kanunun uygulamasında kapsam dışında olduğu belirtilmiştir. 854 sayılı Deniz İş Kanunu, bu kapsamda çalışanlara yönelik düzenlemeler içermektedir.

Deniz İş Kanunu’nun 20. maddesinde⁴⁹ kıdem tazminatına hak kazanma halleri düzenlenmiştir. Buna göre Deniz İşK. Kapsamında faaliyet gösteren çalışanın kıdem

⁴⁷ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.940-943

⁴⁸ Müjdat ŞAKAR,” Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2, İstanbul 2008, s.11-29 (<http://www.calismatoplum.org/sayi17/sakar.pdf>) ayrıca belirtmek gerekir ki 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanununun 25. maddesinin 7. fıkrasında “1475 ve 854 sayılı kanunlara göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 5953 sayılı Kanuna göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz.)” hükmü mevcuttur.

⁴⁹ 854 sayılı Deniz İşK. 20. maddesi “*Bu Kanuna tabi gemi adamlarının hizmet akitlerinin:*
1. İşveren tarafından bu Kanunun 14 ncü maddesinin 1 nci bendinde gösterilen sebepler dışında,
2. Gemi adamı tarafından bu Kanunun 14 ncü maddesinin II’nci ve III ncü bentleri uyarınca,
3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,
4. Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla.
Feshedilmesi veya gemi adamının ölümü veya 14 ncü maddenin 4 ncü bendi sebebiyle son bulması hallerinde gemi adamının işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence gemi adamına 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.
Gemi adamlarının kıdemleri hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik gemilerinde ve hizmetinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. Geminin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde gemi adamının kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki

tazminatına hak kazanabilmesi için bir yıllık çalışma süresini tamamlamış olması ve “hizmet akdi belirli bir biçimde sona ermeli” bir başka ifade ile aynı kanunun 14.

hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12.7.1975 tarihinden itibaren geminin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları gemi adamını çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki gemi adamının aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır.

12.7.1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur.

Gemi adamının birinci bendin 4. fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır. Gemi adamının ölümü halinde bu şart aranmaz.

T. C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan gemi adamına, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir.

Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında gemi adamının hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz.

Ancak, bu tazminatın T. C. Emekli Sandığı'na tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktar, yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihinde T. C. Emekli Sandığı Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamaz.

Bu maddede geçen kamu kuruluşları deyimi genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 468 sayılı Kanununun 4 ncü maddesinde sayılan kurumları kapsar.

Aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez. Kıdem tazminatının hesaplanması, son ücret üzerinden yapılır. Sefer, parça başına, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur.

Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde tazminata esas ücret, gemi adamının işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.

16. maddenin (D) bendinde sözü geçen tazminat ile bu maddede yer alan kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 29. maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ilaveten gemi adamına sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur.

Bu maddede belirtilen kıdem tazminatı ile ilgili 30 günlük süre hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmeleri ile gemi adamı lehine değiştirilebilir. Ancak, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanunu'na tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez.

Gemi adamının ölümü halinde yukarıdaki hükümlere göre doğan tazminat tutarı, kanuni mirasçularına ödenir.

Kıdem tazminatından doğan sorumluluğu işveren, özel şahıslara veya sigorta şirketlerine sigorta ettiremez.

İşveren sorumluluğu altında ve sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm ve toptan ödeme hallerine mahsus olmak kaydıyla Devlet veya kanunla kurulu kurumlarda veya % 50 hisseden fazlası Devlete ait bir bankada veya bir kurumda işveren tarafından kıdem tazminatı ile ilgili bir fon tesis edilir.

Fon tesisi ile ilgili hususlar kanunla düzenlenir.” Şeklinde dir.

maddesinin⁵⁰ (I) bendinde yer alan fesih nedenleri dışında iş sözleşmesinin sona ermesi gerekir. Bir başka ifade ile iş sözleşmesinin 14. maddenin (I) bendine göre sona eren deniz iş adamının kıdem tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. En az bir yıllık kıdemnin bulunması bir diğer kıdem koşulunu oluşturur, İş K.'nın 14. madde hükümleri için belirtmiş olduğumuz hususlar burada da gerçekleşmelidir⁵¹.

2.1.4. Kıdem Tazminatının Hesaplanması

Çalışanın kıdem tazminatına hak kazanacak nitelikte olmak kaydıyla iş sözleşmesinin sona ermesi halinde her tam yıl için fesih tarihindeki otuz günlük son brüt ücret tutarından kıdem tazminatına hak kazanır⁵². Çalışanın kıdem tazminatı hakkının doğumu, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihtir.

Otuz günlük ücretin belirlenmesinde para ve para ile ölçülmesi mümkün olan ve arızı olmayan tüm menfaatler⁵³; parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin

⁵⁰ 854 sayılı Deniz İşK.'nin "Süresi belirli olan veya olmayan yahut da sefer üzerine yapılan hizmet akti başlıklı 14. maddesinin: I bendi "İşveren veya işveren vekili tarafından:

- a) Gemi adamının herhangi bir limanda geminin hareketinden önce gemiye dönerek hizmete girmemesi veya gemiye hiç dönmemesi,
- b) Gemi adamının gemide hizmet görmesinin tutukluluk, hapis veya gemide çalışmaktan menolunması gibi sebeplerle imkânsız bir hal alması,
- c) Gemi adamının işveren veya işveren vekiline karşı, kanuna, hizmet akitlerine sair iş ve çalışma şartlarına aykırı hareket etmesi,
- ç) Gemi adamının işveren veya işveren vekiline karşı denizcilik kural ve teamüllerine veya ahlak ve adaba aykırı hareket etmesi,"

⁵¹ **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.897- 910; **Bektaş KAR**, İçtihatları ve Mevzuatıyla Deniz İş Hukuku, Ankara 2011, s.152-153

⁵² **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.204; **TUNÇOMAĞ / CENTEL**, s. 245; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.735; **ÖZCAN**, İşçilik Alacakları, s.8

⁵³ **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s. 737; "İşçinin gıda, mesken, sağlık, yakacak ve aydınlatma gibi zaruri ihtiyaçlarını karşılayacak kıfayette olmak üzere iş karşılığında para veya ayın olarak yapılan ve arızî olmayan hür türlü ödemelerin ve bu arada hususi surette iyi olan bir hizmetin karşılığı olarak ödenen primlerin veya bu mahiyetteki yıllık ikramiyelerin İş Kanununun 13. maddesine göre hükmedilecek kıdem tazminatının hesabına esas olan ücret mefhumuna dâhil bulunduğu ve ticaret dairesinin bu yoldaki son içtihadının kanuna uygun bulunduğuna 15.5.1957 tarihinde ittifakla karar verildi." YİBGK, 15.05.1957, E. 1956/13, K. 1957/10(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret⁵⁴ esas alınarak, Yargıtay'ın ifadesiyle giydirilmiş brüt ücret⁵⁵, öğretide ki ifadesiyle geniş anlamda ücret⁵⁶ üzerinden kıdem tazminatı hesaplanır. Zira 1475 sayılı İşK.'nın 14. maddesinde “*Kıdem tazminatının hesaplanması, son ücret üzerinden yapılır. Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur.*

Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminata esas ücret, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.

13. maddesinde sözü geçen tazminat ile bu maddede yer alan kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 26. maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hâkim gecikme süresi için, ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder. İşçinin mevzuattan doğan diğer hakları saklıdır.

*Bu maddede belirtilen kıdem tazminatı ile ilgili 30 günlük süre hizmet akidleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilebilir.” Hükümü gereğidir. Son olarak belirtmek gerekir ki kıdem tazminatı aynı maddede “*Ancak, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanunu'na tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu**

⁵⁴ YHGK, 12.10.2016, E. 2014/9-1136, K. 2016/968 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵⁵ Y9HD, 15.06.2017, E. 2017/21538, K. 2017/10569(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵⁶SÜZEK,2018, s. 792; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.1168; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.205; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s.246

hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez.” Hükmü ile tavan sınırlamasına⁵⁷ tabi olarak ödenebilecektir. Tavan sınırlamasına ilişkin düzenleme emredici hükümdür.

Kıdem tazminatına uygulanacak faiz birer yıllık devreler halinde sözleşmenin mevduata uygulanacak en yüksek faiz olup feshi tarihinden itibaren hesaplanması gerekmektedir⁵⁸. Öğretilen bir görüşe göre ise ödenmemiş kıdem tazminatına faiz dava

⁵⁷ **TUNÇOMAĞ / CENTEL**, s. 246; **ÖZCAN**, İşçilik Alacakları, s. 9; Yargıtay kararında “...1475 sayılı Yasanın 14'üncü maddesinde, "Toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanunu'na tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez" şeklinde kurala yer verilmiştir. Belirtilen üst sınır, "genel tavan" olarak adlandırılabilir. En yüksek devlet memuru da Başbakanlık Müsteşarı olduğundan genel tavan, bu görevdeki kişinin emekliliği halinde Emekli Sandığına ödenecek olan bir yıllık ikramiye oranını geçemeyecektir. Genel tavan, iş sözleşmesinin feshedildiği andaki tavadır. Öneli fesih halinde önelin son bulunduğu tarih tavanın tespitinde dikkate alınır. İstirahat raporu içinde iş sözleşmesinin işverence feshi halinde ise, rapor bitimi tarihi feshin yapıldığı tarih sayılacağından, bu tarihteki tavan gözetilmelidir. İşverence ihbar öneli tanınmaksızın işçinin iş sözleşmesinin feshine rağmen ihbar tazminatının ödenmemiş olması durumunda, önel süresi içinde meydana gelen tavan artışından işçinin yararlanabileceği” Y9HD, 13.4.1998, E.1998/4280, K. 1998/6443 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>); “Dairemizce de kıdem tazminatı tavanının yasa da emredici şekilde düzenlendiği ve işçi yararına olsa da tavanı arttıran ya da tümüyle ortadan kaldıran sözleşme hükümlerinin geçerli olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak yasayla aksine imkân veren hallerde tavanın aşılması, geçersizlik sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte, işçinin 5434 sayılı Yasaya tabi hizmetlerinin tamamı için kıdem tazminatı ödeneceğini öngören yasa, ya da sözleşme hükümleri 1475 sayılı yasanın 14'üncü maddesinin altıncı fıkrasındaki özel tavanı bertaraf etmez. 4673 sayılı Yasanın geçici 3 üncü maddesinde, 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak çalışıp da iş mevzuatına tabi statüye geçmiş yada geçecek olanların iş akitlerinin, kıdem tazminatını gerektirecek şekilde sona ermesi halinde, Türk Telekom'da ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödeneceği kuralı getirildiğinden, Dairemizce işçinin ilgili kurum ile diğer kamu kurumlarında geçen hizmetlerinin kıdem tazminatı yönünden birleştirilmesi gerektiği kabul edilmiş, ancak 5434 sayılı Yasaya tabi dönemin 1475 sayılı Yasanın 14/6 maddesindeki özel tavana göre hesaplanması gerektiği sonunca varılmıştır” Y9HD, 8.4.2003, E.2002/21820, K. 2003/5911; Y9HD, 05.06.2017, E. 2017/21321, K. 2017/9681(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵⁸ **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.744; **TUNÇOMAĞ / CENTEL**, s. 247; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.205; **ÖZCAN**, İşçilik Alacakları, s.18; **KARMIŞ**, s. 428; “4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışanların kıdem tazminatı alacağına bankalarca bir yıllık mevduata fiilen uygulanan en yüksek mevduat faizi oranında faiz uygulanır. Faiz başlangıcı ise, fesih ile sona ermede fesih tarihi, emeklilik nedeniyle sona ermede yaşlılık aylığı tahsis belgesinin işverene verildiği tarih, eğer böyle bir bildirim yoksa dava tarihidir. 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında çalışanların kıdem tazminatı alacaklarına ise, temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanır. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışan ve belirsiz süreli sözleşmesini emeklilik nedeniyle fesheden davacının, yaşlılık aylığının bağlandığına ilişkin belgeyi işverene verdiğine dair dosyada somut bir delil bulunmadığından, mahkemece, kıdem tazminatı faizinin dava tarihi yerine fesih

tarihinden değil temerrüt tarihinden itibaren işletilmelidir⁵⁹. Basın İş Kanunu'na tabi çalışanlar için ücretin zamanında ödenmemesi durumunda yüzde beş gecikme zammı ile hesaplanarak ödenir ancak basın iş çalışanın bu ücret talebini uzun bir süre talep etmeksizin sonradan dava konusu yapması halinde hakkaniyet indirimi yapılır⁶⁰.

Hesaplama yapılırken net olarak hesaplanmalı ve yasal kesintiler düşülmelidir⁶¹. Kıdem tazminatından yapılacak kesintiler 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen istisnalar⁶² arasında sayılmış olması nedeniyle damga vergisi hesaplanarak brüt tazminattan düşülerek net olarak belirlenmesi gerekir⁶³.

tarihinden itibaren başlatılması hatalıdır” Y9HD, 03.03.2014, E. 2012/1822, K. 2014/6476 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁵⁹ TUNÇOMAĞ / CENTEL, s.247

⁶⁰ YHGK, 22.12.2004, E. 2004/9-774, K. 2004/754 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁶¹ Yargıtay kararında “Hükmedilen alacakların net mi, yoksa brüt mü olduklarının hüküm fıkrasında gösterilmemesi HMK.’nın 297/2. maddesine aykırı olup, infazda tereddüde yol açacağı düşünülmemesi de bozmayı gerektirmiştir” Y9HD, 13.03.2017, E. 2017/13708, K. 2017/3855 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁶² Madde 25 “Aşağıda yazılı tazminat ve yardımlar Gelir Vergisinden müstesnadır:

1. Ölüm, engellilik, hastalık ve işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı dahil) verilen tazminat ve yapılan yardımlar;
2. Muhtaç olanlara belli bir süre için veya hayat kaydı ile yapılan yardımlar (Asker ailelerine yapılan yardımlarla hayır derneklerinin ve yardım sandıklarının yardımları mutlak olarak bu istisnaya girerler.);
3. Kanunla kurulan emekli sandıkları ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesinde belirtilen sandıklar tarafından, kendilerine zat aylığı bağlanana aylıkları dışında, kanunları veya statüleri gereğince verilen emekli, dul, yetim ve evlilik ikramiyeleri veya iade olunan mevduatı ve sürelerini doldurmamış bulunanlarla dul ve yetimlerine toptan ödenen tazminatlar (506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklar tarafından ödenen tazminat, yardım ve toptan ödemeler en yüksek Devlet memuruna çalışılan süreye bağlı olarak ödenen tutardan fazla ise aradaki fark ücret olarak vergiye tabi tutulur. Bu mukayesede gerek muhtelif sandıklardan gerek aynı sandıktan muhtelif zamanlarda yapılan ikramiye, tazminat ve toptan ödemeler topluca dikkate alınır.);
4. Hizmet erbabına ödenen çocuk zamları (Bu zamlar Devletçe verilen miktarları aştığı takdirde, fazlası vergiye tabi tutulur.);
5. Evlenme ve doğum münasebetiyle hizmet erbabına yapılan yardımlar (Bu istisna hizmet erbabının iki aylığına veya buna tekabül eden gündeliklerinin tutarına kadar olan yardım kısmına uygulanır.);
6. Sosyal sigorta kurumları tarafından sigortalılara yapılan ödemeler;
7. 1475 ve 854 sayılı kanunlara göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 5953 sayılı Kanuna göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz.);
8. Genel olarak nafakalar (Alanlar için);

7036 sayılı yasanın⁶⁴ 15. maddesi ile İşK.’nın ek maddelerine yapılan ilave 3. Madde⁶⁵ ile 01.01.2018 tarihinden itibaren kıdem tazminatı beş yıllık zamanaşımına tabi kılınmıştır. Ancak 25.10.2017 tarihinde Resmi Gazete’ de yayınlanmakla yürürlüğe giren bu düzenleme öncesi on yıllık olan zamanaşımı süresi⁶⁶; aynı kanunun 16. maddesinde İşK.’nin geçici 18. maddesinin1. fıkrasında ki düzenlemesiyle “*bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra sona eren iş sözleşmelerinden kaynaklanan yıllık izin ücreti ve tazminatlar hakkında uygulanır.*” denilerek kötüniyet tazminatının

9. Yardım sandıkları tarafından statüleri gereğince kendi üyelerine ölüm, engellilik, hastalık, doğum, evlenme gibi sebeplerle yapılan yardımlar.

10. Yabancı ülkelerde bulunan sosyal güvenlik kurumları tarafından ödenen emekli, dul, yetim ve evlenme ikramiyeleri veya iade olunan mevduat, sürelerini doldurmamış bulunanlarla, dul ve yetimlerine toptan ödenen tazminat ve yardımlar.”

⁶³ ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.12 ayrıca 87

⁶⁴7036 sayılı yasanın yürürlük maddesine göre “3., 11. ve 12. maddeleri 1/1/2018 tarihinde, diğer hükümleri yayımı tarihinde” yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

⁶⁵ Kanunun madde gerekçesinde “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “I. On yıllık zamanaşımı” başlıklı 146. maddesi uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir. Anılan Kanunun “II. Beş yıllık zamanaşımı” başlıklı 147. maddesinde ücret gibi dönemsel edimler için beş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 32. maddesinde yer alan “Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır.” şeklindeki hüküm de bu düzenlemeyle uyumludur. Feshe bağlı alacaklar, 6098 sayılı Kanunun 147. maddesinde tahdidi olarak sayılan ve beş yıllık zamanaşımına tabi alacaklar arasında sayılmadığı için anılan Kanunun 146. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir. İşverenler yönünden bu sürenin 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 sıklıkla dile getirilmektedir. İşçiler yönünden ise fesih tarihinin tartışmasız ve net bir şekilde bilindiği, feshe bağlı alacağını dava etmek isteyen işçi için günümüz iletişim imkanları ve bilgilendirilme durumu dikkate alındığında, fesihden itibaren on yıllık zamanaşımı süresinin çok uzun olduğu, kendi alacağına karşı uzun süre kayıtsız kalmanın hukuk düzeni tarafından korunmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu sürenin kısaltılmasının, işçinin yeni iş bulma ve geleceğini planlamasına katkı sağlayacağı ve feshe bağlı alacağını talep etmek konusunda bir an önce harekete geçmesinin lehine olan delillerin korunmasına yardımcı olacağı da dile getirilmektedir. Bu kapsamda işçi ve işveren arasındaki uyumsuzluğun olabilecek en kısa sürede çözümlenmesinin sosyal barışa katkı sağlayacağı da düşünülmektedir. Bu gerekçelerle madde ile, iş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla, hangi kanuna tabi olursa olsun, yıllık izin ücreti, kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat (ihbar tazminatı), kötüniyet tazminatı ve iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat için zamanaşımı süresi beş yıl olarak öngörülmekte ve feshe bağlı olan bu alacaklar bakımından getirilen sürenin taraf menfaatlerine uygun ve sosyal barışa katkı sağlayacak nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Maddede tahdidi olarak sayılan bu alacaklar yönünden kabul edilen beş yıllık sürenin işçi bakımından da yeterli olacağı düşünülmektedir.” Şeklinde dir.

⁶⁶ Y9HD, 22.06.2017, E. 2015/11102, K. 2017/11164(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

da 5 yıllık zamanaşımına tabi olacağı belirtilmiş ve 2. fıkrasında ise “ *Ek 3. maddede belirtilen yıllık izin ücreti ve tazminatlar için bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri, değişiklikten önceki hükümlere tabi olmaya devam eder. Ancak, zamanaşımı süresinin henüz dolmamış kısmı, ek 3.maddede öngörülen süreden uzun ise, ek 3. maddede öngörülen sürenin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolmuş olur.*” Düzenlemesi getirilmiş zamanaşımının beş yıl ile sınırlandırılmıştır.

2.2.İhbar Tazminatı

Öğretide, ihbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde yasada belirlenmiş olan bildirim sürelerine uymaksızın, kanun hükümlerine aykırı olarak, çalışan veya işveren tarafından sona erdirilmesi halinde fesheden tarafın feshe maruz kalan tarafa bildirim sürelerine denk düşecek ücretten oluşan; zarar koşuluna bağlı olmaksızın, kesin ve götürü şekilde hesaplanarak ödenmesi gereken tazminat⁶⁷ olarak tanımlanmıştır. Fesheden tarafın çalışan veya işveren olmasının bağlı olmaksızın ihbar tazminatı haklı fesih hallerinde söz konusu olmayıp⁶⁸ sadece haksız fesih hallerinde ihbar tazminatı hakkı doğacaktır⁶⁹. Aynı zamanda belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı nedenle yapılmış olduğu iddiasının ispat edilememiş yahut hiç bulunmamasının sonradan ortaya çıkması veya hak düşürücü süre geçtikten sonra yapılmış olması halinde ihbar tazminatı talep

⁶⁷AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.155-156; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.921-922; NARMANLIOĞLU, s. 377; KESER, Bildirimli Fesih, s. 34-39; ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s. 59; “götürü olarak belirlenmiş tazminat olması sebebiyle haciz takas, temlik yasağı gibi ücrete ilişkin kurallar ihbar tazminatı hakkında uygulanamayacaktır.” KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s.358-360; YHGK, 14.03.2012, E. 2011/9-825, K. 2012/136 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁶⁸ NARMANLIOĞLU, s. 377; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.922-923; ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s. 59; “iş akdini davacı tarafın haklı nedenle feshettiği anlaşılmakta olup iş sözleşmesini haklı da olsa fesheden taraf ihbar tazminatına hak kazanmaz” Y22HD, 21.03.2017, E. 2017/15345, K. 2017/5722 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁶⁹NARMANLIOĞLU, s. 379; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.923; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s.359

edilebilecekken; ikale, ölüm gibi fesih dışında bir sebeple sona ermesi halinde ihbar tazminatı talep edilemeyecektir⁷⁰.

İhbar tazminatı, kıdem tazminatında olduğu gibi geniş anlamdaki ücret esas alınmak suretiyle fesih tarihindeki son ücret üzerinden hesaplanması gerekir⁷¹. İhbar tazminatı bakımından temerrüt tarihinden itibaren uygulanması gereken faiz oranı, 3095 sayılı Yasa⁷²nin 1. Maddesi gereğince yasal faiz olacaktır⁷³.

İhbar tazminatına ilişkin hesaplama yapılırken net olarak hesaplanmalı ve yasal kesintiler düşülmesi gerekmektedir. İhbar tazminatından yapılacak kesintiler 193 sayılı gelir vergisi kanununun 25. maddesinde belirtilen istisnalar⁷⁴ arasında sayılmamıştır bu nedenle ihbar tazminatının ödeneceği tarihte çalışanın gelir vergisi dilimi esas alınmak suretiyle hesaplanacak gelir vergisi ve damga vergisi hesaplanarak brüt tazminattan düşülerek net olarak belirlenmesi gerekir⁷⁵. İhbar tazminatı, kıdem tazminatı başlığı altında da anlatıldığı üzere⁷⁶ beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

2.3.Kötüniyet Tazminatı

İş güvencesi kapsamı dışında kalan çalışanın belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından gerçekte olmadığı halde, haklı neden olduğu ileri sürülerek derhal

⁷⁰ **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.77

⁷¹ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s.361; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.925; **ÖZCAN**, İşçilik Alacakları, s.63; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s. 77-78

⁷² RG, 19.12.1984,18610

⁷³ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.927; **ÖZCAN**, İşçilik Alacakları, s.65; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 38-39; **KARMIŞ**, s. 429; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.78

⁷⁴ Bkz. 193 sayılı Gelir vergisi Kanunu 25. maddesi

⁷⁵ **ÖZCAN**, İşçilik Alacakları, s.63

⁷⁶ Bkz. Dördüncü Bölüm, Kıdem Tazminatı Hesaplanması başlığı altında anlatılanlar

feshi veya ihbar öneli tanınmak suretiyle ya da bildirim önel ücreti peşin ödenmek suretiyle bir başka ifade ile ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de bu hakkın da her hak gibi Medenî Kanununun 2. maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir. Aksi takdirde işveren çalışanın sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanılmış olacaktır ki kanun bu durumu korumayacak⁷⁷ ve kötüniyet tazminatı ile yaptırım uygulayacaktır⁷⁸.

İş Kanunu'nun 17. maddesinin 6. fıkrasında “... bu Kanununun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir ...” gereğince iş güvencesi hükümlerine tabi olmayıp belirsiz süreli iş sözleşmesiyle bir işverene bağlı olarak çalışanların, iş sözleşmesinin işveren tarafından kötüniyetli feshi halinde bildirim süresinin üç katı tutarında kötüniyet tazminatı ödeneceği hüküm altına alınmıştır⁷⁹.

Belirtmek gerekir ki belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde bildirimli fesih hükümleri uygulanamayacağından belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmanın söz konusu olduğu durumda çalışanlar kötüniyet tazminatı talep

⁷⁷ Onama kararı veren Yargıtay kararında karşı oy bildiren üye gerekçesinde “Somut uyuşmazlıkta, davalı işyerinde 5 ay 27 gün kıdemi olan ve iş sözleşmesi yazılı bildirim yapılmadan feshedilen davacının 6 ay kıdem koşulu nedeni ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışma konusudur. Yerel ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonunda “davacının davalı işyerinde 21.05.2014 tarihinde işe başladığı 18.11.2014 tarihinde iş sözleşmesinin feshedildiği, dolayısıyla davacının işe iade davası açma şartlarından olan 6 aylık fiili çalışma süresini doldurmadığı, dava açma şekil şartlarının oluşmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Somut uyuşmazlıkta davacı iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiğini iddia etmektedir. Hakkın kötüye kullanılması da korunmamalıdır. Bunun yaptırımı ise iş güvencesinden yararlandırmak olmalıdır. Bu nedenle davacının bu iddiası üzerinde durulmalı, delileri toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmeli idi. Kararın bozulması gerektiği görüşündeyim. Bu nedenle çoğunluğun onama görüşüne katılmamıştır” Y9HD, 13.03.2017, E. 2016/5501, K. 2017/3725 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷⁸ NARMANLIOĞLU, s. 401; KESER, Bildirimli Fesih, s. 40; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.210; ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.81; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.81

⁷⁹ Y9HD, 13.06.2017, E. 2017/21489, K. 2017/10427(<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

edemeyecektir⁸⁰. Ayrıca, iş güvencesine tabi olmayan çalışanın iş sözleşmesinin haklı neden ileri sürülerek derhal fesih hallerinde haklı nedenin bulunmaması bir başka ifade ile feshin haksız olması durumunda da kötünîyet sabit ise çalışan kötünîyet tazminatı talep edebilecek *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal* tarafından belirtildiği üzere “ işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği beyanına karşılık salt haklı nedenin varlığını ispat edememesi kötünîyet tazminatını gerektirmez; feshin haklı bir nedene dayanmadan yapılmış olması yanında ayrıca işverenin fesih hakkını kötünîyetle kullandığı da sabit olmalıdır”⁸¹.

Yargıtay kötünîyet tazminatına hak kazanma koşulları ve tazminat miktarının hesaplanması açısından, 1475 sayılı İş Kanunu döneminden farklı olarak işveren tarafından yapılan fesihlerin kötünîyetli olması halinde dahi İşK.’nun 17. maddesinin altıncı fıkrasının açık hükmü karşısında, iş güvencesi hükümleri gereğince işe iadesi mümkün ise kötünîyet tazminatı talep edemeyeceğini⁸²; çalışanın, işyerinde kıdeminin altı aydan az olması, işyerinde otuzdan az işçi çalışması, belirli süreli iş sözleşmesi bulunması veya işveren vekili olması hallerinde feshin kötünîyetli kabul edilmesi durumunda kötünîyet tazminatına hak kazanacağını⁸³ bir başka ifadeyle iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilecek koşulları taşıyan çalışanın iş sözleşmesinin feshi halinde fesih kötünîyetli yapılmış olsa dahi kötünîyet tazminatı talep edemeyeceğini belirtmiştir.

⁸⁰ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.941; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.81

⁸¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.942

⁸² **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 41; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s. 216-217; **ÖZCAN**, İşçilik Alacakları, s.82; **BAKIRCI**, s. 119; **KÖSEOĞLU**, Bildirimli Fesih, s.81; “...davacının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığı araştırılmadan kötünîyet tazminatı yönünden yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup” Y9HD, 17.04.2017, E. 2017/4155, K. 2017/6723 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸³ Y9HD, 17.04.2017, E. 2017/4155, K. 2017/6723 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

1475 sayılı İşK.'nın, "işçinin sendikaya üye olması, şikâyete başvurusu, tanıklık yapması" gibi sebepler ileri sürülerek iş sözleşmesinin sonlandırılması, kötüninietin varlığı açısından örnekseme biçiminde sayıldığı halde, 4857 sayılı Yasada genel anlamda fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilmiş olup maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, çalışanın işvereni şikâyet etmesi, işverene karşı dava açması veya bir herhangi bir davada aleyhine tanıklık yapması nedenlerine bağlı fesihlerin kötüniniete dayandığı yine kabul edilebilecektir⁸⁴.

İş Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme ile Tazminat miktarının belirlenmesi de Yasa ile açıklığa kavuşturulmuş, "kötüniniet tazminatının" ihbar önellerine ait ücretin üç katı tutarında olacağı belirtilmiş ve ayrıca ihbar tazminatının da ödeneceği hüküm altına alınmıştır⁸⁵. İhbar süresi çalışan lehine olacak şekilde iş sözleşmesi ve TİS ile daha uzun olacak şekilde düzenlenebilecektir. Ancak ihbar tazminatının üç katı tutarında hesaplanacak kötüniniet tazminatı hesabına sözleşmeyle artırılarak belirlenmiş ihbar süresi esas alınarak hesaplama yapılmayacağı bir başka ifade ile kanuni ihbar süreleri gözetilerek hesaplanması gerektiği Yargıtay tarafından belirtilmiştir⁸⁶.

⁸⁴ NARMANLIOĞLU, s. 392; KESER, Bildirimli Fesih, s. 42-43

⁸⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.940; KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.210-215; ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.82; "Davacı kötü niyet tazminatı talebinde bulunmuş, ancak mahkemece fesihle kötü niyet bulunmadığı sonucuna varılarak bu isteği reddedilmiştir. Mahkemenin bu konudaki değerlendirmesi uygun olmakla birlikte kötü niyet tazminatı içinde ihbar tazminatı isteğinin de bulunduğu dikkate alınmadan bu hususta bir karar verilmemiş olması hatalıdır. Kötü niyet tazminatının, ihbar tazminatının ağırlaştırılmış şekli olduğu dikkate alınarak davacı lehine ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekir, Yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Y9HD, 21.05.2002, E. 2002/808, K. 2002/8729 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁶ "1475 sayılı İş Kanunu'nun 13/3 fıkrasında kötüniniet tazminatının hesaplanmasında aynı maddenin (A) bendinde sayılan önellere ait ücretin esas alınacağı öngörülmüştür. Buna göre, kötüniniet tazminatı belirlenirken, 13. maddede belirlenen yasal önel süresinin iki katı tutarında ücret üzerinden hüküm kurulmalıdır. Yazılı şekilde Toplu İş Sözleşmesinde öngörülen arttırılmış önel üzerinden hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Y9HD, 25.12.2003, E. 2003/21909, K. 2003/22733 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Kötüniyet tazminatı, zarardan bağımsız, götürü nitelikte, cezai şart niteliğinde olmadığından hâkim tarafından indirime gidilemeyen bir niteliğe sahiptir. Kötüniyet tazminatının hesabında da çalışana ücreti dışında sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler dikkate alınarak bir başka ifade ile geniş anlamda brüt ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekmektedir⁸⁷.

Yargıtay vermiş olduğu kararda mutlak emredici niteliğine sahip olması nedeniyle “kanundaki zamanaşımı süreleri, TBK’ nın 148. Maddesi gereğince tarafların iradeleri ile değiştirilemeyeceği” belirtmiştir. Kötüniyet tazminatı beş yıllık zamanaşımına tabi kılınmıştır. Kötüniyetin ispat yükümlülüğü çalışan üzerinde olup⁸⁸ çalışanın kötüniyetin varlığını somut bir olay göstermek suretiyle örneğin çalışanın işveren aleyhine tanıklık yaptığı vb. gibi bir olayla bağlı olarak ispat etmesi gerekir⁸⁹.

Hesaplama yapılırken net olarak hesaplanmalı ve yasal kesintiler düşülmelidir⁹⁰. Kötüniyet tazminatından yapılacak kesintiler 193 sayılı GVK.’ nun 25. maddesinde belirtilen istisnalar arasında sayılmamış olması nedeniyle gelir vergisi ve damga vergisi hesaplanarak brüt tazminattan düşülerek net olarak belirlenmesi gerekir ayrıca belirtmek gerekir ki kötüniyet tazminatına kısmi dava olarak dava açılmış olması halinde temerrüt

⁸⁷ SÜZEK, 2018, s.560; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.941; KESER, Bildirimli Fesih, s. 43; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 368; ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.89; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.84; Y9HD, 12.6.2008, E. 2007/21422, K. 2008/15336 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁸ KESER, Bildirimli Fesih, s. 41-42; ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.83; KÖSEOĞLU, Bildirimli Fesih, s.83; Yargıtay kararında “Somut uyuşmazlıkta yukarıdaki açıklamalar karşısında, davalı işyerinde hizmet akdi ile doktor olarak çalışan davacının iş akdinin kötüniyetli olarak feshedildiği ispat yükü üzerinde olan davacı işçi tarafından kanıtlanamadığından, davacının kötüniyet tazminatı talebinin reddi gerekirken maddi delil ve hukukî mesnetten yoksun şekilde ispat yükü tersine çevrilerek kötüniyetli fesih iddiasının aksinin davalı tarafça ispatlanmadığı gerekçesiyle kabulü isabetsizdir.” Y9HD, 13.06.2017, E. 2017/21489, K. 2017/10427 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.941

⁹⁰ Yargıtay kararında “Hükmedilen alacakların net mi, yoksa brüt mü olduklarının hüküm fıkrasında gösterilmemesi HMK.’nın 297/2. maddesine aykırı olup, infazda tereddüde yol açacağı düşünülmemesi de bozmayı gerektirmiştir” Y9HD, 13.03.2017, E. 2017/13708, K. 2017/3855 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

tarihinden itibaren, temerrüde düşürülmemiş ise dava tarihinden itibaren yasal faiz talep edilebilecektir⁹¹.

2.4.Maddi ve Manevi Tazminat

İş sözleşmesinin işveren tarafından usulsüz veya hakkın kötüye kullanımı suretiyle feshi halinde çalışanın ihbar veya kötüniyet tazminatı ile giderilemeyen bir zararı söz konusu ise her ne kadar İşK.’nın 17. maddesinde düzenlenmemişse de 1475 sayılı İşK.’nın 13. maddesinde düzenlendiği gibi genel hükümlere göre göre maddi tazminat talep edebileceği belirtilmiştir⁹². Ayrıca çalışanın kişilik hakları⁹³ veya mesleki itibarı usulsüz fesih veya hakkın kötüye kullanımı niteliğinde fesih ile zedelenmiş ise TBK’ nın 58. maddesi uyarınca manevi tazminat talep edebilecektir⁹⁴. Deniz İş Kanunu’na tabi çalışanlar yönünden gemi adamının sözleşmesinin feshinde işverence

⁹¹ ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.87-88; “Kötüniyet tazminatı için faize temerrüt tarihinden itibaren hükmedilebilir. Hizmet aktinin feshi, başlı başına temerrüdü oluşturmaz. Ayrıca işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Temerrüde düşürülme yoksa, faize dava tarihinden itibaren karar verilebilir. Bu hususlar üzerinden durulmadan, kötüniyet tazminatı için fesih tarihinden itibaren faize karar verilmesi doğru değildir.” Y9HD, 08.09.1992, E. 1992/2172, K. 1992/9284; “... davacı, kısmi davada saklı tuttuğu fazlaya ilişkin haklarını ek dava ile istemiştir. Davalı işveren 27.1.2000 tarihli dilekçe ile temerrüde düşürülmüştür. Bu husus asıl davada kabul edilmiş, derecattan geçerek kesinleşmiş, ek dava yönünden güçlü bir delil oluşturmuştur. Ek davada temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekir ise de, davacı bu konuda kararı temyiz etmediğinden ilk dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi yerindedir. O halde, mahkemenin ilk davadan önce işverenin temerrüde düşürüldüğü, bu yönün önceki karar ile kesinleştiği gerekçesiyle ek davada, birikmiş faiz dışındaki alacaklara 25.1.2001 ilk dava tarihinden faize hükmetmiş olması usul ve yasaya uygundur. Bu nedenle direnme kararı onanmalıdır.” YHGK, 05.03.2003, E. 2003/9-133, K. 2003/131 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.927; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Şerh, s. 361

⁹³ “Dosyadaki bilgi ve belgelerden davalı işverence, davacı hakkında asılsız ihbarda bulunulmasından dolayı, jandarma görevlileri tarafından göz altına alındığı ve cep telefonunun incelendiği anlaşılmaktadır. Davacının statüsü ve isnat edilen suçlamalar dikkate alındığında, manen elem ve üzüntü duyduğunun kabulüyle manevi tazminata hükmedilmesinde bir isabetsizlik bulunmamakta ise de, takdir edilen tazminat miktarı fahiş görülmüştür. Mahkemece daha uygun oranda manevi tazminat takdir edilerek hüküm altına alınmalıdır.” Y22HD, 25.06.2013, E. 2013/15099, K. 2013/15453 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, 2014, s.928

kişilik haklarının zarara uğratılması nedeniyle yine TBK 58. maddesi uyarınca manevi tazminat talep edilebilecektir⁹⁵.

3. ÇALIŞANIN İŞE İADESİ

İşveren tarafından yapılan usulsüz veya geçersiz ve haksız veya kötüniyetli feshinin söz konusu olduğu durumda çalışan tarafından yapılan itirazı ile mahkemece haklı bulunması halinde; işveren tarafından yapılan feshin geçersizliğine, çalışanın işe iadesine ve işverenin çalışana işe başlatmaması halinde hak kazanacağı, çalışma süresine bağlı olarak belirlenecek ihbar öneleri göz önüne alınarak en az dört ve en çok sekiz aydan oluşacak⁹⁶ “işe başlatmama tazminatı” ile en fazla dört aya kadar olmak üzere “boşta geçen süre ücret alacağını” belirlemek suretiyle işe iadesine karar verir⁹⁷. Söz konusu bu karar ile işveren tarafından yapılan feshin geçersiz veya haksız olduğuna karar verilmesi ile birlikte işveren çalışana işe başlatması veyahut işe başlatmaması halinde belirlenmiş olan bu tazminatları ödeme konusunda bir seçimlik hak tanınmıştır⁹⁸.

⁹⁵ **KAR**, s.151-152

⁹⁶ “...davacı işçinin davalıya ait işyerinde 20 yılı aşkın süre ile çalıştığı, davalı işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Ancak davacı işçinin kıdemine ve fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının davacının 7 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın davacının 6 aylık ücreti oranında belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir. Mahkemece; işe başlatmama tazminatının davacının 7 aylık ücreti tutarında belirlenmesi hatalı olup” Y9HD, 29.05.2017, E. 2016/31910, K. 2017/9041 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁹⁷ **SÜZEK**, 2018, s.644

⁹⁸ **SÜZEK**, 2018, s.646; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.174-175; **NARMANLIOĞLU**, İş Güvencesi, s. 626

Feshin geçersizliğine dair açılan dava niteliği itibariyle tespit davası⁹⁹ olduğu için söz konusu bu dava ile birlikte çalışanın kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve sair işçilik alacaklarını aynı davada talep hakkı bulunmamaktadır¹⁰⁰.

Çalışanın, mahkeme kararın kesinleşmesini müteakip on gün içerisinde işverene müracaat ederek yeniden işe başlatılmasını talep etmesi gerekir¹⁰¹. Söz konusu bu sürenin çalışan tarafından talepte bulunulmayacak şekilde geçirilmesi halinde, çalışan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin dört aylık ücreti ile diğer haklarını talep edemeyecektir¹⁰².

Çalışanın işe iade kararı sonrası işe başlamak için işverene on gün içerisinde işe başlamaya hazır olduğunu bildirerek başvuruda bulunması halinde işverenin iyiniyetli olarak bir aylık süre içerisinde çalışanı aynı işinde¹⁰³ işe başlamaya dürüstlük kuralına

⁹⁹ **NARMANLIOĞLU**, İş Güvencesi, s. 628; **CENTEL**, s. 137-138; “işe iade davası netice olarak bir tespit davası olup tespit davalarında yalnızca tespit hükmü verilir, eda hükmü verilemez. Dolayısıyla işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların miktar belirtilmeksizin, faiz ile ilgili herhangi bir ibare de kullanılmaksızın hüküm altına alınması ve ödenmesi gerektiğinin tespiti ile yetinilmesi gerekir” Y22HD, 20.06.2017, E. 2017/33956, K. 2017/14985 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁰⁰ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Şerh, s. 1408; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.380; **NARMANLIOĞLU**, İş Güvencesi, s.628

¹⁰¹ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 120; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, İş Güvencesi s.480; **CENTEL**, s.164

¹⁰² **SÜZEK**, 2018, s.648; **NARMANLIOĞLU**, İş Güvencesi, s.630; “İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı Yasanın 21. maddesinin beşinci fıkrasına göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.” Y7HD, 24.10.2016, E. 2016/34834, K. 2016/17413 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁰³ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, İş Güvencesi s.483; Yazara göre “İş Hukukunda, özellikle işe iade davalarının işçi lehine bitmesi durumunda işveren, işçiye işe çağırılmakta ancak işçinin önceki statüsüne uygun olmayan bir alanda istihdam etmesi kötüye kullanmaya örnek teşkil edebilir. her ne kadar gerçek anlamda bu durum işe iade kabul edilmese de hukuki gerekçe olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı ile gerekçelendirilmesi mümkündür.” **KILIÇOĞLU**, Kötüye Kullanma, s.

uygun bir şekilde davet etmesi gerekir¹⁰⁴. İşverence mahkeme tarafından işe iadesine karar verilen çalışanın işe başlama yönündeki talebine istinaden çalışanın, işverenin işe başlatma davetini aldıktan sonra mümkün olan en kısa sürede işe başlaması veya işe başlamaya hazır olduğunu işverene bildirmesi gerekir.

Çalışan tarafından, işverenin bu davetine olumlu cevap vermemesi veya işe başlamaya hazır olmaması durumunda; iş sözleşmesi çalışanın işe başlamaması nedeniyle fesih tarihinden itibaren geçerli feshe dönüşeceği için boşta geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatını talep edemeyecek ancak koşulları oluşması halinde kıdem ve ihbar tazminatını talep edebilecektir¹⁰⁵. Yargıtay “...çalışanın

728;“Davalı işveren, asıl-alt işveren ilişkisi sona erdiği ve davacının daha önceki işine başlatılması olanağı olmadığı halde, işe davet ihtarında kendi adresini belirtmeden ve asıl işvereni de davet eden işveren olarak belirterek, gönderdiği yazıda <İşe iade talebinin kabul edildiği, tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde işe başlaması gerektiği, işe başlaması halinde kıdem tazminatı ve ihbar tazminatının boşta geçen süre ücretinden mahsup edilerek tahsil edileceği> ihtarında bulunmuştur. Görüldüğü gibi işe iade talebi kabul edilmesine rağmen, davacının nerede hangi işyerinde, hangi işte ve hangi şartlarla işe başlatılacağı açıklanmamıştır. İşe davet ihtarında davalı işveren yükümlülüklerini yerine getirmediğinden, davacı işçi nerede, hangi işyerinde ve hangi şartlarla işe başlatılacağını bilmediğinden, usulüne uygun yapılmayan davete icabet etmemekte haklıdır. Kaldı ki davacı karşı ihtar ile bu durumu işveren bildirmiştir. Davacının işe başlatılmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağının kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.” Y9HD, 17.06.2013, E. 2012/31511, K. 2013/18700 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁰⁴ARSLAN ERTÜRK, s.341; KESER, Bildirimli Fesih, s. 122; “İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini (1) ay içinde işçiye bildirmesi gerekir. Tebligat sorunları sebebiyle bildirim süresi içinde yapılamaması halinde, bundan işveren sorumlu tutulamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa dahi, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla iki günlük süre olarak değerlendirilebilir. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı Yasanın 56. maddesinin son fıkrasındaki izinler için öngörülen en çok dört güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla dört gün içinde işe başlaması beklenmelidir. İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez. İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır.” Y7HD, 26.04.2016, E. 2015/1347, K. 2016/9319 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁰⁵KESER, Bildirimli Fesih, s. 121; NARMANLIOĞLU, İş Güvencesi, s.630; CENTEL, s. 177-178; “...iş sözleşmesinin 25.02.2011 tarihinden feshedildiğini iddia ederek, o tarihte alt işveren olan ... Mimarlık Şirketine ve asıl işveren Belediye Başkanlığı'na karşı kıdem ve ihbar tazminatı ile işçilik alacakları davası açmış, daha sonra birleşen davada ise iş sözleşmesinin 12.04.2011 tarihinde devralan alt işveren ... Mimarlık şirketi tarafından feshedildiğini belirterek anılan şirket ve Belediye

işverenin işe daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamamak olduğu, işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmesi gerektiği; böyle bir durumda ise, işverence yapılan fesih, İşK.'nın 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracak olup, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmayacağını ancak geçerli fesih olması nedeniyle de feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ile yıllık izin alacakları ödenmesi gerektiğini” belirtmiştir¹⁰⁶.

Çalışan işe başlama iradesini samimi bir şekilde göstermiş olması¹⁰⁷ halinde işveren tarafından işe başlatılsın veya başlatılmasın boşta geçen süre ücreti ve işveren tarafından başlatılmaması halinde işe başlatmama tazminatı ile diğer haklarını talep

Başkanlığına karşı ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı isteminde bulunmuştur. Ancak davacı aynı zamanda 12.04.2011 tarihli fesihten dolayı her üç davalıya karşı feshin geçersizliği ve işe iade davası açmış ve yapılan yargılama sonunda feshin geçersizliğine, davacının son alt işveren ... Mimarlık işyerine işe iadesine, sonuçlarından adı geçen davalı ile davalı asıl işveren Belediye Başkanlığının sorumluluğuna karar verilmiştir. Karar kesinleşmiş ise de davacının feshin geçersizliği kararı üzerine işverene başvurup başvurmadığı, başlatılıp başlatılmadığı, önceki feshin geçerli hale gelip gelmediği, başvuruya bağlı olarak başlatılmaması halinde önceki feshin ortadan kalkıp kalkmadığı araştırılmamıştır. Eksik inceleme ile feshe bağlı kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağının kabulü hatalıdır. Feshin geçersizliği kararı üzerine davacı süresinde başvurmamış veya başvurup başlamamış ise 12.04.2011 tarihli fesih geçerli hale geleceğinden maddi vakia ve taleple bağlılık kuralı ile usulü kazanılmış hak ilkesi dikkate alınarak kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin hüküm altına alınmalıdır. Davacı başvurmuş ve başlatılmamış ise asıl dava tarihi itibarı ile ortada fesih bulunmadığından feshe bağlı tazminat ve izin alacakları reddedilmeli, birleşen davada ise bu husus dava tarihi itibarı ile fesih (işe başlatmama tarihi) araştırıldıktan sonra sonucuna göre karar verilmelidir” Y9HD, 22.06.2017, E. 2017/5466, K. 2017/11100 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁰⁶ **Ali Cengiz KÖSEOĞLU**, “İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi(Geçersiz Fesih)”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2010, S.20, s.88-101; Y7HD, 07.03.2016, E. 2015/6023, K. 2016/5504 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁰⁷ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 121; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s. 380; **CENDEL**, s. 179-181; “...işe başlama isteğine dair ihtarnamede tebligatın yapılmasını istediği adresi açıkça belirtmiş olup, davalı tarafından söz konusu adrese yasal süresi içinde bildirim yapılmıştır. Tebligatın davacının tanınmaması nedeniyle iadesi üzerine davalının yeniden yaptığı ikinci bildirimde ise davacı herhangi bir cevap vermemiş, makul bir sürede davalıya işe başlama için başvurmamıştır. Bu nedenle davacıya davalı tarafından yapılan tebligatın geçerli olması ve davacının tebligatı aldıktan sonra dahi davalı işverene işe başlamak için müracaat etmemesi nedeniyle davacının işe iade yönündeki başvurusunun samimi olmadığı anlaşıldığından davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü isabetsizdir.” Y7HD, 14.04.2016, E. 2015/6154, K. 2016/8350 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

edebilecektir¹⁰⁸. Çalışanın işe başlatılmaması halinde boşta geçen dört aylık süre kıdemine esas süre belirlenirken göz önüne alınarak belirleneceğinden fesih sırasında şayet kıdem tazminatı ödenmiş ise kıdeme esas süreye dört aylık boşta geçen sürenin eklenmesinden kaynaklanan, yıllık izin süresinin belirlenmesi ihbar öneli süresinin belirlenmesi ve nihayetinde buna bağlı olarak diğer işçilik alacaklarının belirlenmesinden doğacak fark çalışan tarafından talep edilebilecektir¹⁰⁹.

İşveren, çalışanın işe başlama talebi üzerine bir ay içerisinde çalışanı aynı işte ve aynı özlük haklarıyla olmak üzere işe başlaması için çalışanı işe davet etmek zorundadır. Söz konusu bu davet şarta bağlı olmayacağı gibi çalışanın eski işinde, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olmadan ve aynı özlük haklarıyla işe başlatılması gerekecektir¹¹⁰. Bu noktada çalışma koşullarında esaslı değişiklik ve özlük haklarında fesih öncesinde olduğu üzere aynı haklarla başlatılmaması halinde işverenin işe başlatma iradesinin samimi olmadığı sonucuna varılarak çalışanı işe başlatmadığı kabul edilecektir. Bu durum da çalışan boşta geçen süre, işe başlatmama tazminatı ve diğer haklarını talep edebilecektir.

Boşta geçen süre ücret alacağı en çok dört aya kadar¹¹¹ olmak üzere feshin geçersiz sayılması ile birlikte çalışsaydı ödenecek olan giydirilmiş brüt ücreti üzerinden hesaplanarak belirlenecektir¹¹². Feshin geçersiz veya haksız olduğu itirazı üzerine açılan dava ile birlikte iş sözleşmesi askıda kabul edileceğinden fesih tarihinden itibaren dört

¹⁰⁸ KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.380; Ömer EKMEKÇİ/Mehmet UÇUM, “İş Güvencesi Tazminatı gelir Vergisi Kesintisine Tabi midir?”, Legal İSGHD, İstanbul 2006, Cilt 3, S.9, s.41-48

¹⁰⁹ KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, İş Güvencesi s.486-488; ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.233; CENTEL, s. 171

¹¹⁰ SÜZEK, 2018, s.649; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, İş Güvencesi s.483

¹¹¹ KILIÇOĞLU, Temel Kavramlar, s.382; ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.232

¹¹² ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.232

aylık sürenin de çalışanın hizmet süresine eklenmek suretiyle son değerler üzerinden belirlenerek hesaplanacaktır¹¹³.

İşe başlatmama tazminatı, götürü bir tazminat olması nedeniyle Yargıtay'ın kararlarında¹¹⁴ belirtildiği üzere çıplak brüt ücreti üzerinden hesaplanması gerekmektedir. Öğretide vergi kesintisine tabi olan iş güvencesi tazminatından gelir ve damga vergisi kesintisinin yapılması gerektiğini belirtilmiştir¹¹⁵. Ancak 5904 sayılı yasanın¹¹⁶ yürürlüğe girmesiyle 193 sayılı gelir vergisi kanununda değişiklik yapılmış ve işe başlatmama tazminatı gelir vergisi istisnaları arasında gösterilmiştir. Bu düzenleme sonrası Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilmemeli, sadece damga vergisi kesilmesiyle yetinilmelidir¹¹⁷.

¹¹³ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 90; **KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK**, İş Güvencesi s.486; **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s. 392; **CENTEL**, s.169

¹¹⁴ “İşe başlatmama tazminatının giydirilmiş brüt ücret üzerinden değil çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanması gerektiği, boşta geçen süre ücreti ve sosyal yardımlar ile işe başlatmama tazminatı açısından, hesaplanan brüt miktarlardan ödenen net miktarların düşülmesinin isabetsiz olup, ödenen meblağların brüt miktarları tespit edilerek hesaplanan brüt alacaktan brüt miktarlar mahsup edilmesi gerektiği, kıdem tazminatı açısından, hüküm altına alınan 1.487,45 TL.'nin brüt miktar olmasına rağmen Mahkeme hükmünde 1.487,45 TL.'nin net olduğunun belirtilmesinin doğru olmadığı, kıdem tazminatının faizi başlangıcının işe başlatmama sonucunda feshin kesinleştiği tarih olan 12/07/2012 tarihi olduğu, davacı vekilinin dava ve ıslah dilekçesindeki talebi de 12/07/2012 tarihinden itibaren faiz yürütülmesi iken işe başlatmama sonucu feshin kesinleştiği tarihten itibaren kıdem tazminatına faiz yürütüleceği kuralına ve HMK. 26 ve HUMK.'un 74. maddesindeki taleple bağlılık kuralına aykırı olarak, fiili fesih tarihi olan 06/08/2010 tarihinden itibaren faiz yürütülmesinin hatalı olduğu" belirtilerek karar bozulmuştur. Bozma üzerine yeniden yapılan yargılama sonucunda, bozmaya uygun olarak çıplak brüt ücretten hesaplanan brüt işe başlatmama tazminatından ödenen brüt işe başlatmama tazminatı mahsup edilince alacak kalmadığı bilirkişi raporu ile de tespit edildiği halde, işe başlatmama tazminatı talebinin reddedilmesi gerekirken, işe başlatmama tazminatı olarak net 436,07 TL'ye hükmedilmesi hatalıdır.” Y9HD, 22.06.2017, E. 2017/21858, K. 2017/11169 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹¹⁵ **EKMEKÇİ/ UÇUM**, s.48; **ÖZCAN**, İşçilik Alacakları, s.228

¹¹⁶ RG, 03.07.2009, 27277

¹¹⁷ **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 129-130; **CENTEL**, s. 183; Y9HD, 04.07.2011, E. 2009/18209, K. 2011/21702 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Yargıtay ve öğretide “işe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki çıplak brüt ücrete göre hesaplanması” gerektiğini, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu anın ise çalışanın işe başlatılmadığı tarih olduğunu belirterek, “işe iade kararına rağmen işçinin işe alınmaması nedeniyle işe başlatmama tazminatının ödenmesi söz konusu ise, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmediğini, işe başlatmama anından itibaren yasal faiz hakkı doğacağını belirtmiştir¹¹⁸.

¹¹⁸ **KILIÇOĞLU**, Temel Kavramlar, s.390; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 129; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s.175; **ÖZCAN**, İşçilik Alacakları, s.228-231; **CENTEL**, s. 184; **Enver KARMIŞ**, Uygulamalı Faiz ve Alacak Hesapları Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 428; Y7HD, 09.03.2016, E. 2015/6259, K. 2016/5859 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

4. SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNUNDA DÜZENLENMİŞ BULUNAN YAPTIRIMLAR

4.1. Sendikacılık Tazminatı ve İşe İade

Sendikal Tazminatın dayanağını, Anayasa'nın 51. maddesi ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun¹¹⁹ 31. maddesi oluşturmaktadır.¹²⁰ Öyle ki, anılan kanunun 31. maddesinin 7. fıkrasında, işveren tarafından sendikal faaliyetler ve sendika üyeliği nedeniyle yapılacak fesihlerde; Deniz İşK., Basın İşK. ve TBK' ya tabi çalışanlar ile tarım işçileri ve İşK.' ya tabi ancak iş güvencesi kapsamında olmayan çalışanların açacakları işe iade davalarında çalışana ödenecek tazminatın altıncı fıkra hükmü esas alınarak belirleneceği düzenlenmiştir.¹²¹

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesindeki¹²² benzer düzenleme; sendika faaliyetleri ve sendika üyeliği nedeniyle yapılacak kötüniyetli

¹¹⁹ RG, 07.05.1983, 18040

¹²⁰ **NARTER**, s.684

¹²¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.944; **SUR**, s.63

¹²² Anılan Kanun'un 25. madde düzenlemesi: "İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, 4857 Sayılı Kanun'un 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması halinde, ayrıca 4857 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 Sayılı Kanun'un yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminata talebini engellemez.

fesihlere karşı iş güvencesi hükümlerine tabi olan veya olmayan çalışanlara koruma sağlanarak, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmayacak sendikal tazminat talep etme hakkı ve İşK.’nın 21. maddesine göre işe iade davası açma hakkı tanımıştır¹²³. STSK ‘nın 25. maddesinin 5.fıkra düzenlemesinde ayrıca, “bir yıldan az olmamak üzere ödenecek sendikal tazminatın, işverenin çalışanı işe başlatıp başlatmamasına bağlı olmadığı” ve “çalışanın işe iade davası açmaması halinde de sendikal tazminat talep edebileceği” hükme bağlanmıştır¹²⁴.

Nitekim, Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde çalışanın İşK.’nin 18, 20 ve 21. maddelerine dayanarak dava açma hakkına sahip olduğunu, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin belirlenmesi halinde işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata hükmedileceğini, çalışanın işe başlatılmaması halindeyse ayrıca İşK.’nin 21. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmeyeceğini, çalışanın 4857 sayılı Kanunun hükümlerine göre dava açmamasının sendikal tazminat talep etmesine engel olmadığını belirtmiştir¹²⁵.

İşverenin, bir sendikaya üye olan çalışanlarla sendika üyesi olmayan çalışanlar arasında işe alınmalarında ve işe devamlarında sendikal ayrımcılığa maruz bırakamayacağı, gerek mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesinin

(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.

(8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.

(9) İşçinin İş Kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır.” şeklindedir.

¹²³ SÜZEK, 2018, s.561; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL,2017, s.332; SUR, s.60

¹²⁴ A. Can TUNCAY, F. Burcu SAVAŞ KUTSAL, Toplu İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2016, s.138-139

¹²⁵ KESER, Bildirimli Fesih, s. 47; Esra BASKAN, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 63567 Sayılı Kanun’un Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, Sicil İHD, İstanbul2013, S.30, s. 77-92; Y9HD, 20.10.2014, E. 2014/31309, K. 2014/30175 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

3.fikrasında¹²⁶, gerekse STSK ‘nın 25. maddesinin 2.fikrasında¹²⁷ düzenlenmiş, bu bakımdan sendikal faaliyetler ve sendika üyeliği nedenleriyle iş sözleşmesinin feshi dışında işverenin çalışanlara yönelik sendikal nedenle ayrımcılık yaptığı hallerde de çalışanlara sendikal tazminat talep etme hakkı tanınmıştır¹²⁸.

Öğretide bir görüş, iş güvencesi kapsamı dışında kalan çalışanların iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshedilmesi halinde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu zamanında çalışanların sendikal tazminat talep etme hakkı varken, STSK ‘nın 25. maddesinin 4 ve 5. fıkrasıyla birlikte bu hakkın artık ortadan kalktığını, zira iş güvencesi kapsamı dışında kalan çalışanların sendikal tazminat talep edebilmelerine olanak sağlayan önceki kanunun 31/f.7’deki gibi bir düzenlemenin yeni yasada yer almadığını, bu kapsamdaki çalışanların sadece sendikal ayrımcılık nedeniyle sendikal tazminat veya sendikal nedenlerle yapılan fesihlerde TBK’nın 434. maddesine göre kötüniyet tazminatı talep edebileceklerini ileri sürerken¹²⁹; diğer görüş iş güvencesi kapsamında olmayan çalışanların da sendikal nedenlerle fesih halinde sendikal tazminat talep edebileceklerini ileri sürmüştür¹³⁰. Yargıtay, öğretide ve yargı kararlarında tartışmalı olan iş güvencesi kapsamında olmayan ve iş sözleşmesi sendikal nedenlerle

¹²⁶ 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31 maddesinin 3.fıkrası: “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.” şeklindedir.

¹²⁷ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ‘nun 25. maddesi, “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.” şeklindedir.

¹²⁸ SÜZEK, 2018, s.563; NARTER, s.687; KESER, Bildirimli Fesih, s. 47; SUR, s.52-56

¹²⁹ NARTER, s.686-687; M. Polat SOYER/Fazıl SAĞLAM, “İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halince Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Bu Açından Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, Legal İSGHD, İstanbul 2013, Cilt 10, S.39, s.5-6

¹³⁰ TUNCAIY/SAVAŞ KUTSAL, s.115; SÜZEK, 2018, s.562; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL,2017, s.332; KESER, Bildirimli Fesih, s. 49; BASKAN, s. 82;

feshedilen çalışanların, tıpkı sendikal ayrımcılıkta öngörülen yaptırım gibi sendikal tazminat talep edebileceklerini, maddede ve madde gerekçesinde iş güvencesi kapsamı dışında kalan çalışanların sendikal tazminat talep edemeyeceklerini belirten bir ifade olmadığını kararlarında belirtmiştir¹³¹. Nitekim öğretide ki bu tartışmalara neden olan 6356 Sayılı Kanunu'nun 25. Maddesinin 4. Fıkrasında ki “fesih dışında” ibaresini ve aynı maddenin 5. Fıkrasındaki “18” ibaresini Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle AYM iptal etmiştir¹³². Buna göre artık Sendikal feshe karşı İş güvencesi kapsamında olmayan çalışanlarda sendikal tazminat isteyebilecek yahut işe iade davası açabileceklerdir. Özellikle belirtmek gerekir ki işe iade davası açma hakkı yalnızca sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi durumunda geçerli olup iş güvencesi kapsamında olmayan

¹³¹ “...Aslında düzenleme 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen kuralın aynısıdır. Kurala başkaca bir anlam ve özellikle iş güvencesi kapsamında olmayanların sendikal tazminat güvencesinden yoksun olacağı anlamı yüklenmemelidir. Zira aynı madde de işe alınırken ve iş sözleşmesi devam ederken sendikal ayrımcılığa bağlanan yaptırımın, fesih gibi daha ağır sonuçlar doğuran bir haksız fiile (ki sendikal nedenle fesih) uygulanmayacağını düşünmek yukarıda sayılan Uluslararası sözleşmelere, insan haklarına, Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlere, eşitlik ilkesine ve sosyal hukuk devletinin gereklerine aykırıdır. Kanun koyucunun hangi gerekçeyle olursa olsun, hele insan hakları konusunda farklı davranabileceği, onları daha etkin bir güvenceden mahrum bırakabileceği düşünülmemelidir. Bir iş hukuku kuralının, bu hukuk alanına ait ilkelere bağımsız yorumlanması da söz konusu olamaz. Kaldı ki maddede ve maddenin gerekçesinde açıkça iş güvencesi kapsamında olmayanların sendikal tazminat istemeyecekleri yönünde bir ifade de yoktur. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25/5. fıkrada yapılan düzenleme ile iş güvencesi kapsamında sayılmayan ve keza deneme süresi içinde fesih hakkı kötüye kullanılarak veya sendikal nedenle feshedilen işçi gruplarının feshe karşı sendikal tazminattan yararlandırılmaması; Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Denetim Organlarının (Uzmanlar Komitesi, Sendika Özgürlüğü Komitesi) raporlarındaki değerlendirmelerinde açıkça görüleceği üzere “örgütlenme özgürlüğünün teminatına ilişkin genel tutumuna ters düşmektedir. Ayrıca düzenleme iş güvencesi kapsamında olanlar ve olmayanlar arasında doğrudan ayrımcı bir uygulamaya gittiği için de ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmelerine aykırılık teşkil etmektedir. Görüldüğü gibi sendikal haklar en üst normlarca korunmaktadır. Her ne kadar 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde açıkça düzenlenmesinde iş güvencesi hükümleri kapsamında kalmayan işçilerin deneme süresi içinde de olsa sendikal nedenle fesih gerçekleşmesi ve ispat edilmesi halinde, uluslararası ve Anayasa'nın normatif hükümleri, aynı maddenin işe girerken ve işe sözleşmesi devam ederken sendikal ayrımcılıkta öngördüğü yaptırım gibi sendikal tazminat isteminde bulunabileceklerinin kabulü gerekeceğinden mahkemenin bu yöndeki gerekçesi isabetlidir.” Y9HD, 20.10.2014, E. 2014/31309, K. 2014/30175 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹³² AYMGK, 22.10.2014, E. 2013/1, K. 2014/161; RG, 11.1.1.2015, 29529

çalışanlar işveren tarafından yapılan feshin geçersiz fesih halinde ise işe iade davası açamayacaklardır¹³³.

Öte yandan, her ne kadar 6356 sayılı STSK 'nın 25. maddesinin son bendinde “İşçinin İş Kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu haklar saklıdır” ifadesine yer verilmiş ve bu durumda çalışanın sendikal tazminatla birlikte kötü niyet tazminatı da talep edebileceği gibi bir anlam çıkıyor olsa da, gerek mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4773 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramasından önce “sendikal tazminata hükmedildiğinde kötü niyet tazminatının talep edilemeyeceği ”nin açıkça belirtilmiş olması gerekse de değişiklik sonrasında öğretide her iki tazminatın da kaynağının ve amaçlarının yani hukuki niteliğinin aynı olduğunun belirtilmesi nedeniyle her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceği ifade edilmiştir¹³⁴. Nitekim Yargıtay da sendikal tazminat veya kötüniyet tazminatının tahsili istemine ilişkin davada, öncelikle fesihte sendikal nedenin varlığının araştırılması gerektiğini ve tespit edilmediği takdirde kötüniyet tazminatının koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹³⁵.

Ayrıca sendikal tazminatla birlikte, İşK.'nin 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatına da hükmedilemez. Bu durum, aynı maddede “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. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümleri saklıdır” şeklinde ifade edilmiştir. Sendikal ayrımcılık iş sözleşmesinin deneme süresi içerisinde gerçekleşmiş ise bu süre içerisinde sendikal ayrımcılık nedeniyle sendikal tazminat talep edilebilecektir¹³⁶. İş Güvencesi tazminatı ile birlikte talep edilemeyen sendikal

¹³³ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 110-114, EKMEKÇİ, Toplu İş, s.104-113

¹³⁴ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 119; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL,2017, s.333; SÜZEK, 2018, s.563; NARTER, s.685; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.443; BAKIRCI, s. 116; SUR, s.62;

¹³⁵ Y9HD, 20.10.2014, E.2014/31309, K. 2014/30175 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹³⁶ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 116

tazminat, talep edilmiş olması halinde de mahkemece bu tazminatlardan sadece koşulları meydana gelmiş olması halinde öncelikle sadece sendikal tazminata, şayet sendikal nedenle fesih yapıldığı ortaya konulamamış ise iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerekecektir¹³⁷.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ‘nun 25.maddesinin 6. fıkrasında, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğine yönelik davada ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu¹³⁸, feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden çalışanın ise feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Feshin sendikal nedenle yapıldığı iddiasının mahkemece sendika ve davalı işveren kayıtlarının araştırılarak “sendikaya üye olan, üyelikten çekilen, üyelikten çekilenlerden çalıştırılan, üye olup iş sözleşmesi feshedilen, sendikadan istifa eden işçi sayısı ve istifa tarihlerinin ve işyerinde çalışması devam eden işçiler olup olmadığının, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, iş yerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikal olup olmadığının sorularak feshin sendikal sebebe dayanıp dayanmadığı hususunun kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması” gerektiği Yargıtay kararlarında¹³⁹ belirtilmiştir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ‘nun 25. maddenin 7.fıkrasında ise fesih hali dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığına yönelik davada ispat yükümlülüğünün çalışanda olduğu, ancak çalışanın sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde ortaya koyması halinde, işverenin davranışının nedenini ispatla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Öğretide belirtildiği üzere Yargıtay uygulamalarında sendikal nedenlerle yapıldığı ileri sürülen fesihlerin ispatı açısından salt tanık beyanlarına

¹³⁷ TUNCAI/SAVAŞ KUTSAL, s. 116; BASKAN, s. 77-92; SUR, s.62

¹³⁸ ÖZCAN, İşçilik Alacakları, s.83

¹³⁹ Y22HD, 23.01.2017, E. 2017/759, K. 2017/692 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

dayanılması yeterli olmayıp yan delillerle feshin sendikal nedenle yapıldığının desteklenmesi¹⁴⁰ gerekmektedir.

Yargıtay kararlarında “iş yerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, iş yerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, iş yerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağtlanıp bağtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması” şeklinde kıstaslar belirleyerek¹⁴¹ sendikal nedenle feshin varlığının özenle araştırılması gerektiğini belirtmiştir.

Belirtmek gerekir ki Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi çalışanlar yönünden işe iade talep hakkı bulunmamakla birlikte sendikal tazminat talep etme hakkı iş güvencesine tabi olup olmadığına bakılmaksızın sendikalı çalışan olanların tamamına söz konusu AYM kararı sonrasında tanınmıştır¹⁴².

Sendikal tazminat çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanacak¹⁴³ olup Öğreti ve Yargıtay’ca alt sınır olarak belirlenmiş fakat üst sınırı olarak hâkimin takdirine bağlı olduğu belirtilen çalışanın en az bir yıllık¹⁴⁴ brüt maaşından oluşacak sendikal tazminat

¹⁴⁰**SUR**, s. 59-60; “...işverence gerçekleştirilen feshin haklı veya geçerli bir nedene dayanmadığı, iş akdinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia eden davacı işçi tarafından da soyut tanık anlatımları dışında bu iddiasını destekleyen herhangi bir delil sunulmadığı anlaşılmalı” Y9HD, 21.03.2017, E. 2016/8103, K. 2017/4490 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁴¹ Y9HD, 27.03.2017, E. 2016/7320, K. 2017/4974 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁴²**EKMEKÇİ**, s. 109-113; Deniz İş Kanununun 16. Maddesine göre “*Gemiadamının sendikaya üye olması, şikayete başvurusu 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.*” **KAR**, s. 150-151

¹⁴³**MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, 2014, s.945; **NARTER**, s. 690; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 59; **ÖZCAN**, İşçilik Alacakları, s.83

¹⁴⁴ **TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL**, s. 115; **KESER**, Bildirimli Fesih, s. 59; Yargıtay kararında mahkemece feshin sendikal sebebe dayandığından geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar

miktarından sadece damga vergisi kesintisi yapılarak çalışana ödenecek miktarın belirlenmesi gerekir¹⁴⁵.

4.2. Sendika İşyeri Temsilcisinin Talep Edebileceği Tazminatlar

İşyeri sendika temsilciliğinin (son fıkra nedeni ile amatör sendika yöneticisinin) feshe karşı korunması STSK 'nın 24. maddesinde¹⁴⁶ düzenlenmiş, bu yönüyle 'sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeni' ile feshe karşı korumanın düzenlendiği 25. maddeden ayrı ele alınmıştır. Anılan 24. maddenin son fıkrasında "*madde hükümlerinin işyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler hakkında da uygulanacağı*" belirtilmiştir.

Yargıtay, sendika işyeri temsilcisi ve amatör sendika yönetici konumunda olan çalışanlar yönünden görevlerini yerine getirmeleri için 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerde feshin geçersizliği, geçersiz bir fesih işlemine bağlandığı halde, sendika işyeri temsilcileri ve son fıkra gereği amatör yöneticiler için

verilmiş olması isabetlidir. Ancak, davacı lehine hüküm altına alınan sendikal tazminat isteminin davacının 13 aylık ücreti olarak belirlenmesi doğru olmamıştır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, iş sözleşmesinin sendikal sebeple feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirlenmesi gerekir. Anılan düzenlemede tazminat miktarının alt sınırı bir yıllık ücret olarak belirlenmiş olup yasal düzenlemede üst sınır bulunmamaktadır. Mahkemece bir yıldan daha fazla miktarda tazminata hükmedilmesinin gerekçesi olarak davacının kıdeminin dikkate alındığı belirtilmiş olsa da davacının çalışma süresinin 04.10.2012-22.08.2014 olduğu, bu haliyle dosya kapsamına göre bir yıllık ücret tutarı aşılarak 13 aylık miktarında tazminata hükmedilmesi hatalıdır." Y22HD, 26.01.2017, E. 2017/850, K. 2017/1038 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁴⁵ NARTER, s. 692

¹⁴⁶ Madde metni "İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendika dava açabilir. Dava basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde bölge adliye mahkemesi kesin olarak karar verir. Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması hâlinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilcilğe atanma hâlinde de uygulanır. İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi hâlde değişiklik geçersiz sayılır. Bu madde hükümleri işyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler hakkında da uygulanır." şeklindedir.

feshin haksız olması, haklı nedene dayanmaması halinde işe iadeleri mümkün olabileceği düzenlenerek özel bir düzenleme yapılmış ve feshin sendikal nedenle yapılmadığının ispat yükü işveren üzerinde iken işyeri temsilcisi ve amatör sendika yöneticisinin iş sözleşmesinin feshinin sendikal nedenle yapıldığının ispat yükü çalışanın üzerinde olacak şekilde düzenlenmiştir¹⁴⁷. Sendika işyeri temsilcisi ve amatör sendika temsilcilerinin iş sözleşmesi ancak haklı neden olduğunda feshedilebilecek, geçerli neden oluşturacak durumlar ileri sürülerek sözleşmenin feshinde fesih geçersiz olacaktır¹⁴⁸.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ‘nun 24. maddesinin 3. fıkrasına göre Sendika temsilcilerinin iş sözleşmesinin haksız feshi halinde feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde boşta geçen süre için 4857 sayılı Kanun’daki dört aylık azami süre sınırlaması kaldırılmış ve temsilcilik süresini aşmamak kaydı ile fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının ödeneceği belirtilmiştir. Temsilcilik veya yöneticilik süresini aşmayacak boşta geçen süre için ödenecek ücret ve haklar İş Kanunu’ndaki düzenlemenin aksine işe başvuru şartına da bağlı değildir¹⁴⁹.

Ancak ortada iş sözleşmesinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyecek kadar ağır bir durum söz konusu olduğu halde işveren sözleşmeyi derhal fesih yoluyla değil de bildirimli fesih yoluyla feshederse temsilcinin işe iadesi mümkün olmayacaktır. Öğretide işyerinin bütün olarak kapatılması örnek olarak verilmek suretiyle özel durumlarda Sendika işyeri temsilcisi ve amatör sendika yönetici sendika temsilcilerinin

¹⁴⁷ **BASKAN**, s. 135; **SUR**, s.65

¹⁴⁸ **TUNCAY/KUTSAL**, s. 140; **BASKAN**, s. 133; Yazara göre “Haklı neden kapsamına sadece İşK. 25. maddesinde sayılan haller değil ayrıca, daha geniş olarak TBK 435. maddesi anlamında haklı sebepler, yani sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar dahil edilerek haklı sebep sayılacaktır.” **SUR**, s.65

¹⁴⁹ **TUNCAY/KUTSAL**, s.141; **BASKAN**, s.

iş sözleşmelerinin feshinde işe iadelerine karar verilmeyecek sözleşme geçerli nedenle fesih edilmiş kabul edilecektir¹⁵⁰.

Ayrıca en temel farklılıklarından biri temsilci veya amatör yönetici işe başlatılmak için başvurduğunda, başlatılmadığı takdirde işe başlatmama tazminatı yerine iş ilişkisinin başvurma ile devam ettiği kabul edilerek temsilcilik veya yöneticilik görevi süresince ücret ve diğer haklarının ödenmesinin öngörülmesidir. Ayrıca işe başvuru süresi 4857 sayılı İş Kanunu'nda on iş günü iken, bu süre sendika temsilcisi veya amatör yönetici için altı iş günü olarak belirlenmiştir¹⁵¹ Yasa koyucunun neden böyle bir ayrıma gittiği konusunda Öğretide de açıklama bulunmadığı görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki temsilci veya yöneticinin iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verildiğinde, yasanın düzenlemesi gereği feshin sonucuna bağlandığı için talep olsun veya olmasın, boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekir. Bu düzenleme taleple bağlılık kuralının istisnasıdır¹⁵².

İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az dört, an çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. İş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi

¹⁵⁰ **Fevzi ŞAHLANAN**, “İşyeri Sendika temsilcisinin Güvencesi (Sendika Temsilcisi)”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2013, S.29, s. 145-149

¹⁵¹ **ŞAHLANAN**, Sendika Temsilcisi, s. 146; **SUR**, s.66

¹⁵² “...davacı geri çevirme sonrası gelen evraklara göre kararda da belirtildiği üzere 30.04.2012-30.08.2015 tarihleri arası Sendika Disiplin Kurulu Yedek Üyesidir. Davacı 6356 sayılı Kanununun 24. maddesi kapsamında yönetici sıfatında olup, ıslahla talep edilen 6356 sayılı Kanununun 24/3. maddesinden faydalanacak durumdadır. Bu nedenle mahkemece davacının yönetici olmadığı gerekçesiyle, 6356 sayılı Kanununun 24/3. maddesinden faydalanma talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, yöneticinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak yöneticilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde yöneticinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması hâlinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer haklarının ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmelidir.” Y9HD, 19.06.2017, E. 2017/22039, K. 2017/10893 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası STSK 'nın 25. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. Bu kanun yürürlüğe girdikten sonra sendikal nedenle yapılan fesihlerde tazminat; işçinin başvurusu, işe başlatma ve başlatılmama şartına bağlı olmaksızın işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirlenecektir¹⁵³.

Yargıtay yıllık ücretli izinle ilgili 53. maddedeki kıdem sürelerini dikkate alarak altı ay ile beş yıl arasında kıdemi olan işçi için dört, beş yıl ile on beş yıl arasında kıdemi olan işçi için beş, on beş yıldan fazla kıdemi olan işçi için altı aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatın belirlenmesini öngörmekte, fesih sebebine göre bu miktarlarda azami sınır sekiz aya kadar da çıkmaktadır.

¹⁵³ Y9HD, 12.12.2013, E. 2013/8422, K. 2013/33052 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>); “Somut uyuşmazlıkta feshin geçerli nedene dayandığı davalı tarafça ispatlanmadığından feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir. Ancak davacı iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia etmiştir. Davacı 05.09.2013 tarihinde sendikaya üye olmuştur. Sendikanın yazısında işyerinde örgütlenme çalışmalarının devam ettiği, sendika üyesi olup üyeliği işverence bilinmeyen 107 sendika üyesi işçi bulunduğu, sendikaya üye olmaları nedeniyle iş sözleşmeleri feshedilen 24 işçi için dava açıldığı belirtilmiştir. Aynı dönem iş sözleşmesi feshedilen işçilerin açtıkları sendikal tazminat talepli işe iade davalarında Gebze 3. İş Mahkemesince bir kısım dosyalar için feshin sendikal nedene dayandığı bir kısmı için feshin sendikal nedene dayanmadığı yönünde verilen kararların Dairemizce sendikal fesih iddiası açısından araştırmaya yönelik olarak bozulduğu, bozma sonrası aynı gün temyiz incelemesine tabi tutulan dosyalarda feshin sendikal nedene dayandığına karar verildiği, yapılan araştırmada sendikadan istifa eden 36 işçiden işten çıkışı istifa olarak bildirilen biri dışında geri kalan işçilerin işe devam ettiklerinin anlaşıldığı, davacı tanık anlatımları, sendika yazısı, emsal dosya dikkate alındığında davacının iş sözleşmesinin feshinin sendikal nedene dayandığı anlaşıldığından tazminatın 6356 sayılı Kanun’un 25/4-5 maddesi uyarınca belirlenmesi gerekirken 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesi hatalıdır.” Y9HD, 30.03.2017, E. 2016/17702, K. 2017/5327 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

SONUÇ

İş güvencesi hükümleriyle işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı ‘hakkın kötüye kullanımı’ teorisine sınırlanması uygulamasından vazgeçerek, kanun yoluyla sınırlanması uygulamasına geçen hukuk sistemimiz; emeğinden başka geçim kaynağı olmayan, sermaye karşısında zayıf konumda bulunan çalışanın sözleşmenin kurulma aşamasından sonlandırılmasına kadar olan süreçte iş hukukunun amaçlarına uygun olarak korunması adına önemli bir merhale kat etmiştir.

Özellikle iş güvencesi hükümlerinin uygulamaya girmesiyle birlikte işyerinin korunması kavramının çalışanın korunması ile birlikte ele alınmaya başlaması çalışma barışı ile fikri ve amaçsal bütünlüğün sağlanmasına büyük katkı vererek “birlikte varız” anlayışının temellendirildiğini söylemek abartı olmayacaktır. Ancak iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan çalışanlar yönünden hakkın kötüye kullanımı teorisi ile işverenin fesih hakkının sınırlanmasına devam edilmektedir.

Mevcut yasal düzenlemeler göz önüne alındığında çalışan, iş güvencesine tabi olsun ya da olmasın işverenin iş sözleşmesini kötüniyetli feshi sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinin bildirimli feshinde söz konusu olabilecek, öte yandan iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı bulunan çalışanların kötüniyet tazminat talep hakkı bulunmuyorken fesih geçersiz addedilerek çalışanın işe iadesini sağlamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu kapsamında ve Deniz İş Kanunu kapsamında çalışanlar ile İş Kanunu kapsamında çalışıp da iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan çalışanlar yönünden ise işverenin bildirimli fesih hakkı hakkın kötüye kullanımı teorisinin uygulanması suretiyle sınırlanılmaya devam edildiği ve bu çalışanların sözleşmelerinin kötüniyetli feshedilmesi halinde kötüniyet tazminatı talep edebileceğini ancak bu çalışanlara işe iade haklarının bulunmadığı görülmektedir.

Öte yandan, iş güvencesi hükümlerinin işyerindeki otuz çalışan sayısı ile sınırlı tutulması, çalışan büyük bir kesimin iş güvencesinden mahrum bırakılmasına sebebiyet vermekte, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen süreçte iş güvencesine tabi olanlar lehine iş güvencesine tabi olmayanlar arasında işe devamlılığın sağlanması açısından önemli bir fark yaratılmış, bu durum ise İş Hukuku kurallarının sosyal devlet ilkesini gerçekleştirme ve çalışma barışının etkin bir şekilde sağlanması noktasında eksik kaldığı söylenebilecektir.

Kötüniyetli feshin unsurları arasında belirtilen, zarar görme, menfaatler arasındaki dengesizlik, hakkın amacından saptırılarak kullanılması gibi unsurlar hakkın kötüye kullanımını tespit için her somut olayda tek başına yeterli değerlendirme imkanı vermediği görülmekle birlikte bu unsurların hepsini kapsayıcı nitelikteki ve Türk Borçlar Kanununun benimsemiş olduğu “objektif kıstas” esas alınarak iş güvencesi kapsamında olmayan çalışanların iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde fesih hakkını, çalışan lehine sınırlayan bir teori olduğu gözden uzak tutulmaksızın uygulanması gerekir. Bu yönüyle gerek iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmak gayesiyle örneğin altı aylık sürenin dolmasına, gerekse kıdem tazminatı hakkının doğumuna birkaç gün kala işten çıkarma hakkın kötüye kullanımı niteliğinde ise işverenin kötüniyet tazminatı yaptırımı ile çalışanın feshe karşı korunmasına devam edilmelidir. Bu yönüyle hakkın kötüye kullanımı teorisinin çalışana iş güvencesi kapsamına kavuşmasında da etken bir temel koruyuculuğu sağladığı görülmektedir.

İşverene haklı nedenle fesih imkânı veren İşK.’nın 25. maddesinin (I). bendinde yer alan sağlık nedenleriyle fesih hakkının, çalışanın kusuru olsun veya olmasın haklı neden olmaktan çıkarılarak, tedavi edilemeyecek bir hastalığının ancak geçerli fesih nedeni olabileceği yönünde yeni bir yasal düzenleme yapılmasının daha insani bir yaklaşım olacaktır.

İhbar öneli verilerek sözleşmenin feshedilmesi halinde, feshin bildirim ile başlayacağı açık yasal düzenleme karşısında söz konusu hükmün “...bildirim süresinin

sonunda başlar” şeklinde yeniden ele alınarak düzenlenmesinin olması gereken hukuk açısından daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Öyle ki, bildirim süresi içinde hala işine devam eden çalışanlar iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak adına işverenle olan iş ilişkisinin ‘fiili’ olarak sona ermesini haklı olarak beklemekte ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanamamaktadır. Her ne kadar yasa koyucunun amacı işe iade davalarının kısa sürede sonuçlanması ve çalışanın bir an önce işe iadesinin sağlanmasıysa da bahsettiğimiz bu durum yasa koyucunun tam aksine çalışanı mağdur etmektedir.



KAYNAKÇA

ESERLER

- AKİPEK Jale G./AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya**, Türk Medeni Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2016, Beta Basım
- AKTAY Nizamettin / ARICI Kadir / SENYEN-KAPLAN E. Tuncay**, İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2011, Gazi Kitabevi
- AKYİĞİT Ercan**, İş Hukuku (İş Hukuku), 11. Basım, Ankara 2016, Seçkin Yayıncılık
- AKYİĞİT Ercan**, Kıdem Tazminatı (Kıdem Tazminatı), 2.Baskı, Ankara 2010, Seçkin Yayıncılık
- AKYOL Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, 2. Bası, İstanbul 2006, Vedat Kitapçılık
- ALPAGUT Gülsevil**, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı (İşyeri devri), İstanbul 2010, Beta Basım
- ANTALYA O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Hukuku), Cilt I, İstanbul 2015, Legal Yayıncılık
- ANTALYA O. Gökhan**, Medeni Hukuk (Medeni Hukuk), 2. Baskıya Ek 1. Tıpkı Basım, İstanbul 2017, Legal Yayıncılık
- ARSLAN Seda**, İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012, XII Levha
- ARSLAN ERTÜRK Arzu**, İş Sözleşmesinde Şekil, İstanbul 2017, Vedat Kitapçılık
- ASTARLI Muhittin**, İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), 2. Bası, Ankara 2016, Turhan Kitabevi
- BASKAN Esra**, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara 2013, Turhan Kitabevi
- BAYCIK Gaye**, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, Yetkin Yayıncılık
- BAYSAL Ulaş**, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep ile İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, Adalet Yayınevi
- BİLGİLİ Abbas**, İş Hukukunda Mobbing (Psikolojik Taciz), 3. Baskı, Adana 2015, Karahan Kitabevi

- BİLGİLİ Abbas**, “İş Yerinde Cinsel Taciz”, Adana 2010, Karahan Kitabevi
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz**, Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012, Vedat Kitapçılık
- BUZ Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, Yetkin Yayınları
- CENTEL Tankut**, İş Güvencesi, İstanbul 2013, Legal Yayıncılık
- ÇELİK Nuri**, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, Beta Bası
- ÇELİK Nuri / CANIKLIOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat**, İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017, Beta Basım
- DEMİRCİOĞLU Murat / CENTEL Tankut**, İş Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2016, Beta Basım
- DURAL Mustafa / SARI Suat**, Türk Özel Hukuku Cilt I, 12. Baskı, İstanbul 2017, Filiz Kitabevi
- EKMEKÇİ Ömer**, Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018, On İki Levha Yayıncılık
- ERDOĞMUŞ Belgin**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Üçüncü Basım,3. Basım, İstanbul 2010, DER Yayınları
- EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 11. Baskı, İstanbul 2009, Beta Basım
- EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel hükümler), 5. Baskı, Ankara 2017, Yetkin Yayınları
- ERGİN Hediye**, İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi (Sağlık Nedenleri), İstanbul 2009, Beta Basım
- ERTABAK Ünal**, İş Güvencesinin Kapsamı, Geçerli/Geçersiz Fesih Sebepleri ve Fesih Usulü, Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları, 2. Tıpkı Basım, İstanbul 2012, Legal Yayıncılık
- EYRENCİ Öner / TAŞKENT Savaş / ULUCAN Devrim**, Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, Beta Basım
- İNAL Tamer**, Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, 6. Baskı, Ankara 2017, Seçkin Yayıncılık
- KABAKÇI Mahmut**, Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul 2012, Beta Basım

- KAR Bektaş**, İçtihatları ve Mevzuatıyla Deniz İş Hukuku, Ankara 2011, Yetkin Yayınları
- KARABAĞ BULUT Nil**, Medeni Kanunu'nun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014, XII Levha Yayıncılık
- KARMIŞ Enver**, Uygulamalı Faiz ve Alacak Hesapları Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2017, Seçkin Yayıncılık
- KESER Hakan**, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep (Bildirimli Fesih), 3. Baskı, Ankara 2016, Seçkin Yayıncılık
- KILIÇOĞLU Ahmet M.**, Medeni Hukuk (Medeni Hukuk), Tıpkı Ek 3. Basım, Ankara 2016, Turhan Kitabevi
- KILIÇOĞLU Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), Ankara 2009, 11. Bası, Turhan Kitabevi
- KILIÇOĞLU Mustafa**, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar (Temel Kavramlar), Ankara 2009, Turhan Kitabevi,
- KILIÇOĞLU Mustafa**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanma Yasası (Dürüstlük Kuralı), Ankara 2015, Bilge Yayınevi
- KILIÇOĞLU Mustafa / ŞENOCAK Kemal**, İş Kanunu Şerhi Cilt 1 (Şerh), İstanbul 2008, 2. Baskı, Legal Yayıncılık
- KILIÇOĞLU Mustafa / ŞENOCAK Kemal**, İş Güvencesi Hukuku (İş Güvencesi), İstanbul 2007, Legal Yayıncılık
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdulkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2008,4. Bası, Filiz Kitabevi
- KORKUSUZ Mustafa Halit**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçilere Etkisi, İstanbul 2017, Beta Basım
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz** İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi (Bildirimli Fesih), İstanbul 2011, Beta Basım
- MANAV Eda**, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, Turhan Kitabevi
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin**, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, Turhan Kitabevi

- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş**, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017, Lykeion Yayıncılık
- NARMANLIOĞLU Ünal**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014, 5. Baskı, Beta Basım
- NARTER Sami**, İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar, 3. Baskı, Ankara 2017, Adalet Yayınevi
- NOMER Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2012, Beta Basım,
- OGUZMAN M. Kemal**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, İsmail Akgün Matbaası
- OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 10. Bası, İstanbul 2012, Vedat Kitapçılık
- OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami**, Medeni Hukuk, 23. Bası, İstanbul 2017, Vedat Kitapçılık
- ÖREN Kenan**, Bireysel ve Toplu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Basım, Ankara 2017, Nobel Akademik Yayıncılık
- ÖZCAN Durmuş**, İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi (İş Güvencesi), Ankara 2013, Adalet Yayınevi
- ÖZCAN Durmuş**, Öğreti ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi (Sözleşmenin Feshi), Ankara 2011, Adalet Yayınevi
- ÖZCAN Durmuş**, İş Hukukunda İşçilik Alacakları (İşçilik Alacakları), Ankara 2013, Adalet Yayınları,
- REİSOĞLU Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 1986, “S” yayınları
- REİSOĞLU Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010, Beta Bası
- REİSOĞLU Seza**, “Hizmet Akdi (Mahiyeti-Unsurları- Hükümleri)” (Hizmet Akdi) Ankara HFY 1968, S.237
- SAVAŞ F. Burcu**, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi(Fesih), İstanbul 2012, Beta Bası
- SAVAŞ F. Burcu**, İşyerinde Manevi Taciz (Manevi Taciz), İstanbul 2007, Beta Bası

- SENYEN-KAPLAN Tuncay**, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2017, Gazi Kitabevi
- SEROZAN Rona**, Sözleşmeden Dönme (Sözleşmeden Dönme), 2. Bası, İstanbul 2007, Vedat kitapçılık
- SEROZAN Rona**, Medeni Hukuk (Medeni Hukuk), 7. Bası, İstanbul 2017, Vedat Kitapçılık
- SUR Melda**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 7. Bası, Ankara 2017, Turhan Kitabevi
- SÜMER Haluk Hadi**, İş Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2017, Seçkin Yayıncılık
- SÜZEK Sarper**, İş Hukuku (2018), 15. Baskı (Tıpkı Baskı), İstanbul 2018, Beta Basım
- SÜZEK Sarper**, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması (1976), Ankara 1976, Kazancı Yayınları
- SÜZEK Sarper**, “İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi (1989)”, Ankara 1989
- TANDOĞAN Haluk**, Türk Mes’uliyet Hukuku, 1. Basıdan Tıpkı Basım, İstanbul 2010, Vedat Kitapçılık
- TEKİNAY Selahattin Sulhi**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 4. Bası, İstanbul 1984, Beta Basım
- TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 5. Bası, İstanbul 1985, Fakülteler Matbaası
- TUNCAY A. Can, SAVAŞ KUTSAL F. Burcu**, Toplu İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2016, Beta Basım
- TUNÇOMAĞ Kenan / CENTEL Tankut**, İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2016, Beta Basım
- YAVUZ Nihat**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler- Özel Hükümler”, 2. Baskı, Ankara 2012, Adalet Yayınevi
- YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak**, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2012, Beta Basım
- YÜREKLİ Sabahattin**, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Baskı, Ankara 2016, Seçkin Yayıncılık

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, Turhan Kitabevi

ZEVKLİLER Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Ankara 2008, Turhan Kitabevi

MAKALELER

AKI Murat, “Mobbing (Psikolojik Terör) Tanımı ve Türleri Türk ve Karşılaştırmalı Hukukta Yeri”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2011, S.21

AKI Erol / DEMİRBİLEK Tunç, Performans Değerlendirme Sistemi ve Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi (Performans Değerlendirme), Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, Cilt I

AKTAY Nizamettin, “Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartlarının Hukuki Niteliği, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2010, S. 18

AKYİĞİT Ercan, “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları (Ölüm ve İş İlişkisi)”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2011, S.22

AKYİĞİT Ercan, “İş Sözleşmesini Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi (İş Kanunu M. 25/IV Üzerine Bir Deneme) (Tutukluluk)”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2009, S.16

ALPAGUT Gülsevil, “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler (Sadakat Borcu)”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2012, S. 25

ASLANKÖYLÜ Resul, “Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi (Hakkın Kötüye Kullanılması)”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2009, S. 16

ASTARLI Muhittin, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı (Kıdem Tazminatı), Legal İHSGHD Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017

ATAY Filiz, “Geçerli Neden ve Haklı Neden Ayırımında Yazılı Bildirim Şartı”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2011, S.22

AYDIN Ufuk, “İşçinin Sürücü belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2010, S.18

- BAKIRCI Kadriye**, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık tazminatı İlişkisi”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2006, S.2
- BASKAN Esra**, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 63567 Sayılı Kanun’un Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, Sicil İHD, İstanbul 2013, S.30
- BEDÜK Mehmet Nusret**, “İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı (Kötüniyet Tazminatı)”, Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul 2011, Cilt I
- BELVERENLİ Demet**, “işçinin Sır Saklama Borcu (Karar İncelemesi)”, Legal İHSGHD, İstanbul 2016, S.50
- BİLGİLİ Abbas**, “İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz (Cinsel Taciz)”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2011, S.21
- CANBOLAT Talat**, “Psiko -Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması Doğru olmayacağından Önceki İşyerine, Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesine Karar Verilmesi Gerekir”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2008, S.9
- CENTEL Tankut**, “Türk Borçlar Kanunu’nda İşçinin Borçları”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2011, S.22
- CENTEL Tankut**, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması (Kişiliğin Korunması)”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2011, S.24
- ÇELİK Nuri**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri (İsabetli Olmayan Düzenlemeler)”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2012, S.25
- ÇİL Şahin**, “Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve Hesap Yönlerinden Hizmet Süresi”, Sicil İHD, İstanbul Eylül 2008, S.11
- DOĞAN YENİSEY Kübra**,” İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul 2011 Cilt I
- EKMEKÇİ Ömer / UÇUM Mehmet**, “İş Güvencesi Tazminatı gelir Vergisi Kesintisine Tabi midir?”, Legal İSGHD, İstanbul 2006, Cilt 3, S.9
- EKONOMİ Münir**, Esnek Çalışma, Legal İHSGHD., 2004, S.4
- EKONOMİ Münir**, “İş Güvencesinde Yaralanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)”, Legal İHSGHD., S.34, 2012

- ERDOĞAN Ersin / ERDOĞAN Canan**, “Türkiye’den Yurtdışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”; Legal İHSGHD, S.17, İstanbul 2016, S.50
- ERGİN Hediye**, “İşyerinde Sigara İçme yasağını İhlal Eden İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi – Yargıtay 9. HD.’nin 11.10.2010 Tarihli Kararının İncelenmesi- (Karar İncelemesi)” Sicil İHD, İstanbul Mart 2012, S.25
- ERGİN Hediye**, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, Cilt I, s.245-262
- EYRENCİ Öner**, “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, Legal İHSGHD, İstanbul 2004, S.1
- GÖKTAŞ Seracettin**, “İşyerinin Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2009, S.16
- GÜZEL Ali / ÖZKARACAERCÜMENT / UGAN Deniz**, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları”, Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul 2011, Cilt I
- HEPER Hande**, Uluslararası Düzenlemeler Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizle Mücadele: Avrupa Ülke Örnekleri ve Türkiye İçin Öneriler, Fevzi DEMİR’e Armağan, Legal İHSGD Özel Sayı
- İREN Ertan**, “Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler”, Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul 2011, Cilt II
- KABAKÇI Mahmut**, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2012, S. 25
- KAPLAN Tuncay**, “Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının üst Sınırı Sorunu (Bildirim Süreleri)”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2008, S.9
- KAPLAN Tuncay**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması (Kişiliğin Korunması)”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2011, S.24
- KESER Hakan**, İş Sözleşmesinin Mobbing Sebebi İle Feshi Üzerine Bir Değerlendirme, Legal İSGHD Özel Sayı Fevzi Demir’e Armağan, İstanbul 2016

- KILIÇOĞLU Mustafa**, İş Hukukunda Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanılması Yasağı (Kötüye Kullanma), Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Ankara 2016,
- KILIÇOĞLU Mustafa**, "İş Güvencesi Hükümlerinin Geçerli Fesih Sebepleri kapsamında Gözden Geçirilmesine İlişkin Birkaç Söz (Geçerli Fesih Sebepleri)", Legal İSGHD, İstanbul 2015, S.46
- KUTAL Metin**, "Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatı ve Çözüm Önerileri", Sicil İHD, İstanbul Aralık 2009, S.16
- KÜÇÜKYALÇIN Arzu**, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", AÜHFD, 2004
- KOÇ Sedef**, İşçinin Suç teşkil Eden Fiillerinin İş Sözleşmesine Etkisi (Suç ve Sözleşme), Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011, Cilt II
- KÖSEOĞLU Ali Cengiz**, "İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi (Geçersiz Fesih)", Sicil İHD, İstanbul Aralık 2010, S.20
- NARMANLIOĞLU Ünal**, "İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Açılacak Davanın Konusu, Niteliği ve Davayı Tamamen ya da Kısmen Konusuz Bırakan Olgular (İş Güvencesi)", Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011 Cilt I
- OCAK Saim**, İş sözleşmesinin İşçinin Devamsızlığı Nedeniyle Feshedilmesi (İşçinin Devamsızlığı), Legal İHSGHD, Cilt. 10, S.38
- ODAMAN Serkan**, "İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında "Birleştirilmenin" Değerlendirilmesi", Sicil İHD, İstanbul Mart 2013, S.29
- ÖKTEM SONGU Sezgi**, İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E- Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme, Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011, Cilt I
- ÖNAL Esin**, "İş Akdinde Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması", Legal İSGHD, S.44, İstanbul 2014
- ÖZDEMİR Erdem**, "6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış (Sözleşmenin Sona Ermesi)", Sicil İHD, İstanbul Aralık 2011, S.24
- ÖZDEMİR Erdem**, "İşyerinde Cinsel Taciz", Sicil İHD, İstanbul Haziran 2006, S. 2

- ÖZKARACA Ercüment**, “Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2010, S. 20
- SELAMOĞLU Ahmet / ÖZVERİ Murat**, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesih Nedeni Olarak Performans Değerlendirmesi, Fevzi DEMİR’e Armağan, Legal İHSGD Özel Sayı
- SENYEN KAPLAN Tuncay**, İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Ankara 2016
- SOYER Polat**, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi (Hizmet Sözleşmesi)”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2011, S.22
- SOYER Polat**, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları (Feshe Karşı Koruma)”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005
- SOYER M. Polat / SAĞLAM Fazıl**, “İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halince Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Bu Açıdan Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, Legal İSGHD, İstanbul 2013, Cilt 10, S.39
- SÜMER Haluk Hadi**, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, Sicil İHD, İstanbul Eylül 2010, S.19
- SÜMER Haluk Hadi**, “İş sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi”, Sarper SÜZEK’ e Armağan, İstanbul 2011, Cilt II
- ŞAHLANAN Fevzi**, “Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2008, S. 12
- ŞAHLANAN Fevzi**, “İşyeri Sendika temsilcisinin Güvencesi Sendika Temsilcisi)”, Sicil İHD, İstanbul Mart 2013, S.29
- TAŞKENT Savaş**, “Otuz İşçi Ölçütü ve Yurt Dışındaki Bağlantılı İşyeri Sorunu (Otuz İşçi Ölçütü)”, Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul 2011, Cilt I
- TUNCAY A. Can**, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü(Sadakat), Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001
- TUNCAY A. Can**, “İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu (Karar incelemesi)”, Sicil İHD, İstanbul 2007, S.6

- TUNCAY A. Can**, “İşe İade (Karar İnceleme)”, Legal İHSGHD, 2004, S.2
- UÇUM Mehmet / KARATAŞ Hüseyin**, “Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu- Basın İş Kanunu Karşılaştırılması, Legal İHSGHD, 2007, S.14
- ULUCAN Devrim**, AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri; Mercek, Temmuz 2003, S.31
- ULUCAN Devrim**, “Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi (Geçerlilik Denetimi)”, Legal İSGHD, 2015, S.47
- UŞAN Fatih / AYGÜL Musa**, “Türkiye’de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşveren Ait Yurtdışında Bulunan İşçilerinde Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, Legal İHSGHD, S.17, İstanbul 2008,
- YENİSEY Kübra Doğan**, Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, İstanbul 2014, Legal Yayıncılık
- YILDIZ Gaye Burcu**, Güvenceli Esneklik ve 4857 sayılı İş Kanunu, Sarper SÜZEK’ e Armağan İstanbul 2011
- YILDIZ Gaye Burcu**, “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi (İş Saatleri)”, Sicil İHD, İstanbul Aralık 2009, S.16
- YILDIZ Gaye Burcu**, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Tebliği, İstanbul 2016
- YILMAZ Ejder**, “Genel Kanun- Özel Kanun ilişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, Sicil İHD, İstanbul Haziran 2011, S.22
- YİĞİT Yusuf**, “İş Hukuku’nda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin, İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları”, Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul 2011, Cilt II

DiĞER YAYINLAR

- ALP Mustafa**, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, DEÜHFD, Cilt:5, Sayı:1, 2003,
(file:///C:/Users/USER/Desktop/mustafa%20alp%20iş%20güvencesi%20makale.pdf)

ERTÜRK Şükran, İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları, DEÜHF Dergisi, Cilt 4 S.2, (<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/erturk1.pdf>)

ŞAKAR Müjdat,” Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2, İstanbul 2008, (<http://www.calismatoplum.org/sayi17/sakar.pdf>)

TUNCAY A. Can, “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, Çimento Endüstrisi İşverenleri Dergisi, Mart 2012 (<http://www.ceis.org.tr/dergi/2012mart/makale1.pdf>)

TAŞKENT Savaş, İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi, Kamu- İş Sendikası Dergisi, C.11, S.4 (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1141.pdf>)

ÖZGEÇMİŞ

- Adı Soyadı** : Zeki ONAT
- Sürekli Adresi** : Kazımiye Mah. Dumlupınar Cad. H. Bekir Kılıç Apt. NO:58
K:4 D: 21 Çorlu TEKİRDAĞ
- Doğum Yeri ve Yılı** : Malatya/ Yeşilyurt- 1968
- Yabancı Dili** : İngilizce
- Lise** : Yeşilyurt Lisesi/ 1985
- Lisans** : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi/ 1990
- Yüksek Lisans** : Bahçeşehir Üniversitesi/
- Enstitü Adı** : Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Program Adı** : Özel Hukuk
- Yayımları** :
- Çalışma Hayatı** : Serbest Avukat, Onat Hukuk Bürosu 2012- Halen
Sosyal Güvenlik İl Müdür Yardımcılığı, 2004 – 2012
Sosyal Güvenlik Kurumu Kurum Avukatı, 1993 -2004