

**T.C.
BAŐKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**İŞ SÖZLEŞMESİNDE FESİH HAKKININ KÖTÜYE
KULLANILMASI, HÜKÜM VE SONUÇLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
Algan GÜLTAN**

**TEZ DANIŐMANI
Prof. Dr. E. Tuncay SENYEN/KAPLAN**

ANKARA-2010

ÖZET

Haklar kişilere sosyal ve ekonomik bir amacı yerine getirmek için tanındıklarından dolayı bu amacın dışında kullanılamazlar. Hakkın kullanımı sosyal ve ekonomik amacını aştığı zaman, o hak kötüye kullanılmış kabul edilmelidir.

Fesih bozucu yenilik doğuran bir haktır; hak sahibinin bu yolda açıkladığı iradesinin karşı tarafa varmasıyla hüküm ve sonuçlarını hasıl eder. Belirsiz süreli bir iş sözleşmesinde taraflar sözleşmeyi süreli fesih hakkına dayanarak sona erdirebilirler. Süreli fesih hakkının temelinde kişilik haklarının korunması yatmaktadır.

Modern İş Hukukunda ekonomik olarak zayıf durumda bulunan işçinin işten çıkarılmasıyla karşılaşacağı ekonomik ve sosyal zorluklar ve özellikle istihdam güvencesi ilkesi dikkate alınarak iş sözleşmesinin tek taraflı olarak feshedilmesinin sınırlandırılması savunulmuştur.

Süreli fesih hakkının kullanılmasına, hakkın kötüye kullanılması teorisine başvurarak bir sınırlama getirilmiştir. Ancak süreli fesih hakkının işçi tarafından kullanılması kişi özgürlüğü olarak değerlendirilebileceği için süreli fesih hakkının sınırlandırılması genellikle işveren açısından söz konusu olmaktadır.

Süreli fesih hakkının kötüye kullanılmasının yaptırımını olarak belirlenen tazminat kötüniyet tazminatı olarak tanımlanmıştır. Bu tazminat iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde ortaya çıkmaktadır.

ABSTRACT

Rights are given to people for social and economic purposes, they can not be used for any other purpose. If these rights are being exercised outside these social and economic purposes, It should be considered as abusing these rights.

Right of cancellation is a right that causes a demolishing innovation, it is also effectaul when the rightful party discloses his/her will. In a contract of employment of indefinete duration, both sides can end the contarct by using the right of periodical cancellation. The purpose of this given right of periodical cancellation of a contract is to protect personal rights.

In modern labor law, If the employee who is economically poor is being discharged from his/her job, that person can come across economical and social difficulties. Taking these difficulties and especially the employment assurance policy into consideration, the limitation of the unilateral cancellation of the contract of employment is being defended.

The use of periodical cancellation right has been limited by referring to abuse of rights theory. Yet the use of periodical cancellation right by the laborer can be considered as individual liberty, the limitation of the aforesaid right is usually used by the employer.

From the sanction of the abuse of the right of periodical cancellation, the given compensation is defined as malice compensation. This compensation occurs in the cancellation of working contracts of employees who have not taken advantage of working protection adjudications.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR DİZİNİ	VI
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI VE FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI	3
I) GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİ	3
II) İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	5
III) GENEL OLARAK HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI	16
1- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI KAVRAMI	16
2-HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ UNSURLARI	17
a. Hukuken Tanınmış Bir Hakkın Varlığı	17
b. Hakkın Açıkça Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırı Olarak Kullanılması	18
c. Üçüncü Kişi Yönünden Bir Zararın Varlığı	19
3-HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ YAPTIRIMI	19
IV) FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI	20
1-FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI KAVRAMI	20
2- FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASININ ÖLÇÜTÜ	25
a. Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturan Fesihler	27
aa. İşçinin İşvereni Şikayet Etmesi	28
ab. İşçinin İşveren Aleyhine Dava Açması	30
ac. İşçinin İşveren Aleyhine Şahitlik Yapması	32
ad. Genel Olarak İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Kötüye Kullanıldığı Diğer Durumlar	33

b. Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturmayan Fesihler _____	41
ba. İşletmenin Ekonomik ve Teknik İhtiyaçları Sebebiyle Fesih Hakkının Kullanılması _____	41
bb. İşçinin Hafif Kusurlu Davranışları ve Mesleki Yetersizliği Sebebiyle Fesih Hakkının Kullanılması _____	47
bc. Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturmayan Diğer Fesih Sebepleri _____	54
3- KÖTÜNIYETİN İSPAT YÜKÜ _____	56

İKİNCİ BÖLÜM **61**

İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI **61**

I) KÖTÜNIYET TAZMİNATI _____	61
1- KÖTÜNIYET TAZMİNATI KAVRAMI _____	61
2- İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİ TARAFINDAN FESHİNDE KÖTÜNIYET TAZMİNATI _____	63
3- İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHİNDE KÖTÜNIYET TAZMİNATI _____	65
4- KÖTÜNIYET TAZMİNATI İSTEYEBİLME KOŞULLARI _____	66
a. İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmayan İşçilerden Olma _____	66
b. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması _____	71
c. Süreli Fesih Hakkının Bir Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturması _____	77
5- KÖTÜNIYET TAZMİNATININ HESAPLANMASI VE MİKTARI _____	77
6- KÖTÜNIYET TAZMİNATI VE SENDİKAL TAZMİNAT İLİŞKİSİ _____	91
a. Sendikal Tazminat İsteyebilme Koşulları _____	96
aa. İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmayan İşçilerden Olma _____	97
ab. Sendikaya Üye Olma, Olmama veya Sendikal Faaliyet _____	98
b. Sendikal Tazminatın Miktarı ve Hesaplanması _____	101
c. Sendikal Tazminat Davalarında İspat ve Zamanaşımı _____	102
d. Sendikal Tazminat ve Ayırmacılık Tazminatı İlişkisi _____	104
7- KÖTÜNIYET TAZMİNATI VE İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI İLİŞKİSİ _____	106
II) İHBAR TAZMİNATI _____	107
III) KIDEM TAZMİNATI _____	110
IV) MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT _____	112
<u>SONUÇ</u> _____	115

KISALTMALAR DİZİNİ

<i>AY.</i>	Anayasa
<i>BK.</i>	Borçlar Kanunu
<i>BİK.</i>	Basın İş Kanunu
<i>DİK.</i>	Deniz İş Kanunu
<i>E.</i>	Esas
<i>HD.</i>	Hukuk Dairesi
<i>HGK.</i>	Hukuk Genel Kurulu
<i>ILO</i>	International Labor Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
<i>İK.</i>	İş Kanunu
<i>İBHGK</i>	İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
<i>İHD.</i>	İş Hukuku Dergisi
<i>İHSGD</i>	İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi
<i>K.</i>	Karar
<i>m.</i>	Madde
<i>MK.</i>	Medeni Kanun
<i>SK.</i>	Sendikalar Kanunu
<i>TİSGLK</i>	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
<i>vd.</i>	Ve devamı
<i>Yarg.</i>	Yargıtay

GİRİŞ

İş ilişkilerinde ekonomik açıdan zayıf durumda olan işçinin feshe karşı korunması, oluşabilecek önemli sorunların engellenmesine katkıda bulunmaktadır. İşyerini idare etme yetkisine sahip olan işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin işine tek taraflı bir irade beyanı ile son verebilmesi, özellikle iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin gelecekleri hakkında şüpheye düşmelerine yol açabilmektedir.

İş Kanunumuza göre, işveren iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerini fesih beyanı ile sona erdirirken geçerli bir sebep göstermekle yükümlü olmamakta ve fesih hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına uymakla yükümlü tutulmaktadır. Aksi halde işverenin fesih hakkını kullanırken keyfi davranışlarda bulunmasının yolu açılmış olur ki, bu durum işçinin korunması ilkesi ile de bağdaşmaz. İşçinin feshe karşı korunması, gelecekle ilgili kaygılarından uzaklaşarak daha verimli çalışmasını sağlamaktadır.

Hukukumuzda iş güvencesinden yararlanan işçiler ile iş güvencesinden yararlanmayan işçiler kötünietli feshe karşı farklı şekilde korumaya tabidirler. İş güvencesinden yararlanan işçilerin feshin geçersizliğini ve işe iadeyi talep edebilmelerine karşın iş güvencesinden yararlanmayan işçiler kötüniet tazminatına hak kazanmaktadır. Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan işçilerin iş sözleşmelerinin kötünietle feshi İş Kanunumuzun 17. maddesinde yaptırıma bağlanmış, fakat hangi hallerin hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağı maddede belirtilmemiş, Kanunun gerekçesinde örnek vermekle yetinilmiştir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümünde genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı kavramı hakkında açıklamalara yer verilmiştir. İş sözleşmesini fesih hakkının ne şekilde kullanılması gerektiği, ne zamandan itibaren etkili olduğu ve kullanıldıktan sonra geri dönmenin mümkün olup olmadığı konuları incelenmiştir.

Yargıtay kararları ve öğretilerdeki görüşler eşliğinde fesih hakkının kötüye kullanılması ikinci bölümde ele alınmıştır. Öncelikle Medeni Kanundaki hükme göre (MK. m. 2) hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili bilgi verilererek, bundan sonra iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması konusu incelenmiştir. Fesih hakkının kötüye kullanılmasının ölçütünün ne olduğu üzerinde durulmuş ve Yargıtay'ın

uygulaması göz önüne alınarak hangi hallerin fesih hakkının kötüye kullanılmasını oluşturup hangi hallerin oluşturmayacağı belirtilmiştir.

Üçüncü bölümde fesih hakkının kötüye kullanılmasının hüküm ve sonuçlarının neler olduğu üzerinde durulmuştur. Çalışmamızın bu bölümde iş sözleşmesi kötünietli feshedilmiş olan işçinin talep edebileceği kötüniet tazminatı ve sendikal nedenlerle işine son verilen işçinin talep edebileceği sendikal tazminat konuları incelenmiş, bu tazminatları isteyebilme koşulları ve bunların nasıl hesaplanacağı belirtilmiştir. Ayrıca işçinin talep edebileceği ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, maddi ve manevi tazminat genel olarak açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI VE FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

1) GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİ

4857 sayılı yeni İş Kanunu kabul edilmeden önce bireysel iş sözleşmesi iş kanunlarında tanımlanmamıştır. İş sözleşmesinin tanımı Borçlar Kanununun 313. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.” (BK. m. 313/I).

Borçlar Kanununda yapılan tanım uyarınca, iş sözleşmesinin unsurları iş, ücret ve zaman olarak tespit edilebilir. Ancak Borçlar Kanunundaki tanımda iş sözleşmesinin konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur olan bağımlılık unsurundan söz edilmediği görülmektedir. Oysa ki, Mehaz İsviçre Borçlar Kanununa göre ise “Bireysel iş sözleşmesiyle işçi, belirli veya belirsiz bir süre için işverenin hizmetinde çalışmayı, bu beriki (de) zamana ve yapılan işe göre tespit edilmiş bir ücret ödemeyi taahhüt eder.” (İBK. m. 319/I). Anılan maddedeki “işverenin hizmetinde” ifadesi işçinin işverene bağımlılığı unsurunu içermektedir.

4857 sayılı yeni İş Kanununun 8. maddesinin birinci fıkrasında iş sözleşmesi tanımlanmıştır. Buna göre “İş sözleşmesi bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” (İK. m.8/I). Yeni İş Kanununda yapılan “iş sözleşmesi” tanımı Borçlar Kanununun bağımlılık unsurunu içermeyen, fakat zaman unsurunu kapsayan tanımı ile çelişmemekte, aksine bu iki tanım birbirini tamamlamaktadır (Mollamahmutoğlu, 2008). Bu durumda, iş sözleşmesi işçinin işverene ait olan işyerinde, belirli veya belirsiz bir sürede iş görmeyi ve bunun karşılığında işverenin de işçiye ücret ödemeyi yüklediği bir Özel Hukuk sözleşmesidir, şeklinde bir tanım yapılabilir (Günay, 2007).

İş sözleşmesinin kuruluşu için hukuki ehliyete sahip olan tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşması yeterlidir. İş sözleşmesi ile kurulmuş olan borç ilişkisi bir iş ilişkisidir (Kaplan, 1987).

Her iki tarafa da borç yükleyen iş sözleşmelerinin unsurlarından bir tanesi yukarıda değinildiği gibi işin ifasıdır. İşçinin ifa edeceği işin bedenen veya fikren olması önemli değildir. Burada bahsedilen iş, bir gerçek kişinin ekonomik yönden iş olarak değerlendirilen her türlü davranışdır (Süzek, 2008).

İş sözleşmesinin unsurlarından bir tanesi de yapılan iş karşılığında ödenen ücrettir. İşveren işçiye yaptığı iş karşılığında ücret öder. Ücret olmadan yapılan bir iş sözleşmesinden söz edilemez. Bir iş ücret karşılığında ifa edilmiyor ise, burada bir iş sözleşmesinden çok bir vekalet ilişkisinin varlığından söz edilebilir; hukuken borçlanılmadığı halde işin ifa edilmesi de, bir yardım ve nezaket fiili olarak kabul edilebilir (Yavuz, 2007). Ancak, ücretin iş sözleşmesinde kesin bir biçimde belirlenmemiş olması o iş sözleşmesinin varlığını etkilemez. İşin bir ücret karşılığında yapılacağı belirlenmesi kafidir (Süzek, 1976). Ayrıca, iş sözleşmesinde ücret belli edilmemiş de olsa yapılan iş için bir ücretin ödenmesi olağan ve gerekli ise kural olarak taraflar arasında ücretin kararlaştırılmış olduğu kabul edilmelidir (Süzek, 2008).

İş sözleşmesi belirli veya belirsiz süreli olabilir. Bu unsur, 4857 sayılı İş Kanununda yapılan tanımda yer almamaktadır. Ancak, daha önce de belirtildiği üzere Borçlar Kanunundaki tanımda, işçi belirli veya belirsiz bir süre için iş görme taahhüdünde bulunur. Bu nedenle, işçi belirli bir işi yapma ve bir sonuç meydana getirmekle yükümlü değildir. Görüldüğü gibi, iş sözleşmesinin tarafları arasında sürekli bir boç ilişkisi doğmaktadır. Sürekli borç ilişkilerinde ifa borcu bir kerede, başka bir deyişle ani olarak değil, zaman süresi içerisinde yerine getirilmektedir (Kaplan, 1987).

İş sözleşmesini, konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur bağımlılık unsurudur. Teknik bağımlılık, işçinin işveren tarafından verilen işin teknik ayrıntıları ve sonucuna yönelik talimatlarına uymak zorunda olmasıdır. İşçinin mesleki uzmanlığa sahip, işverenin ise bir uzmanlığa sahip olmadığı durumlarda teknik bağımlılıktan söz edilemez (Günay, 2007). Bu nedenle iş sözleşmelerinde sözü edilen bağımlılık teknik bir bağımlılıktan çok kişisel bağımlılıktır. Kişisel bağımlılık işverenin işçi üzerinde kurmuş olduğu kişisel otoritedir. Bu otorite ile işveren işçinin kişiliği üzerinde bazı hak ve yetkilere sahip olmaktadır. Gerek istisna sözleşmelerinde müteahhit, gerekse vekalet sözleşmelerinde vekil işin ifasında işçiye nazaran daha bağımsız bir şekilde hareket imkanına sahiptirler.

Yargıtay da çeşitli kararlarında iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan bağımlılık unsurunun varlığını açıklamıştır. Yargıtay bir kararında “Her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır.”¹ demekle bağımlılık unsurunun önemini vurgulamıştır.

İstisna sözleşmesinde müteahhit ücret karşılığında bir işin yapılmasını üstlenmektedir. Burada ne işin ne kadar zaman içerisinde yapılacağı ne de işin ne şekilde yapılacağı iş sahibi için bir önem arz etmez. Müteahhit burada işin sonucundan sorumlu olur. İş sözleşmesinde ise işçi belirli veya belirsiz bir sürede işi işverenin talimatına ve çalışma yöntemine bağlı olarak yapar. İşçi işin bitirilmesinden veya bitirilmemesinden sorumlu tutulmaz.

Vekalet sözleşmelerinde vekil işin ifası açısından bağımsızdır. Vekil sadece işin ifasında müvekkilin talimatlarına uymakla yükümlüdür; işin ne şekilde nerede ve hangi şartlarda ifa edileceğine vekil kendisi karar vermektedir (Aral, 2007). İş sözleşmelerinde ise işçi işverene iktisaden bağlı durumdadır. İşveren işin gerektirdiği araçları ve yeri tedarik eder.

İşçinin iş sözleşmesinde işverene bağlı olması iş sözleşmesinin feshinde de etkili olmaktadır. İş sözleşmelerinde taraflara fesih bildirim hakkının tanınması, tarafların kişilik haklarının korunması amacına yöneliktir. Ancak, iş sözleşmesiyle kişilik haklarından asıl vazgeçen taraf işverenin kişisel bağımlılığı altına giren işçidir (Süzek, 1976). Bu nedenle iş sözleşmesinin feshinde işçiye işverenden daha fazla serbesti sağlanması gerekli görülmüştür.

II) İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

İş sözleşmesi belirli durumlarda tarafların sahip olduğu fesih hakkı ile tek taraflı olarak sona erdirilebilir. İş sözleşmesini fesih hakkı, hak sahibinin karşı tarafa yönelttiği ve varması gereken tek taraflı bir irade beyanıyla iş sözleşmesini derhal veya belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kaldırabilen, bozucu yenilik doğurucu bir haktır (Süzek, 2008).

¹ Yarg. 10. HD., 27.02.1984, E. 1984/1132, K. 1984/1166 (Çalık, 2005: 20).

Belirtildiği üzere fesih hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır ve hak sahibinin bu yolda iradesini açıklamasının karşı tarafın hakimiyet alanına girmesiyle hüküm ifade etmektedir. Bu durumda karşı tarafın kabul etmesine ihtiyaç olmayıp; karşı tarafça reddedilme imkanı da yoktur. Sadece sözleşmenin belirli bir zamanda sona ermesini temin etmek için karşı tarafa bildirmek yeterlidir (Kaplan, 1987).

İş sözleşmesi “sürelî fesih” veya “haklı nedenle derhal fesih” olmak üzere iki şekilde feshedilebilmektedir. İş sözleşmesinin taraflarından birisinin sözleşmeyi sona erdiren irade beyanı fesih bildirimidir. Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Fesih bildirimi hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalıdır. Örneğin, işçinin hizmetine ileride ihtiyaç olunmayacağını belirten genel bir uyarı, fesih bildirimi olarak kabul edilmez (Rideout, 1972).

Fesih bildirimi, yenilik doğuran bir hak olduğu için ve karşı tarafı da etkilediği için açık ve belirgin olmalıdır. Yargıtay da önemli sonuçları bulunan fesih gibi bir hukuki işlemin açık ve kesin olması gerektiği kanaatindedir². Buna rağmen iş sözleşmesinin taraflarından birisinin hareketlerinden sözleşme ilişkisinin bittiği anlaşılıyor ise, fesih gerçekleşmiş sayılır (Ertürk, 2006; Eyrenci ve diğerleri, 2005; Mollamahmutoğlu, 2008).

İş Kanununa göre, “Belirsiz sürelî iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun karşı tarafa bildirilmesi gerekir” (İK. m. 17/I). Sözleşmeyi sona erdirmek için sürelî fesih hakkını kullanmak isteyen taraf bu iradesini karşı tarafa yönelmelidir. Çünkü fesih, karşı tarafa varması gereken tek yanlı bir irade beyanıdır ve karşı tarafa beyan edilmeyen fesih iradesi, hukuki bir sonuç doğurmamaktadır (Mahmutoğlu, 2008).

Bozucu yenilik doğuran bir hak olmasından dolayı, kural olarak fesih bildirimi şarta bağlı olarak yapılamaz (Oğuzman, 1955). Nitekim fesih, yukarıda belirtildiği gibi açık ve seçik olmalıdır ve şart ise gerçekleşmesi veya gerçekleşeceği belli olmayan bir olay anlamı taşır (Ertürk, 2006; Süzek, 2008).

İş sözleşmesini fesih bildirimine ilişkin hükümler emredici oldukları için, fesih bildirimi hakkından önceden vazgeçilemeyeceği gibi, bu hakkı ortadan kaldıran ya da kullanılmasını zorlaştıran anlaşmalar hukuken geçerli değildir (Tunçomağ ve Centel, 2008).

² Yarg. 9. HD., 27.01.1999, E. 1998/18431, K. 1999/647 (Dönmez, 2008: 57).

Karşı tarafa yöneltilmesi gereken fesih bildirim, ulaşma anından itibaren etkili olmaktadır. Başka bir deyişle beyan, karşı tarafın hakimiyet alanına girdiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Öğrenmenin daha sonra gerçekleşmesi hukuki durumu değiştirmez (Süzek, 2008). Fesih bildirimının ulaşma anından itibaren değil, ancak karşı tarafça öğrenilmesi anından itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağını öne süren görüşler de mevcuttur (Çenberci, 1984; Oğuzman, 1955).

Uygulama açısından bu görüşler genel olarak birleşmektedirler. Yapılması gereken, bildirim yapıldığı zaman işçinin işyerinde olup olmadığının ele alınmasıdır. Böyle bir durumda, bildirim ulaşma anı ve öğrenme anı aynı olacağı için, ulaşma anında mı yoksa öğrenme anında mı hüküm doğuracağını tartışılmasına gerek kalmayacaktır (Çelik, 2009). İşçinin işyerinde bulunmadığı hallerde yapacağı veya işveren tarafından yapılacak olan fesih bildiriminde ise, varma anının etkili olacağı kabul edilmelidir. Nitekim, Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararına göre: "Fesih bildirim bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanımı olup, karşı tarafa varmakla sonuçlarını doğurur."³. Hakkın yenilik doğurucu olmasından dolayı muhatabın bunu kabul edip etmemesi de önem taşımaz (Demircioğlu, 2008; Ertürk, 2006).

Öğretide kabul edilen görüşe göre, 3008 sayılı eski İş Kanununun yürürlüğü zamanından beri, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin fesih bildiriminin yazılı olması bir geçerlilik koşulu değil ispat koşulu olup, bu biçime uymadan yapılan bildirimler hükümsüz sayılmamaktadır (Çelik, 2009; Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 2008; Tunçomağ ve Centel, 2008). Bu durum Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da belirtilmiştir⁴. Fesih bildiriminin yazılı yapılması bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilirse, işçi açısından bazı olumsuzluklar ortaya çıkacaktır. Örneğin, işveren işçinin yapacağı bildirim almaktan kaçındığı takdirde, düzenlenmesi gerekli olan tutanağa işyerinde imza atacak tanık bulunması çok güç olacaktır (Oğuzman, 1955). Buna ilaveten, taraflar fesih bildiriminin geçerlilik şartı olarak belirli bir şekilde yapılması gerektiğini kararlaştırmışlarsa, hüküm doğurabilmesi için bu şekle uyulması gerekir (Mollamahmutoğlu, 2008).

³ Yarg. 9. HD, 13.01.2005, E. 2004/31429, K. 2005/632 <<http://www.kazanci.com/>>.

⁴ Yarg. İBKG., 18.02.1959, E. 1958/28, K. 1959/17 (Dönmez, 2008: 54).

Fesih bildirimiminin ne zaman ve nerede yapılacağına dair Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, fesih bildirimiminin her zaman ve her yerde, yani işyeri içinde veya dışında yapılabileceği düşünülebilir. Ancak Medeni Kanununun 2. maddesine göre yer ve zaman bakımından uygun olmayan fesih bildirimini muhatabın reddetme hakkı bulunduğunu kabul etmek gerekir (Kaplan, 1987; Tunçomağ ve Centel, 2008).

Nitelikleri gereği yenilik doğurucu haklar sadece bir defa kullanılabilirler. Dolayısıyla, yenilik doğurucu bir hakka ilişkin sonuç doğuracak biçimde açıklanmış bir irade beyanından da dönülemez. Kural olarak bu durum fesih bildirimini içinde geçerli olmaktadır. Ulaşma anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuran fesih bildiriminden bir defa kullanıldıktan sonra tek taraflı olarak dönmek mümkün değildir (Deakin ve Morris, 2005; Demircioğlu, 2008; Ertürk, 2006; Eyrenci ve diğerleri, 2005; Süzek, 2008). Yargıtay bir kararında, fesih iradesinin bozucu yenilik doğuran bir irade olduğunu ve muhataba ulaşmakla sonuçlarını doğurup bundan sonra fesih iradesinin sebep yönünden değiştirilemeyeceğini belirtmiştir⁵.

Yargıtay kararına konu olan başka bir olayda ise işçi 04.04.2006 tarihinde istifa dilekçesi vermiştir. Ancak işçinin dilekçesinde ihbar süresi verdiği söz edilmemiştir. İşçiye ait istifa dilekçesi insan kaynaklarına işlem yapılmak üzere gönderildiği aşamada işçi 05.04.2006 ve 06.04.2006 tarihlerinde çalışmak üzere işyerine gelmiş ve 06.04.2006 tarihinde istifa dilekçesinde ihbar süresi vermeyi unuttuğunu ve ihbar süresinde çalışmak istediğini noter kanalıyla ihtar etmiştir. Ancak, işveren ihtar kendisine tebliğ edilmeden önce 07.04.2006 tarihinde işyerine gelen işçiyi istifası işleme konulduğu için işe almamıştır. Yargıtay işçinin istifa ettiğini ve istifa iradesinin işleme konulduğunu; fesih irade beyanının tek taraflı olması ve kabule bağlı olmamasından dolayı işçinin istifa dilekçesi vermesinden sonra iki gün işe gelmesi ve ihbar süresi boyunca çalışmak istemesinin dikkate alınmayacağını ve ihbar süresi vermeden istifa iradesinden karşı tarafın kabul etmeden dönülemeyeceğini belirtmiştir⁶.

Fesih bildirimiminin karşı tarafa ulaşmasında sonra geri almak mümkün olsaydı, bu durum fesih bildirimiminin açık ve belirgin olması gerektiği esasına da aykırılık teşkil eder

⁵ Yarg. 9. HD., 13.06.2006, E. 2005/34209, K. 2006/17303 (Dönmez, 2008: 59).

⁶ Yarg. 9. HD., 11.03.2008, E. 2007/36130, K. 2008/4519 (Demircioğlu, 2008: 127).

ve iş sözleşmesinin taraflarını karışık bir hukuki duruma sürüklerdi. Bundan dolayı, fesih bildiriminde şüphe uyandırabilecek her çeşit irade beyanından uzak durulmalı ve örneğin “burada artık kalamam” şeklindeki beyanda bulunan taraftan amacının ne olduğunun açıklanması da istenmelidir. Bu tip irade açıklamalarının geçerliliği tarafların tutumuna bağlıdır (Kaplan, 1978).

Ancak, Borçlar Kanununun icabın geri alınmasına ilişkin 9. maddesi kıyasen uygulanır ise, fesih bildiriminden sadece, bildirim ulaşmadan veya ulaşıp olsa bile karşı taraf öğrenmeden önce dönmek mümkün olur (Çelik, 2009; Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 2008; Tunçomağ ve Centel, 2008).

Sürelî fesih ve haklı nedenle derhal fesih hallerinin ikisinde de sözleşme bir tarafın irade beyanı ile sona erdiği halde, bu iki fesih türü farklı temele dayanmakta ve farklı ihtiyaçları karşılamaktadır (Süzek, 1976).

İş sözleşmelerinde taraflar arasında karşılıklı güven esasına dayanan kişisel ve sürekli bir ilişki sözkonusudur. İş sözleşmesinin taraflarından birisi için bu ilişkinin çekilmez hale geldiği ve artık bu sözleşmeye bağlı kalmaya zorlanamayacağı durumlar ortaya çıktığı zaman, dürüstlük kuralları gereği o kişi için haklı nedenle derhal fesih hakkının doğmuş olduğu kabul edilmelidir (Güler, 2005; Süzek, 1976; Mollamahmutoğlu, 2008). Aynı şekilde Yargıtay’a göre, iş ilişkisindeki karşılıklı güvenin sarsıldığı durumlarda, bu tutumla karşılaşan taraftan böyle bir ilişkiyi sürdürmesinin beklenilmesi işin doğasına aykırıdır⁷. Haklı nedenle fesih hakkını doğuran durumlar taraflardan kaynaklanabileceği gibi, taraflarla ilgisi olmayan olgu ve olaylardan da kaynaklanabilirler. Bununla birlikte bu durumlar tarafların iş ilişkisinden doğan sadakat borcuna uyulmaması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisinin taraflara yüklediği borçların ifasının imkansız olduğu durumlarda da ortaya çıkabilir (Aktay ve diğerleri, 2009).

Bu durumda haklı nedenin varlığını belirleyecek olan en önemli unsur, iş ilişkisinin devam etmesinin taraflar bakımından çekilmez hale gelmesidir. Çekilmezlik ispat edildiği zaman haklı sebebin varlığı da ispat edilmiş olmaktadır. Başka bir deyişle bu iki durum birbirinden ayrılmamaktadır (Kaplan, 1987).

⁷ Yarg. 9. HD, 02.05.2005, E. 2004/25130 K. 2005/15369 (Legal İHSGHD., Temmuz 2005: 1278).

Haklı nedenle fesih süresi belirli olsun veya olmasın, haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde bütün iş sözleşmelerine uygulanabilmektedir. Bir tanım yapacak olursak; haklı nedenle derhal fesih hakkı, süresi belirli olan veya olmayan iş sözleşmesini, taraflardan birisi için çekilmez hale getiren haklı bir sebebe dayanarak irade beyanı yoluyla derhal feshetme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran haktır (Süzek, 1976; Mollamahmutoğlu, 2008). Görüldüğü gibi, haklı nedenin doğmasıyla sadece sözleşmeyi sona erdirebilme hak ve olanağı sağlanır, iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermez. İş sözleşmesinin sona ermesi için feshin karşı tarafa bildirilmesi gerekir.

Haklı nedenle fesih kanunen tanınmış bir haktır. Borçlar Kanununun 344. maddesi, İş Kanununun 24 ve 25. maddesi, Deniz İş Kanununun 14 ve 16. maddesi, Basın İş Kanununun 11. maddesinde düzenlenmiştir.

Borçlar Kanununun 344. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekle haklı gösteren her hal muhik bir sebep teşkil eder.”. Görüldüğü üzere burada haklı nedenin tanımı yapılmamış, esas gösterilmiştir (Oğuzman, 1955). İş Kanununda ise haklı nedenle fesih halleri sayılmıştır. Bunlar “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”, “zorlayıcı sebepler” ile işverenin haklı nedenle feshi halinde “işçinin gözüne alınması ve tutuklanması halinde devamsızlık” başlıkları altında sıralanmıştır. Ancak İş Kanununda haklı nedenler tek tek sayılmış da olsa, “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” ifadesinden anlaşılacağı üzere Kanunda düzenlenmemiş bazı hallerin de haklı neden sayılabileceği anlaşılmaktadır (Güler, 2005). Burada belirtilmesi gereken bir husus, İş Kanununda sayılan olayların ve benzerleri dışındaki bir olayın İş Kanununa tabi sözleşmelerde Borçlar Kanununun ilgili maddesi uyarınca haklı neden olarak kabul edilemeyeceğidir (Mollamahmutoğlu, 2008).

İş Kanununun haklı nedenle fesih hakkını düzenleyen hükümleri emredici nitelikte hükümler oldukları için, Kanuna göre haklı sayılmayan bir olay veya durum, sözleşmede haklı neden olarak kabul edilemez. Ancak, işçi aleyhine Kanunda belirtilen ve işverene haklı nedenle fesih hakkı veren nedenlerin veya benzerlerinin, işverenin sözleşmeyle fesih hakkından feragatinin caiz olduğu haller için, haklı neden oluşturmayacağı veya bunların şartlarının ağırlaştırılacağı sözleşme ile belirlenebilir (Mollamahmutoğlu, 2008).

İş sözleşmesinin tarafları haklı bir neden bulunmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerini süresi bitmeden, kural olarak sona erdiremezler. Bu tür sözleşmeler belirli sürenin bitimi ve işin tamamlanması ile kendiliğinden sona ermektedirler. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise haklı ve makul bir sebep bulunmasa da, taraflar sözleşmeyi süreli fesih hakkına dayanarak sona erdirebilirler. Süreli fesih hakkının başlıca görevi, iş sözleşmesinin taraflarına en düşük zararla sözleşmeyi sona erdirme imkanı tanımaktır (Deakin ve Morris, 2005). Süreli fesih hakkı, iş sözleşmesinin taraflarına belirsiz süreli bir iş sözleşmesini bildirim sürelerinin bitiminde tek taraflı irade beyanıyla serbestçe sona erdirme yetkisi veren bir bozucu yenilik doğuran hak olarak tanımlanmaktadır (Aktay ve diğerleri, 2009; Çelik, 2009; Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 2008).

Görüldüğü üzere, süreli fesih halinde haklı bir nedenin varlığı aranmaz. Bununla beraber, süreli fesih sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olmaktadır; haklı nedenle derhal fesih ise hem belirsiz hem de belirli süreli iş sözleşmelerinde kullanılabilir. Ayrıca, haklı nedenle derhal fesih, anlaşılacağı üzere iş sözleşmesine derhal son vermektedir; süreli fesih ise, iş sözleşmesi belirli bir sürenin geçmesiyle sona erer. Toparlayacak olursak, süreli fesih halinde taraflar için kişi özgürlüğüne uygun olarak bir takım koşul ve sınırlamalar ile, belirsiz süreli bir sözleşme ile sınırsız süreli bir bağlılığın önlenmesi, haklı nedenle derhal fesih ise, sözleşme süresi belirsiz de olsa belirli de olsa, dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmenin devamı kendisinden beklenemeyecek olan tarafa böyle bir bağdan kurtulabilme imkanı verilmesi söz konusu olur (Çelik, 2009).

Süreli fesih hakkının temelinde kişilik haklarının korunması vardır. İş sözleşmesinde tarafları süresi belirli olmayan bir sözleşmeyle bağlamak gerçekten, kişi özgürlüklerine aykırı bir duruma sebep olur; kişi özgürlükleri kavramı, sınırsız bir süre için tarafların akdi yükümlülük altına girmelerini engeller (Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek 2008).

İş sözleşmesinin taraflarının fesih bildiriyle sözleşmeye tek taraflı olarak son verebilmeleri, tarafların yalnız karşılıklı rızaları ile sözleşmenin ortadan kaldırılabileceği yönündeki genel kurala aykırıdır. Fakat iş sözleşmesinin taraflarına böyle bir olanak tanınmasaydı, taraflardan birinin sözleşmenin sona erdirilmesine rıza göstermemesi, sözleşmenin ömür boyu geçerli olmasına yetecekti (Süzek, 1976).

Ayrıca, taraflar belirsiz süreli bir iş sözleşmesi yaparken, bir süre öngörmemekle bu sözleşmeyi diledikleri zaman sona erdirebilme amacı güderler. Bu durumda, belirsiz süreli iş sözleşmesi yapan tarafların iradeleri yorumlandığı takdirde, süreli fesih hakkının bu sözleşmelerin taraflarına tanınması gerektiği ve bu sözleşmelere özgü bir fesih hakkı olduğu görülmektedir (Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek 2008).

Kural olarak, süreli fesih hakkı belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olmaktadır. Ancak, Borçlar Kanunu istisnaen belirli süreli iş sözleşmesinin de bu yolla sona erdirilebileceğini düzenlemiştir. Borçlar Kanunu 343. maddesine göre, “Bir hizmet akdi, bir tarafın yaşadığı müddetçe yahut on seneden fazla yapılmış ise işçi, bunu on sene geçtikten sonra her zaman ve bir aylık bir ihbar müddetine riayet şartı ile tazminat dahi vermeksizin feshedebilir.” Buradaki amaç, iş sözleşmesinin ömürboyu veya on yıldan fazla süre ile yapılması halinde, çok uzun bir süre iş sözleşmesiyle bağlı kalarak kişi özgürlüklerine aykırı bir durum oluşmasının engellenmesidir (Aktay ve diğerleri, 2009; Çelik, 2009; Tunçomağ ve Centel, 2008).

Belirsiz bir süre için iş sözleşmesiyle bağlı kalmak istemeyen tarafa süreli fesih hakkının tanınması ne kadar önemli ise, süreli fesih hakkının kullanılmasıyla karşı tarafın zarar görmesini engellemek de o kadar önemlidir. Bu ihtiyaç ihbar sürelerinin öngörülmesiyle karşılanmıştır. Bildirim yapılmakla, karşı taraf fesihten haberdar olmakta ve ihbar süresi içinde işverene yeni bir işçi, işçiye de yeni bir iş bulma imkanı sağlanmaktadır (Eyrenci ve diğerleri, 2005; Süzek, 1976).

Süreli fesih hakkının gerek anlamı, gerek kullanımı bakımından taraflar arasında hukuki eşitlik ve biçimsel bir simetri esasında düzenlenemeyeceğini, İş Hukukunu etkileyen sosyal nedenler göstermiştir. Bundan dolayı, işçinin süreli fesih hakkı ile işverenin fesih hakkı, farklı esaslara oturan düzenlemelere konu olurlar. İşçi iş sözleşmesi ile kişisel yükümlülük altına girdiği için, süreli fesih hakkının işçi tarafından kullanılmasında, düzenleme konusu bir sınırlama değil usul meselesidir; süreli fesih hakkının işveren tarafından kullanılması ise ileride görüleceği gibi bazı sınırlamalara tabidir (Mollamahmutoğlu, 2008).

Süreli fesih hakkı işçi açısından kişi özgürlüklerinin korunması esasına dayandığı için, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece bu hakkını kullanan işçinin feshe dayanak bir neden göstermesine gerek yoktur. Ancak, işveren süreli fesih hakkını kullanırken

zorunlu olmamakla beraber bir fesih nedeni göstermelidir; aksi takdirde, süreli fesih hakkının işveren tarafından geniş bir serbestiyle kullanılmasının önü açılmış olmaktadır (Mollamahmutoğlu, 2008). Hukukumuzda, İş Kanununun 18. maddesine göre, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin, Basın İş Kanunu 6. maddesi uyarınca gazetecilerin ve Sendikalar Kanunu 30. maddesine göre sendika temsilcilerinin iş sözleşmeleri sona erdirilirken fesih nedeni belirtilmek zorundadır. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmeleri fesih bildiriyle sona erdirilirken ise fesih nedeni bildirilmesine gerek yoktur.

İşletmenin veya işin gereklerine ya da işçinin yetersizliği veya hareketlerine dayanarak işverenin süreli fesih bildiriminde bulunması, kural olarak iş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler açısından fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddialarını ortadan kaldıran meşru bir sebep, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için ise süreli feshi geçerli kılan bir “yasal neden” (İK. m. 18/I) sayılmaktadır (Süzek, 2004).

4857 sayılı İş Kanunuyla hukuk sistemimize giren iş güvencesi (İK. m. 18 vd.) ile iş güvencesinden yararlanabilen ve yaralanamayan işçiler bakımından süreli fesihler ikiye ayrılmışlardır. Süreli fesih yoluyla, İş Kanununun 17. maddesinde öngörülen bildirim sürelerine uyarak ya da bu sürelerle bağlanan peşin ücret ödenerek, hem iş güvencesinden yararlanabilen işçiler hem de iş güvencesinden yaralanamayan ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin sözleşmeleri feshedilebilmektedir. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler açısından süreli fesih hakkının doğumu için sözleşmenin belirsiz süreli olması yeterli olmakla beraber, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için süreli fesih hakkının doğumu geçerli nedenlerin (İK. m. 18/I) varlığına dayanmaktadır. İşveren iş güvencesi kapsamındaki işçilere yapacağı yazılı bildirimde fesih nedenini açık ve kesin olarak belirtmek zorunda olduğu gibi (İK. m. 19/I) fesih nedeni işçinin davranışına veya verimine ilişkin ise işçinin savunmasını da almak zorundadır (İK. m. 19/II). Ayrıca iş güvencesi kapsamındaki işçiler için, feshin geçerli bir nedene dayandığını işveren ispat etmekle yükümlüdür. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için ise işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını ispat yükü işverene değil işçiye aittir (Süzek, 2008).

İş güvencesinden yararlanan ve iş güvencesinden yararlanmayan işçiler için Yasaya aykırı yapılan fesihlerin hüküm ve sonuçları da farklılık göstermektedirler. İşveren geçerli sebep göstermez veya gösterdiği sebep mahkeme tarafından ya da özel

hakem tarafından tespit edilip feshin geçersizliğine karar verilirse, iş güvencesi kapsamındaki işçi işe iade edilmeyi (İK. m. 21/I) ve işçinin başvurusu üzerine bir ay içerisinde işe başlatılmaz ise iş güvencesi tazminatını (İK. m. 21/I) isteyebilir⁸. Ayrıca, karar kesinleşinceye kadar işçiye en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları ödenir (İK. m.21/III). İşçi işe başlatılmaz ise koşulları varsa ihbar (İK. m.17/IV, VI) ve kıdem tazminatını da talep edebilir. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler ise, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını ispat etmek suretiyle kötüniyet tazminatına (İK. m.17/VI) ve yine koşulları varsa ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, maddi ve manevi tazminat isteyebilirler.

İş Kanununun 17. maddesinin ikinci fıkrasında “..... sonra feshedilmiş sayılır” denilmekle, süreli fesihte iş sözleşmesinin ancak bildirim süresinin bitmesi ile sona ereceğine işaret edilmiştir. Tarafların durumunda fesih bildirim süresi içinde hiçbir değişiklik meydana gelmemektedir. Karşı tarafa fesih bildirimini ulaştığı andan başlayıp, iş sözleşmesinin sona erdiği ana kadar geçmesi gereken fesih bildirim süresi içerisinde sözleşme önceden olduğu gibi hak ve borçlarının tümü ile eskisi gibi devam etmektedir. İş sözleşmesinin gerektirdiği karşılıklı borçları taraflar fesih olmamışçasına aynı şekilde yerine getirmek zorundadırlar. Aynı şekilde, işçi ve işverenin bağlı oldukları toplu iş sözleşmesi de taraflara bildirim süresi bitene kadar uygulanmaktadır. Yeni bir toplu iş sözleşmesi bu süre zarfında yürürlüğe girdiği takdirde, getirilen yeni haklardan işçi yararlanır (Süzek, 2008).

Bildirim süresi içerisinde iş sözleşmesinin taraflarından birisi, borcunu yerine getirmekten kaçınırsa veya haklı nedenle derhal fesih sebeplerinden herhangi bir tanesi ortaya çıkarsa karşı taraf haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilir. Bununla birlikte, haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanacak olan taraf, bu hakkını bildirim süresi içerisinde kullanmak zorundadır; aksi takdirde sözleşme bildirim süresinin dolmasıyla sona ereceği için, haklı nedenle derhal fesih hakkı daha sonra kullanılamaz (Mollamahmutoğlu, 2008).

Üzerinde durulması gereken başka bir konu da, işverence yapılan fesih bildiriminden sonra, işçinin bildirim süresi dolmadan emekli olmak için başvuru yapması

⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi üçüncü bölümde verilecektir.

halidir. Konuyla ilgili Yargıtay kararına göre, “ihbar tazminatı ödenmeden işverence gerçekleştirilen fesihlerde, işçi emeklilik aylığı bağlanması için bağlı bulunduğu kuruma başvurması halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği sonucuna varılmaktadır”⁹.

İşyerinde çalışmaya devam eden işçinin bildirim süresi içerisinde, çalışacağı yeni bir iş araması oldukça zor bir durumdur. İş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona ermesinde bir bildirim süresinin öngörülmesi, öncelikle bir anda işçiyi işsiz ve dolayısıyla ücretsiz bırakmamak ve bu süre içerisinde işçiye yeni bir iş arama imkanı tanımak amacına yöneliktir (Mollamahmutoğlu, 2008). İşçiye yeni iş arama izni verilmesi Borçlar Kanunu (BK. m.344/II) ve İş Kanunda (İK. m.27) düzenlenmiştir.

Yeni iş arama izni, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, süreli fesih ister işçi ister işveren tarafından yapılmış olsun, işçiye bildirim süresi içerisinde kullanılmak üzere bahsedilmiş bir hak olarak tanımlanmaktadır (Çelik, 2009; Esener, 1978; Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 2008). Bu hak, bildirim süresi içerisindeki bir süreli fesih beyanı hükmü olduğundan dolayı, bildirim süresinin uygulanmasıyla doğmaktadır (Mollamahmutoğlu, 2008). Bundan dolayı yeni iş arama izni; belirli süreli iş sözleşmelerinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin peşin ücret ödenerek sona ermesinde veya belirsiz süreli iş sözleşmelerinin usulsüz olarak feshinde söz konusu olmamaktadır (Mollamahmutoğlu, 2008).

İş sözleşmesi tarafların süreli fesih hakkını kullanmasıyla sona ermemektedir. Daha önce de belirtildiği üzere iş sözleşmesi işçinin kıdemine göre değişen bildirim sürelerinin dolmasıyla sona erer. İş Kanununa göre, işçinin ücretinin yanında kanundan ve sözleşmeden doğan bütün menfaatleri iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte muaccel hale gelir ve bunların işçiye tam olarak ödenmesi zorunludur (İK. m. 32/V).

Usulüne uygun olarak kullanılmış bir fesih hakkı ile sona ermiş bir iş sözleşmesi karşı tarafa zarar verse dahi, bu zararın tazmini talep edilemez. Çünkü, iş sözleşmesinin taraflarına beklemedikleri bir feshin zararlarından korunmaları için bildirim süreleri tanınmıştır (Mollamahmutoğlu, 2008). Bu süre, işçinin yeni bir iş, işverenin de kendisine yeni bir işçi bulması için bir fırsat olarak tanınmıştır.

⁹ Yarg. 9.HD., 21.06.2004, E. 2004/15842, K. 2004/15334 (Legal İHSGHD., Ocak 2005: 324-325).

Fesihden sonra şartları olduğu takdirde kıdem tazminatı ve işsizlik sigortası gibi haklar ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan, daha sonra görüleceği gibi, usulüne uygun olarak kullanılmış bir fesih hakkı olsa dahi dürüstlük kurallarına aykırı olarak yapılan bir fesih durumunda hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur ve buna bağlanan tazminatlar uygulama alanı bulurlar (Süzek, 2008).

III) GENEL OLARAK HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

1- Hakkın Kötüye Kullanılması Kavramı

Hukuk düzeni sadece korumaya değer bulduğu menfaatleri hak haline dönüştürmektedir. Bir menfaat ancak, sosyal ve ekonomik bir amacı gerçekleştiriyorsa, hukuk düzeni tarafından hak haline dönüştürülmektedir (Özcan, 2004). Haklar şahıslara sosyal ve ekonomik bir amacı yerine getirmek için tanındıklarından dolayı, bu amacın dışında kullanılamazlar. Böylece, hakların mutlak olmayıp sosyal amaçlarına uygun olarak kullanılmaları söz konusu olduğu için nispi oldukları görülmektedir (Süzek, 1976).

Hakların nispi olmasının kabulü ile kanun hükümlerinin biçimselliği ve katılığı giderilmektedir. Hakkın kötüye kullanılması da, kanunun katı bir biçimde uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmasını engelleyen bir araç niteliğindedir (Süzek, 1976).

Medeni Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır”. Anılan hükümde belirtilen dürüstlük kuralı bütün hakların kullanılmasında uyulması gereken bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılacak bir hak kötüye kullanılmış kabul edileceği için, dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması bir madalyonun iki yüzü gibidir (Oğuzman, 1978).

Dürüstlük kuralı, hak sahiplerinin haklarını kullanırken ya da borçlarını ifa ederken, hukuka, genel ahlaka, örf ve adet kurallarına ve doğruluk ilkesine riayet etmeleri; haklarının etrafında olan diğer hak sahiplerinde, ya da borç ilişkilerinin diğer tarafını oluşturan kişilerde, olan güven duygusunu zedelememek olarak nitelendirilmektedir (Köprülü, 1984).

Dürüstlük kuralının asıl görevi, hakların kullanılması ve borçların ifasında bir sınır oluşturmak ve hukuk kurallarındaki eksikliklerin tamamlanmasına katkıda

bulunmaktadır (Köprülü, 1984). Ayrıca, dürüstlük kuralı Özel Hukukun bütün alanlarına uygulanması gereken genel bir kural olduğu için, açık bir şekilde uyumsuzluk göstermedikçe, özel kanun hükümleriyle korunan alanlarda uygulama alanı bulmaktadırlar. (Köprülü, 1984).

Şahıslar haklarını kullanırken yukarıda belirtildiği gibi sosyal ve ekonomik amaç ihlal edilmemelidir. Bazı durumlarda kanunun çizdiği sınırlar aşılmamakla beraber, hakkın kullanımı sosyal ve ekonomik amacını aşmaktadır. Burada hakkın kötüye kullanımı karşımıza çıkmaktadır (Edis, 1983).

Medeni Kanunumuzun 2. maddesinin birinci fıkrasında dürüstlük kurallarına uyulması gerektiği düzenlendikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında, bu kurala uymamanın ne gibi sonuçlar doğuracağı düzenlenmiştir. Belirtilen fıkra uyarınca, “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” (MK. m. 2/II). Buna göre, hakkını kötüye kullanan şahıs, başka bir şahsa zarar verdiği takdirde, kanun tarafından korunmaz, çünkü kanun sadece meşru menfaatleri korumaktadır; gayri meşru veya zararlı bir menfaate, hakkın kötüye kullanılması ile ilgili olan bir koruma isteniyorsa, kanun bu korumayı tanımamakla görevlidir (Saymen, 1956).

Medeni Kanunun 2. maddesi, hukukumuz açısından iki önemli kural koymaktadır. Bunlardan birincisi, hakların kullanılmasının kapsam ve içeriğini her somut olayda sınırlayan dürüstlük kuralı; diğeri de kötüye kullanılan hakların sonucunu gösteren ve hukuk düzeninin bunu korumayacağını bildiren hakkın kötüye kullanılmasıdır (Akıntürk, 2007).

2-Hakkın Kötüye Kullanılmasının Unsurları

Aşağıda kısaca Medeni Hukuka göre hakkın kötüye kullanılmasının unsurlarından bahsedilecektir. Burada belirtmek gerekir ki, İş Hukukundaki hakkın kötüye kullanılması teorisinin uygulaması Medeni Hukuka göre önemli farklılıklar göstermektedir (Süzek, 1976).

a. Hukuken Tanınmış Bir Hakkın Varlığı

Hukuk düzeni kullanılacak olan hakkın sakıncalara yol açmamasını ve haksız bir durum ortaya çıkarmamasını dilemektedir. Bunun için öncelikle bir hakkın varlığı

gerekmektedir. Kişiyi hukuk düzeninin tanıdığı ve kullanılması onun iradesine bırakılmış bir hak olmadıkça hakkın kötüye kullanımı da yoktur (Edis, 1983).

Hakkın kötüye kullanılması ile haksız fiil birbiri ile karıştırılmaması gereken iki kavramdır. Bunların ikisi de hukuka aykırı davranış olmakla beraber, haksız fiilde görünüşte bile olsa kullanılmış bir hak yoktur. Ya hiç dayanılmış bir hak yoktur veya dürüstlük kuralı dışındaki bir hakka dayanılmış, fakat hakkın kendi sınırları aşılmıştır. Buna karşılık, hak kendi sınırları içerisinde kalınmasına rağmen amacı dışında kullanılmış ise burada hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır (Oğuzman, 1978; Saymen, 1956; Süzek, 1976). Yani haksız fiilde hukuka aykırı bir fiil sözkonusudur; ancak hakkın kötüye kullanılmasında hukuka uygunluk iddiası vardır, fakat yalnızca dış görünüş bakımından bir uygunluk söz konusudur (Saymen, 1956).

b. Hakkın Açıkça Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırı Olarak Kullanılması

Medeni Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında hakkın kötüye kullanılmasından bahsederken, hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmasına işaret edilmektedir. Medeni Kanunun 2. maddesinin iki fıkrası da birbirini tamamlar niteliktedir. Birinci fıkrada olumlu olarak ifade edilen ilke, ikinci fıkrada olumsuz olarak ifade edilmiştir (Süzek, 1976).

Bir hak, hak sahibine yasal bir yarar sağlamak yerine, başka bir kimseye zarar vermek, zora sokmak veya yasa dışı bir yarar sağlamak için kullanıldığı takdirde, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır (Oğuzman, 1978; Öztan, 2004).

Hiçbir çıkarın korunması öngörülmeden, hakkın kullanılması söz konusu oluyorsa, hak kötüye kullanılmış kabul edilmelidir. Köprülü'ye göre,

“Hakkın kullanılması karşılıklı edimlerin ifasında önceden öngörülemeyen, kestirilemeyen durumlar sonucu, kullanan lehine ve diğer taraf aleyhine olmak üzere çok önemli bir nisbetsizlik, dengesizlik meydana getirmişse ve bu şekilde kullanmada ısrar edilmesi diğer tarafı iktisaden çok güç bir duruma sokacaksa, hak kötüye kullanılmış addolunmalıdır.” (1984: 147).

Bir menfaat olmakla beraber, bu menfaatin yasal olmaması durumunda da hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır. Örnek olarak, bir uçak şirketinin sahip

olduğu hangar ve hava alanının yanındaki arazinin sahibi şahsın, şirketi araziyi yüksek fiyata satın almaya zorlamak için, arazisine uçakların havalanmasını engelleyecek direkler dikmesi gösterilmektedir (Oğuzman, 1978).

c. Üçüncü Kişi Yönünden Bir Zararın Varlığı

Hakkın kötüye kullanılmasının unsurlarından birisi de hakkın kullanılmasından dolayı diğer tarafın zarar görmesi veya zarar tehlikesi ile karşılaşmasıdır. Başkaları, hakkın kullanımından bir zarar görmemiş veya zarar görme tehlikesi altında kalmamış ise hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmamaktadır. Buradaki zarar, başkalarına ait hukuken korunan maddi veya manevi yararların ihlal edilmesidir (Edis, 1983). Bir başkasının hukuken korunan bir menfaati zarar görmedikçe, hakkın kötüye kullanımından söz edilemez (Özta, 2004).

Hak sahibi çeşitli yollarla veya imkanlarla bir hakkın kullanılmasını gerçekleştirebiliyor ise, bunların kendisine yüklediği gider ve yükümlerde bir fark olmaması durumunda başkalarına en düşük zararı verecek olan yolu veya imkanı seçmelidir (Köprülü, 1984). Aksi halde bir kimsenin başkalarına daha az zarar verebilecek imkana sahip olmasına rağmen, onlara daha çok zarar verecek biçimde hakkını kullanmasında dürüstlük kurallarına aykırılık söz konusu olur.

Başka bir kimsenin, hakkın kullanılmasından zarar görmesi, her zaman hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Örneğin, öndeki arsaya bina yapılarak, arkadaki binanın manzarasını kapatması hakkın kötüye kullanıldığı sonucunu doğurmaz. Ancak, sırf başkasına zarar vermek için arazisine duvar yaptıran bir kimsenin hakkını kötüye kullandığı kabul edilmelidir (Oğuzman, 1978).

3-Hakkın Kötüye Kullanılmasının Yaptırımı

Hakkın kötüye kullanımı geniş kapsamlı ve çok genel bir kavramdır. Kanundan doğmuş olsa da, taraflar arasındaki hukuki ilişkiden doğmuş olsa da esasen her hak kötüye kullanılabilir. Bu nedenle, hakkın kötüye kullanılmasına, kötüye kullanılması mümkün olan bütün hakların mahiyetine uygun olabilecek derecede genel ve kapsamlı bir yaptırım bağlanmalıdır (Akipek ve Akıntürk, 2007).

Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı Medeni Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde ifade edilmektedir: “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”.

Kanunen hakkın kötüye kullanılmasının himaye edilmemesi, öncelikle, kötüye kullanılan hakka dayanan davacının talebinin, davalının ise savunmasının dikkate alınmaması şeklinde gerçekleşmektedir (Oğuzman, 1978; Saymen, 1956; Süzek, 1976). Örneğin, zamanaşımını ileri sürme hakkı kötüye kullanıldığı takdirde, bu savunmayı hakim dikkate almaksızın karar verir (Akipek ve Akıntürk, 2007; Oğuzman, 1978). Hakkın kötüye kullanılması himaye edilmeyince, hak kavramı dışında bırakılmış olduğu ve yapılan hareket veya muamele hukuki dayanaktan yoksun tamamen fiili bir durum olduğu için faile bir dava hakkı tanımaya yer yoktur (Saymen, 1956).

Bununla birlikte, hakkını kötüye kullanan kişi başka bir kişiye zarar verdiği ya da başka bir kişiye zarar verme tehlikesi yarattığı için genellikle Medeni Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm yeterli olmamaktadır. Bundan dolayı, Medeni Kanun tarafından ayrıca özel yaptırımlar uygulanmayan durumlarda taşınmaz malikinin sorumluluğunun düzenlendiği 730. maddede öngörülen yaptırımların (durumun eski haline getirilmesi, uğradığı zararın giderilmesi) genelleştirilerek uygulanması gerekir (Edis, 1983). Bu durumda kötüye kullanılan hak dolayısıyla zarar gören kimse bazı durumlarda dava hakkına sahip olabilmektedir. Zarara uğrayan kişi, hakkın kötüye kullanımını durdurma, önleme, hakkın kötüye kullanılmasından doğan zararın giderilmesi için tazminat davası ve tespit davası açabilmektedir (Öztan, 2004).

IV) FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

1-Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması Kavramı

Uzun zaman boyunca İş Hukukunda savunulan bir görüşe göre işletmenin sahibi olan işveren, işletmeye ait bütün risk ve sorumluluğu üzerine aldığı için iş sözleşmesini tek taraflı olarak fesih hakkına sahiptir. Buna karşılık, modern İş Hukukundaki görüşler, ekonomik olarak zayıf durumda olan işçinin işten çıkarılmasıyla karşılaşacağı ekonomik ve sosyal zorluklar ve özellikle de istihdam güvencesi ilkesi dikkate alınarak iş sözleşmesinin tek taraflı olarak feshedilmesinin sınırlandırılmasını savunmuşlardır. Aradaki çıkar uyumsuzluklarının çözülmesi için Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukundaki

hakkın kötüye kullanılması teorisinin 19. yüzyılda İş Hukukundaki iş sözleşmelerinin feshinde uygulanması düşünülmüştür (Esener, 1978).

Gerçekten, işverenin usul açısından fesih bildiriyle ilgili koşulları yerine getirerek, örneğin, kendisine İş Kanununca tanınmış olan hakları talep eden ya da böyle bir amaçla şikayette bulunan işçinin iş sözleşmesine son vermesi, işyerindeki diğer işçilerin aynı sonuca maruz kalma korkusuyla haklarını aramalarını engelleyecektir (Çenberci, 1984). Bu da hem işyerinde işverenin keyfi hareket etmesine, hem de işçilerin gelecekleri hakkında kaygılanarak verimli çalışmamalarına sebep olacaktır.

Hukukumuzda göre, iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerini fesih bildiriye sona erdiren işverenin, bir sebep gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin tarafları Kanun veya sözleşme ile belirlenen bildirim sürelerine riayet etmek şartıyla veya peşin ücret ödeyerek istedikleri zaman iş sözleşmesini fesih hakkına sahiptirler. Çünkü, iş güvencesi dışındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshini düzenleyen İş Kanununun 17. maddesi, taraflara bu konuda serbesti sağlamış, işvereni de aynı işçi gibi, fesihte bulunurken bir sebep gösterme yükümünden kurtarmıştır (Mollamahmutoğlu, 2008). Bu durumda iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması şarttır ve yeterlidir. Hukukumuzda işveren belirsiz süreli iş sözleşmelerini süreli fesih yoluyla serbestçe feshedebilmekte, iş sözleşmesinin feshinden sonra hakkın kötüye kullanıldığına dair bir iddia varsa, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı araştırılmaktadır (Şahlanan, 2002). Ancak, her hak gibi fesih hakkının da amacı dışında kullanılmaması zorunlu olduğu için, taraflar haklarını dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullandıkları takdirde, bu esas bir anlam taşımamaktadır (Usta, 1998).

Hukukumuzda iş güvencesi kapsamı dışında olan işçilerin iş sözleşmelerinin işverence, hakkın kötüye kullanılmasıyla feshedilmesinin yaptırımını olarak kötüniet tazminatı öngörülmüştür (Ertürk, 2006). İş sözleşmesinin kötünietle feshedildiği kanıtlandığı takdirde, bildirim sürelerine uyulması veya uyulmaması, kötünietli feshin hukuki sonuçlarına etki etmemektedir.

İş Kanunumuzun 17. maddesinin altıncı fıkrasında iş güvencesi hükümlerine işaret edilmekle (İK. m. 18, 19, 20, 21), iş güvencesi kapsamında olan işçilerin kötüniet tazminatı talebinde bulunamayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, iş sözleşmesinin tarafları, belirsiz süreli iş sözleşmesi yaparak, sahip oldukları süreli fesih hakkını

kullanırken, iş güvencesinden yararlanan işçinin iş sözleşmesinin feshi dışında, bir sebep göstermekle yükümlü değildirler. Fakat, hakkın kötüye kullanılması teorisine başvurulmuş, süreli fesih hakkının kullanılmasına bir sınırlama getirilmiştir. Bununla birlikte, işçinin süreli fesih hakkını kullanması her zaman kişi özgürlüğü olarak değerlendirildiği için, Kanun hakkın kötüye kullanılması teorisine işverenin süreli fesih hakkının kullanımı açısından başvurmuştur (Mollamahmutoğlu, 2008). Kanun böyle bir yol izlese de, nadiren görülmekle beraber süreli fesih hakkının işçi tarafından kötüye kullanılması mümkün olmaktadır. Ancak, iş sözleşmesini fesheden işçinin özgürlüğüne kavuşmak veya işini değiştirme isteğinin onun açısından meşru bir sebep oluşturmaya yeterli olacağını belirtmek gerekir (Mollamahmutoğlu, 2008).

4773 sayılı Kanunla Değiştirilmeden önce eski İş Kanununun 13. maddesinde işçinin “sendikaya üye olması”, “şikayete başvurusu” gibi sebeplerle iş sözleşmesinin feshedilmesi hakkın kötüye kullanılmasına örnek olarak gösterilmekte ve “genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlar” ifadesine yer verilmekteydi. 4773 sayılı Kanunla eski İş Kanununda 13. madde değiştirilmiş ve 4857 sayılı yeni İş Kanununda da bu değişikliğe uyularak, “...işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda...” demek suretiyle örnek vermeden genel bir ifadeye başvurulmuştur. Burada, iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasında esas alınacak kıstas önem kazanmaktadır.

Genel olarak uygulamada iş sözleşmesini fesih hakkının ölçüsünü kesin bir biçimde tespit etmek kolay olmamaktadır. Esener’e göre, “işverenin hizmet akdini feshi ihbar etmesi ile elde edeceği işletmenin yararı ile bununla işçiye verilecek zararın karşılaştırılması fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığını gösterecektir.” (1978: 235). Süreli fesih hakkı, Medeni Kanunun 2. maddesine göre, dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılmaz ise, fesih hakkı kötüye kullanılmış olur (Süzek, 2008). Bu esas bağlamında süreli fesih meşru olarak kabul edilen sebeplere dayanmalıdır. Bu durumda, işveren meşru sebeplere dayandığı sürece süreli fesih hakkını kötüye kullanmamış olmaktadır (Mollamahmutoğlu, 2008). Meşru sebep ise, haklı nedenle derhal feshe yol açacak kadar ağır olmayan, ancak işverene ihbar sürelerine uyarak belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetme imkanı sağlayan sebeplerdir (Süzek, 1976).

Hukumumuzda süreli fesih hakkının işveren tarafından genel olarak ekonomik nedenlere bağlandığı söylenebilir. Ekonomik nedenler, işçinin kişiliği ile veya işyerindeki davranışlarıyla ilgili olmayıp, işletmeyle ilgili işletmenin gereksinimlerinden kaynaklanan nedenlerdir. İşletmeyi ilgilendiren bu nedenler, işverenin fesih hakkında genel olarak meşru neden oluşturmaktadır (Mollamahmutoğlu, 2008).

Kanun koyucunun iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasını kesin bir kıstasa bağlamaması, hakkın kötüye kullanılması teorisinin niteliğine uymaktadır. Özellikleri gereği hakkın kötüye kullanılması teorisi sürekli bir değişim içindedir. Tespit edilecek olan kıstaslarda bu nedenle zamana ve mekana göre bu değişime ayak uydurmaktadırlar (Süzek, 1976).

Daha önce görüldüğü üzere, Medeni Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kötüye kullanılmış olan hakkın kanunen korunmaması gerekmektedir. Sözü edilen Kanun hükmü, emredici hukuk kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır ve Borçlar Kanunu 19 ve 20. maddesi dikkate alındığında Özel Hukuk ilişkilerinde emredici kurallara aykırılığın yaptırımı olarak geçersizlik karşımıza çıkacaktır. Ancak, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından kötüniyetle feshedilmesinin yaptırımı geçersizlik değildir. İş güvencesi dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından kötüniyetle feshinde geçerli bir feshin sonuçları doğacak, fakat işveren tazminat yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır (Ertürk, 2006).

İş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması iki biçimde söz konusu olabilmektedir. Öncelikle, işveren veya işçi süreli fesih hakkını İş Kanununun 17. maddesine uygun olarak usulünce kullanmakla beraber, dürüstlük kurallarına aykırı kullanmış olabilirler.

Bundan başka, süreli fesih hakkını usulüne uymadan kullanan işveren veya işçinin, aynı zamanda dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde hareket etmesi de mümkündür. Örneğin, bildirim sürelerine uymaksızın işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren aynı zamanda işçinin sendikaya üye olması nedeniyle iş sözleşmesini feshetmiş ise, hem fesih hakkı usulüne uygun olarak kullanılmamış hem de kötüye kullanılmış olmaktadır(Süzek, 2008).

Usulsüz fesih iş sözleşmesinin taraflarının bildirim şartına uymamaları ya da işverenin bildirim süresine ilişkin ücreti peşin ödemeksizin feshetmesi halinde, bildirim

sürelerine ait ücretin ödenmemesi durumunda söz konusu olmaktadır (Aktay ve diğerleri, 2009). Usulsüz fesih de geçerli bir fesih yapılmışcasına iş sözleşmesini sona erdirmektedir. Ancak usulsüz fesihte bulunan taraf için başta ihbar tazminatı olmak üzere bazı hukuki yaptırımlar söz konusu olmaktadır (İK. m. 17/IV). Usulsüz fesih ile işçinin usulüne uygun olarak yapılmış fesih bildiriminden doğan hakları ortadan kalkmamaktadır. Bildirim süresi içerisinde doğacak bütün hakları işçi işverenden talep edebilmektedir (Süzek, 2008). Burada yapılan feshin kötüniyetli olup olmadığı aranmamaktadır; feshin usulüne uygun olmadan yapılması yeterlidir.

Kanuna göre haklı neden sayılan bir olayın meydana gelmesi halinde taraflar için haklı nedenle fesih hakkı doğduğu için, iş sözleşmesinin haklı neden olmadan feshedilmesi haksız fesih olarak tanımlanmaktadır (Mollamahmutoğlu, 2008). Daha önce de belirtildiği üzere hakkın kötüye kullanılması için bir hakkın doğmuş olması gerekmektedir. Belirli süreli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin haklı bir neden olmadan feshedilmesi durumunda, fesih hakkı doğmamış olduğu için, fesih hakkının kötüye kullanılmasından değil, haksız fesihten söz edilmektedir (Kaplan, 1987; Süzek, 2008).

Yargıtay kararına konu olan bir olayda işveren işçiden kendi görevi olmadığı halde makine başında çalışmasını istemiş, işçinin bunu kabul etmemesi nedeniyle de işine son vermiştir. Yerel mahkeme feshin haklı nedenle yapıldığını kabul etmiş, bu nedenle işçinin ihbar ve kıdem tazminatı isteğini reddetmiştir. Yargıtay işçiden yapılması istenilen işin, işçinin görevi olmadığını ve haklı nedenle feshin sözkonusu olması için hatırlatma unsurunun da gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiş ve feshin haksız olduğunu kabul etmiştir¹⁰. Görüldüğü gibi burada fesih hakkı hiç doğmamış olduğu için hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmayıp, haksız fesih ortaya çıkmaktadır.

Haklı nedenle fesih hakkının kötüye kullanılması ise tartışmalı bir konudur. Örneğin, uzun yıllar boyunca işyerinde çalışıp hiçbir disiplinsiz hareketi görülmemiş olan, hatta üstlerinin örnek olarak gösterdiği bir işçinin bir defaya mahsus işyerine sarhoş olarak gelmesi durumunda iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle derhal feshedilmesinin (İK. m. 25/II, d), fesih hakkının kötüye kullanılması olup olmadığı

¹⁰ Yarg. 9. HD., 04.11.2004, E.2004/9327, K.2004/24902 (Legal İHSGHD., Ocak 2005: 281-282).

tartışmalıdır (Mollamahmutoğlu, 2008). Burada belirtmek gerekir ki hakkın dayandığı temel nedeniyle haklı nedenle fesih hakkı kötüye kullanılamaz. Haklı nedenle fesih hakkının işverene tanınmasının sebebi, iş sözleşmesine devam etmesinin ortaya çıkan dayanılmaz durum nedeniyle dürüstlük kuralları gereği kendisinden beklenememesidir (Süzek, 1976). Kanaatimce yukarıda verilen örnekte de haklı nedenle fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilemez. Zaten böyle bir durumda işveren haklı bir sebebi olmadan işçiyi işten çıkarmış olsa da, fesih hakkının kötüye kullanılmasından çok haksız fesih hali söz konusu olur.

2- Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Ölçütü

Hakkın kötüye kullanılmasının dayandığı ölçütün belirlenmesi, iş sözleşmesini fesih hakkının hangi aşamadan sonra hukukiliğini yitirip hakkın kötüye kullanılması alanına girdiğinin saptanması açısından önem taşımaktadır (Süzek, 2008). Burada hakkın kötüye kullanılmasını subjektif bir esasa dayandıran kıstaslar ve objektif bir esasa dayandıran kıstaslar mevcuttur. Fesih hakkının kötüye kullanılmasını subjektif bir esasa dayandıran kıstaslar; fesih hakkını kullanmanın kasden veya kusurlu olarak başkasına zarar vermesi olarak ikiye ayrılmıştır. Objektif esasa dayanan kıstaslar ise fesih hakkının meşru bir menfaat olmadan kullanılması veya menfaatler arasında aşırı dengesizlik oluşturulması, sosyal amacından saptırılması, işletme yararı dışında kullanılması ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Genel olarak uygulamada fesih hakkının kötüye kullanılmasının ölçüsünü kesin bir biçimde belirlemek zordur. Çenberci'ye göre, “işçi hak ve özgürlüklerinin kullanılmasını önleme amacının söz konusu olduğu bütün durumlarda iş sözleşmesini sona erdirme hakkının kötüye kullanılmış olduğu kabul edilmelidir” (1984: 263). Burada işçinin şikayet hakkını kullanması veya sendikaya üye olması gibi hakkın kötüye kullanılmasının birçok hali açıklığa kavuşturulmuştur (Esener, 1978). Ancak, işverenin menfaatler arasında aşırı dengesizlik oluşturması veya meşru bir menfaati bulunmamasına rağmen fesih hakkını amacının dışında kullanması gibi durumlar bu kıstasın dışında kalmaktadır.

İş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasında en uygun kıstasın hangisi olduğunu belirlemek açısından İş Hukukunda işçiyi koruyucu bir yapı olduğunu

hatırlamakta yarar vardır. Sürekli bir biçimde toplum düzenini ve barışını sağlayacak gerçek denge işçi ile işvereni eşit olarak kabul eden bir anlayıştan ziyade, işçinin korunması ile kurulabilir (Süzek, 1976). Zaten işçinin işverene bağlı olarak çalıştığı ve işveren karşısındaki ekonomik durumu gözönüne alındığı zaman, işçi ve işverenin eşit kabul edilmemesi gerektiği açıkça görülmektedir.

Görüldüğü gibi esas itibariyle işçiyi koruyucu nitelikte bir hukuk dalı olan İş Hukukunda, fesih hakkının kötüye kullanılmasının uygulama alanını en çok genişleten kıstas hangisi ise onun tercih edilmesi daha uygundur (Süzek, 1976). Dürüstlük kurallarına aykırılık ölçütü bu kıstaslar arasında en geniş nitelikte olduğundan dolayı iş hukukunun işçiyi koruma amacına daha uygundur.

Yargıtay da iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasında dürüstlük kurallarına aykırılık ölçütünün kabul edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Yargıtay'ın bu konuyla ilgili bir kararına göre,

“İş Kanunu ile düzenlenen kötüniyet tazminatı Medeni Kanunun ikinci maddesinin İş Kanununa aktarımıdır. Buna göre hukuken tanınmış bir hakkın varlığı, hakkın objektif iyiniyet kurallarına aykırı kullanılması ve hakkın kötüye kullanılmasından karşı tarafın zarar görmesi ya da bir zarar tehlikesinin yaratılması durumunda fesih hakkı kötüye kullanılmış sayılır”¹¹.

Dürüstlük terimi objektif bir davranış kuralını ifade etmektedir. Dürüstlük kurallarına aykırılık ölçütü iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasında kabul edilecek olursa, fesih hakkını kullanan işveren dürüst, namuslu ve makul bir işverenden beklenen biçimde davranmak zorunda olacaktır. (Süzek, 1976). İşverenin hangi davranışlarının dürüstlük kurallarına aykırı olduğuna da hakim karar vermesi gerekir.

Süzek'e göre;

“öğretide önerilen diğer ölçütleri de kapsayıcı nitelikte olup, işverenin fesih hakkını kullanırken zarar verme kasdı da, kusuru da, menfaatler arasında aşırı dengesizlik meydana getirmesi de, bu hakkı meşru bir menfaat bulunmaksızın veya sosyal amacından saptırarak kullanması da objektif iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturur” (2008: 478).

¹¹ Yarg. 9. HD., 19.12.2005, E. 2005/16326, K. 2005/39817 <<http://www.kazanci.com/>>.

Bu durumda, dürüstlük kurallarına aykırılık iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasında kıstas olarak kabul edildiği zaman, diğer kıstaslardan herhangi birisine aykırı davranılması hakkın kötüye kullanılması için yeterli olmaktadır.

a. Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturan Fesihler

Öncelikle iş sözleşmesinin kötüniyetle feshinde kötüniyet olgusu somut bir biçimde belirtilmelidir. İnsanlar arasındaki ilişkiler değerlendirilerek kötüniyetli davranışlar belirlenmelidir. Kötüniyet ya da iyiniyet, kanun, tüzük, yönetmelikle hatta örf ve adet gibi düzenlemelerden başka ahlak ve dürüstlük gibi esaslardan ilham alınarak toplumsal değerlerin oluşturduğu kurallar olarak tanımlanabilir (Günay, 2007).

1475 sayılı eski İş Kanununun 13 maddesinin C bendinin üçüncü fıkrasında, “İşçinin sendikaya üye olması, şikâyete başvurması gibi sebeplerle işinden çıkartılması hallerinde ve genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda...” denilmekle fesih hakkının kötüye kullanılması hallerine örnekler verilmiştir.

Yargıtay da fesih hakkının kötüye kullanılmasıyla ilgili genel bir kural koyulamayacağını ve her olayın özelliğinin tarafların karşılıklı durumları gözönüne alınarak takdir olunması gerektiğini belirtmiştir¹².

Görüldüğü gibi, 1475 sayılı eski İş Kanununda fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilk örnek olarak işçinin sendikaya üye olmasından bahsedilmiştir. Gerçekten hakkın kötüye kullanıldığı fesih beyanlarında ilk akla gelen işçinin sendikaya üye olması ya da sendikal faaliyete katılması nedeniyle yapılan fesihlerdir. Sendikaya üye olduğu için veya sendikal faaliyette bulunduğu için işçinin işine son veren işverenin kötüniyetli olduğu şüphesizdir. Fakat bu sebeple yapılan fesihler kötüniyet tazminatından çok Sendikalar Kanununun 31. maddesinde düzenlenen sendikal tazminata konu oldukları için bu konu daha sonra inceleme alanı bulacaktır.

1475 sayılı Kanundaki düzenlemeden farklı olarak 4857 sayılı İş Kanununun kötüniyet tazminatına ilişkin 17. maddesinin altıncı fıkrasında fesih hakkının kötüye kullanılmasını hangi hallerin oluşturduğuna örnek verilmemiştir. Ancak, Kanunun gerekçesinde örneklere yer verilmiştir. Buna göre,

¹² Yarg. HGK., 24.04.1981, E. 1980/166, K. 1981/307 (Çenberci, 1984: 265).

“İşveren bu durumdaki işçilerin 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 kötüniet tazminatı ödenecektir.”.

Bu durumda bu hallerin ayrı ayrı incelenmesinde yarar vardır.

aa. İşçinin İşvereni Şikayet Etmesi

İşçinin işvereni şikayet etmesi üzerine işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir. Burada Yargıtay’ın da kabul ettiği görüşe göre yasal hakkını arayan işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin kötünietli olduğu açıktır.

Yargıtay’ın bu konu hakkındaki bir kararında, işçi fazla çalışma ve tatil çalışma alacaklarının ödenmemesi, sakatlık indiriminden yararlandırılmaması, izin kullandırılmaması sebebiyle işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğü İş Müfettişliği’ne şikayet etmiştir. Bunun üzerine işveren işçinin iş sözleşmesine son vermiştir. İşçi, ihbar, kıdem ve kötüniet tazminatları, fazla çalışma ve izin ücreti, bayram, hafta ve genel tatil gündelikleri ile sakatlık indiriminin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme işçinin işvereni ibra etmesi nedeniyle kötüniet tazminatının reddine karar vermiştir.

İşçi görme özürülü olup %45 oranında iş ve gücünden yoksundur. İşçi tarafından imzalanan ibraname işçiye okunmamıştır. Görme özürülü kişilere imzalatırılan belgeler okunarak ve mümkünse 3. kişi yanında imzalatırılmalıdır. Söz konusu ibraname bu özellikleri taşımadığı için geçerli kabul edilemez. Mahkeme tarafından kötüniet tazminatının reddine karar verilmesi hatalıdır¹³.

Bunun gibi aynı işyerinde çalışan işçinin eşinin işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğü’ne şikayet etmesinden dolayı, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinde de kötünietli feshin olduğu kabul edilmelidir¹⁴. İster işçinin bizzat kendisi ister başka biri tarafından kullanılmış olsun, yasal bir hakkın kullanılması nedeniyle işçinin işine son

¹³ Yarg. 9.HD., 04.04.2005,E.2004/22169,K.2005/11994(Legal İHSGHD.,Ekim 2005:1752-1753).

¹⁴ Yarg. 9. HD., 11.03.1998, E. 1998/2357, K. 1998/4701 (Akyiğit, 2008: 732).

veren işverenin kötünietli olduğu açıktır. Böyle bir durumda işverenin iş sözleşmesini feshetmesindeki niyetinin ne olduğuna dikkat edilmelidir.

İşçi işvereni işlediği bir suçtan ötürü Cumhuriyet Savcılığına şikayet etmiş; bunun üzerine de iş sözleşmesine son verilmiş ise, burada da iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanıldığı bir durum ortaya çıkmaktadır.

Bu konu hakkındaki bir Yargıtay kararında, işçi, işvereni belediye tarafından kamulaştırma yapılmadan taşınmazına el konulmak istenmesi üzerine Cumhuriyet Savcılığına şikayet etmesi nedeniyle, iş sözleşmesinin kötünietle feshedildiğini ileri sürmüş, kıdem ve kötüniet tazminatı talep etmiştir. Yerel mahkeme, işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı olduğundan söz ederek davanın reddine karar vermiştir.

İşçinin iş sözleşmesi, 10.01.2002 tarih, 1 sayılı Disiplin Kurulu Kararı ile 25.04.2001 tarihinde Belediye Başkanına hakareten yevmiye kesimi cezası ile cezalandırıldığı, 10.07.2001 tarihli başkanlık görevlendirme yazısı ile, çöp yükleme ekibinde görevlendirildiği verilen göreve ve 06.09.2001 tarihinden itibaren kullandığı iki aylık yıllık izinden sonra da işe gelmediği 22.11.2001 tarihinde savunması istendiği halde vermediğinden sözedilerek feshedilmiştir.

İşçi, belediye başkanı ve diğer belediye görevlileri hakkında 28.06.2001 tarihinde Cumhuriyet Savcılığına şikayette bulunmuş ve soruşturma yapılmıştır. İşçi bu şikayetinden hemen sonra şoförlük görevinden çöp toplama işine verilmiştir. Bu sırada, işçinin şikayeti nedeniyle yapılan soruşturmada işçinin şikayetçi olduğu görevlilerin bazılarının bir kısım eylemlerinin Devlet Güvenlik Mahkemesinin görevine giren suç oluşturduğu kanaatine varılmış, 19.02.2002 tarihli fezleke düzenlenmiş, işçinin iş sözleşmesinin bu arada feshedildiği anlaşılmıştır. Bu durumda işçinin iş sözleşmesinin kötünietli olarak feshedildiğinin kabulü gerekir¹⁵.

Burada şikayetin haklı olması veya haksız olması ya da resmi veya özel kuruluşlara yapılması fesih hakkının kötüye kullanılması bakımından önemli değildir. Şikayet haksız bile olsa işverenin fesih hakkını kötüye kullandığına karar verilebilir. Asıl önemli olan husus, işçinin şikayeti ile işverenin iş sözleşmesini feshetmesi arasında bir bağlantı olmasıdır (Çelik, 2009; Süzek, 1976).

¹⁵ Yarg. 9. HD., 30.09.2004, E.2004/4860, K.2004/21081 (Legal İHSGHD., Ocak 2005: 302-303).

Yargıtay tarafından da kabul edilen görüşe göre işçinin işten çıkarılmasının ertesi günü başka bir işyerinde işe başlaması bile feshin niteliğini değiştirmez. İşçinin işten çıkarıldıktan sonra bir başka işyerinde çalışmaya başlamış olması doğaldır. Bu durumda işçinin ihbar ve kıdem tazminatına ve şikayet üzerine işten çıkarılması sebebiyle de kötüniyet tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir¹⁶.

Feshe neden olan olay ile fesih tarihi arasında bunların birbirleriyle bağlantılı olmadığını düşündürecek bir sürenin geçmesi halinde, feshin o düşünceyle yapılmadığı kabul edilmelidir. Burada sözü geçen süre her olaya uygulanacak somut bir süre değildir. Hakim somut olayların hepsini dürüstlük kuralları uyarınca değerlendirmeli ve aradaki sürenin bağlantıyı koparabilecek derecede olup olmadığını saptamalıdır (Akyiğit, 2008). Bu durumda işverenin iş sözleşmesini feshinin sebebi şikayete bağlanamadığı zaman fesih kötüniyetli kabul edilmez.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı işçi 28.03.1996 tarihinde imzasız bir dilekçe ile Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne ücretle ilgili bir uyuşmazlık konusunda şikayette bulunmuş ancak bundan yaklaşık altı ay sonra iki arkadaşı ile birlikte 19.09.1996 tarihinde işten çıkarılmışlardır. Yerel mahkeme kötüniyet tazminatına karar vermiştir. Ancak Yargıtay feshin şikayet üzerine gerçekleştiği iddiasının iki tarih arasında uzun bir süre bulunmasından dolayı zayıfladığını öne sürerek, yerel mahkemenin verdiği kararı bozmuştur¹⁷.

ab. İşçinin İşveren Aleyhine Dava Açması

Kendisine dava açan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedildiği takdirde, dürüstlük kurallarına aykırı hareket edildiği kabul edilmelidir. Burada da işçi kendine ait olan yasal hakkını kullandığı için iş sözleşmesinin sona ermesiyle karşılaşmış olmaktadır. Böyle bir durumda hakkın kötüye kullanıldığı açıkça görülmektedir. Yargıtay kararlarında da aynı görüşün benimsendiği görülmektedir.

Yargıtay'ın bir kararına göre, davacı işçinin iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından daha önce açılan fazla mesai alacak davası nedeniyle sona erdirilmiştir.

¹⁶ Yarg. 9. HD., 05.05.1994, E. 1994/6893, K. 1994/6918 (Usta, 1998: 894).

¹⁷ Yarg. 9. HD., 25.02.1998, E. 1998/308, K. 1998/2507 (Dönmez, 2008: 141).

Yargıtay bu şekilde yapılan feshin kötünıyetli bir fesih olduğunu, bu sebeple davacı işçinin kötünıyet tazminatı talebinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiřtir¹⁸.

Muvazaalı bir biçimde taşeron işçisi olarak gösterilen bir işçinin, asıl işverenin toplu iş sözleşmesinden faydalanmak amacıyla dava açması üzerine işten çıkarılması durumunda da işverenin kötünıyetli olduğu kabul edilmelidir (Dönmez, 2008). Nitekim bu konuyla ilgili bir Yargıtay kararına göre,

“Mahkemece, davacının ve bir kısım işçilerin daha önce açtığı ve kesinleşen davalar sebebiyle taşeron firmalarla davalı arasında yapılmış olan sözleşmelerin muvazaaya dayandığının belirlendiği, davalı işyerinin özelleştirilmesinden sonra işverenin taşeron işçisi gibi gösterilen işçilerden dava açmayanların aday işçi adı altında C kadrosuna geçirildiği, haklarını dava yoluyla talep eden işçilerin ise topluca işten çıkarıldığı gerekçesiyle kötünıyet tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiştir.”¹⁹.

İşverene karşı birden çok işçi dava açmış ve bunlar topluca işten çıkarılmış ise fesih hakkının kötüye kullanıldığı açıktır. Ancak dava açan işçilerin hepsi işten çıkarılmamış ise, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığına gerekli incelemeler yapıldıktan sonra karar verilmelidir.

Gerçekten Yargıtay’ın da bu yöndeki bir kararına göre, muvazaa iddiası ile toplu iş sözleşmesinden faydalanmak için işverene karşı dava açan sendika üyesi işçinin davası kabul edilmiştir. Bunun üzerine işçi işverenin dava açan ya da ihtarname çeken işçileri işten çıkardığını ileri sürerek kötünıyet tazminatı isteğinde bulunmuştur.

İşveren bu iddia üzerine, taşeron firmanın sözleşme süresinin sona erdiğini ve kötünıyetli bir feshin bulunmadığını savunmuştur. Mahkeme, davacı işçinin ve bir kısım işçilerin daha önce açılan ve kesinleşen davaları nedeniyle taşeron firmalarla davalı işveren arasında yapılmış olan sözleşmelerin muvazaaya dayandığının belirlendiği, davalı işyerinin özelleştirilmesinin ardından işverenin taşeron işçisi gibi gösterilen işçilerden dava açmayanların aday işçi adı altında C kadrosuna geçirildiği, dava açan işçilerin ise topluca işten çıkarıldığı gerekçesiyle kötünıyet tazminatı isteğinin kabulüne karar vermiştir.

¹⁸ Yarg. 9. HD., 15.05.1997, E. 1997/5390, K. 1997/9145 (Usta, 1998: 895).

¹⁹ Yarg. 9. HD., 02.11.2004, E. 2004/5588, K. 2004/24699 <<http://www.kazanci.com/>>.

İşverene karşı dava açan kaç işçinin işten çıkarılmış olduğu, kaç işçinin davalarından feragat ettiği ve bunların kaçının çalışmaya devam ettiği dava açan veya ihtar çeken işçilerden halen işyerinde çalışmaya devam eden olup olmadığı ve bunların kaç kişi olduğunun tespiti uyuşmazlığın çözümü bakımından önemlidir. Yargıtay'a göre davacı işçinin aday kadroya alınıp alınmadığı, alınmamışsa hangi sebepten dolayı alınmadığı, hangi ölçütlerin aday kadroya alınmada kullanıldığı da tespit olunmalıdır. Belirtilen yönlerden gereken inceleme ve araştırma yapılarak, toplanacak olan deliller dosya içeriği ile birlikte yeniden bir değerlendirmeye alınarak kötüniyet tazminatı koşullarının oluşup oluşmadığı mahkeme tarafından tespit olunmalıdır²⁰.

İşçinin o zamana kadar hakettiği fazla çalışma ücreti gibi işçilik haklarının ödenmemesi üzerine, bunun ödenmesi amacıyla açılan dava sonucunda alacağı ödenen işçinin iş sözleşmesinin sonradan işveren tarafından feshi kötüniyetli sayılmalıdır. Ancak işçi ve işveren arasındaki ücret tartışmasının nedeni, işyerinde uygulanan çift bordro uygulamasına işçinin karşı çıkması ise ve işveren iş sözleşmesini bu nedenle feshetmişse bu feshin kötüniyetli olduğu tartışmalıdır. Böyle bir durumda işçi zarar görmüşse veya zarar görme tehlikesi varsa itiraz üzerine fesih kötüniyetli sayılabilir. Aksi takdirde fesih kötüniyetli kabul edilmemelidir (Akyiğit, 2008).

ac. İşçinin İşveren Aleyhine Şahitlik Yapması

İş Kanunumuzun 17 maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, işçi işveren aleyhine şahitlik yapmışsa ve işveren de bu nedenle iş sözleşmesini feshetmiş ise feshin kötüniyetli olduğu kabul edilmelidir.

Yargıtay'ın kabul ettiği görüşe göre işçi iş sözleşmesinin feshinden önce bir davada tanık olarak gösterilmesine rağmen, iş sözleşmesi feshedildikten sonra ifade vermiş ise, fesihten önce bir şahitlik yapılmadığı için feshin kötüniyetli yapılmadığını kabul etmek gerekir.

Bir olayda yerel mahkeme davacı işçinin sözleşmesinin bir başka davada tanıklık yapması nedeni ile fesh edildiği sonucuna varılarak kötüniyet tazminatına karar vermiştir. Yargıtay dava dilekçesinde bu olgu üzerinde durulmadığını ve davacı işçinin davanın açılmasından önce bir başka davada tanıklık yapmamış olduğunu belirtmiştir. Yargıtay

²⁰ Yarg. 9. HD., 08.06.2004, E.2004/5404, K.2004/14294 (Legal İHSGHD.,Nisan 2005: 789-790).

davacı işçinin anılan davadan önce başka bir kişi tarafından açılan davada tanık olarak gösterildiğini, fakat çok sonra bu davada ifade vermiş olduğunu belirtilerek feshin kötünüyete dayanmadığını kabul etmiş ve yerel mahkemenin kararını bozmuştur²¹.

Kanaatimce böyle bir durumda, işçi işveren aleyhine başka bir davada tanıklık yapmamış olsa bile, sadece tanık olarak gösterilmesi de işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesine sebep olabilmektedir. Bu husus göz önüne alınmalı ve işveren kendisine karşı açılan davada işçisi tanık olarak gösterildiği için iş sözleşmesine son vermiş ise, kötünüyetli feshin varlığı kabul edilmelidir.

ad. Genel Olarak İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Kötüye Kullanıldığı Diğer Durumlar

Kötünüyet tazminatını gerektiren haller sadece İş Kanununun 17. maddesi gerekçesinde üç başlık altında açıklanan durumlardan ibaret değildir. İş Kanunu diğer durumların nelerden ibaret olduğunu açık olarak saymadığı için bunların tamamen tespit edilmesi mümkün değildir. Ancak Yargıtay'ın bu yöndeki kararları hangi durumların bu hallerden sayılabileceği hakkında bilgi vermektedir. Bu nedenle diğer durumlarla ilgili yargı kararlarına ve doktrindeki görüşlere değinmekte yarar vardır.

Daha önce belirtildiği üzere, işveren hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili hükümler saklı kalmak şartıyla belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesini her zaman sona erdirebilmektedir. Ancak, işveren davranışlarıyla işçide uzun sürecek bir çalışma olacağı, kısa zamanda sona ermeyeceği kanaatini uyandırmış olabilir. Örneğin, bir işçi yol masrafları ve kendisine kalacak yer temin edilerek büyük harcamalarla başka bir şehirden getirilip, uzun süreli bir çalışma olacağı düşüncesi yaratıldıktan sonra kısa süre içerisinde işine son verilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda dürüstlük kurallarına aykırılık söz konusudur ve fesih hakkı kötüye kullanılmıştır (Süzek, 1976); fakat işveren iş sözleşmesini ekonomik zorluklar nedeniyle veya işçinin yetersizliğinden dolayı feshetmiş ise, işçide uzun süreli çalışma olacağı kanaati oluşmuş olsa da fesih hakkının kötüye kullanıldığı kabul edilemez.

İşçinin Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri kullanmasından dolayı, işveren iş sözleşmesini sona erdirir ise, fesih hakkı kötüye

²¹ Yarg. 9. HD., 30.12.1998, E. 1998/17919, K. 1998/19614 <<http://www.kazanci.com/>>.

kullanılmış kabul edilmelidir. İşveren, Anayasada düzenlenen düşünce, siyasi ve felsefi inanç, din, toplantı ve gösteri yürüyüşü hak ve özgürlüklerini kullandığı için işçiyi işten çıkardığı takdirde bundan sorumlu olur. Ancak bu hak ve özgürlüklerin kullanılması, işyerinin işleyişine ve işyerindeki uyuma zarar veriyorsa, işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesinde hakkın kötüye kullanıldığından sözedilmez (Süzek, 2008). Bunun gibi işçi yasadışı bir direnişe katıldığı takdirde işverenin iş sözleşmesini feshetmesi kötünietli fesih olarak kabul edilmemelidir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda sendika üyesi bir işçi bazı işçilerle birlikte daha önce bir işçinin işten çıkarılmasını protesto etmek için işi bırakmış, kendilerini çalıştıran taşaron tarafından bu eylemi nedeniyle ihtar cezası verilmiş ve aynı olayın tekrarı halinde iş sözleşmesinin tazminatsız feshedileceği bildirilmiştir. Bunun üzerine işçi işi yavaşlatmakla birlikte aynı gün belli bir saate kadar çalışmasını sürdürmüş, fakat sonra tekrar direnişe geçmiştir. Taşaron bu olaydan sonra iş sözleşmesinin feshetmiştir. Yargıtay böyle bir durumda işverenin fesihte haklı olduğunu ve davacı işçinin, kıdem ve kötüniet tazminatı isteyemeyeceğini kabul etmiştir. Her ne kadar davacı işçi sendikaya üye olmuş ve davacı tanıkları da sendikaya üye olduğu için iş sözleşmesinin feshedildiğini söylemiş iseler de, bu ifadeler somut olaylara dayanmamakta olup, sendika üyeliğinden aylarca sonra fesih yapıldığı için, davacı işçinin direniş yapması olayının varlığının bir gerçek olarak ortaya çıkması hususları karşısında, davacının iş sözleşmesinin sendikaya üye olmasına dayandırılmasında isabet olamaz²².

İşçi yasadışı olduğunu bilmediği bir greve katılmış ve mahkemenin grevin yasadışı olduğunu tespit etmesinden hemen sonra çalışmak üzere işverene başvurmuş ise, bu işçinin iş sözleşmesinin yasadışı grevden dolayı feshinin kötünietli fesih olup olmayacağı tartışmalı bir konudur. Yasadışı greve katılma dolayısıyla iş sözleşmesinin feshi haklı bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Grevin yasadışı olduğunun işçi tarafından bilinmemesi bu durumu etkilememektedir. Böyle bir durumda feshin kötünietli olduğu kabul edilemez (Akyiğit, 2008). Zira, Yargıtay bir kararında, yasadışı greve katıldığı için iş sözleşmesi feshedilen işçinin, yasadışı greve katıldığı

²² Yarg. 9. HD., 23.03.1992, E. 1992/2893, K. 1992/3270, (Kazancı İHD., Nisan 1992: 298).

kanıtlanmadığından dolayı ceza davasından delil yetersizliği sebebiyle beraat etmesi halinde bile feshin kötünietli olmadığını belirtmiştir²³.

Burada belirtmek gerekir ki işçinin yasal bir greve katılmasından dolayı, başka bir deyişle sendikal faaliyeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi esasen sendikal tazminata hükmedilmesini gerekli kılmaktadır²⁴. Ancak, böyle bir durumun fesih hakkının kötüye kullanılmasını oluşturduğu da açıktır.

Hamile olduğu için kadın işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi de kötüniet tazminatını gerektirmektedir (Dönmez, 2008). Yargıtay önceleri bu konuyla ilgili farklı bir görüş benimsemekteydi. Buna göre, işverenin takdirine dayanan, işin verimliliğini etkileyip, işverene fesih hakkı tanıyan hamilelik hallerinde işveren kötünietli sayılmamalıdır. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararına göre,

“Hamilelik nedeniyle, işin verimliliği noktasından işverenin takdirine dayanan ve işverene fesih hakkı tanıyan hallerde ise, işverenin kötünietli olduğu benimsenemez. Kötüniet kavramı benimsenemez. Kötüniet kavramı genişletilemez”²⁵.

Ancak Yargıtay'ın benimsediği görüşün değiştiği görülmektedir. Gerçekten Yargıtay'ın bu konuda daha sonraki bir kararına göre,

“Davacı işçinin iş sözleşmesinin hamileliği nedeniyle fesih edildiği davacı tanıkları ve olayların gelişim seyrinden anlaşılmaktadır. Fesih kötünietlidir. Mahkemece kötüniet tazminat isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir.”²⁶.

Hamile işçinin işine son verilmesi hakkındaki Yargıtay kararına konu olan başka bir olayda ise, davacı işçi 23.07.2004 tarihinde dava konusu işyerinde işe başlamıştır. Daha sonra kadın işçi 10.12.2004 ile 21.03.2005 tarihleri arasında doğum iznine ayrılmış, iş sözleşmesi de 22.03.2005 tarihinde iş sözleşmesinin 2 haftalık ücreti tutarında ihbar tazminatı ödenerek davalı işverence sona erdirilmiştir.

²³ Yarg HGK, 15.04.1977, E. 1977/1057, K. 1977/379 (Akyiğit, 2008: 708).

²⁴ Sendikal tazminat hakkında üçüncü bölümde ayrıntılı bilgi verilecektir.

²⁵ Yarg. 9. HD., 15.09.1987, E. 1987/7104, K. 1987/7858 (Usta, 1998: 895).

²⁶ Yarg. 9. HD., 28.04.2005, E. 2004/25538, K. 2005/14932 (İstanbul Barosu Dergisi, Temmuz 2008: 2117-2118).

Davacı işçi iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için feshedildiğini ileri sürerek kötü niyet tazminatı talep etmiştir. Yerel mahkeme kötü niyetin kanıtlanmadığını öne sürerek isteğin reddine karar verilmiştir. Ancak dinlenen tanıklar davacının hamileliği sebebiyle istifasının istendiğini, davacı işçinin istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin sona erdirildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Yargıtay iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde herhangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, sözü geçen olayda işçinin kötüniyet iddiası ve tanıkların anlatımları karşısında işverenin makul ve meşru bir nedene dayandığının iddia ve ispat edilmediğini, bu durumda işçinin kötüniyet tazminatı isteğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁷.

Gerçekten hamile olan işçinin işine son verilmesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. İşverenin hamile işçisini doğum izni ücretini talep ettiği için veya sadece izne ayrıldığı için işten çıkarması aynı zamanda işçinin kazanmış olduğu hakkını talep etmesi nedeniyle işten çıkarılması halini de oluşturmaktadır.

Bununla beraber hamile işçinin işine son verilmesi Anayasamızın 10. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Sözü geçen maddeye hükmüne göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir.” (AY. m. 10).

Değişen siyasi kadroların yeni elemanlara iş sağlamak için uygun ve yasal bir neden olmadan birçok işçinin iş sözleşmesini sona erdirip sonra yerlerine yeni işçi alması durumunda iş sözleşmesi kötüniyetle feshedilmiş olmaktadır (Dönmez, 2008). Nitekim Yargıtay’ın da bu konu hakkında aynı görüşte olduğu şu kararında görülmektedir:

“26.3.1989 tarihinde belediye seçimleri yapılmıştır. Tanıklar seçimden sonra 30.6.1989 tarihinde rakam da vererek çok sayıda işçi çıkarıldığını, 3.7.1989 tarihinde ise, çıkarılanların yerine yine çok sayıda yeni işçi alındığını söylemişlerdir. Gerçekten durum böyleyse davacının hizmet aktinin feshinin kötüniyete dayandığının kabulü gerekir.”²⁸.

Ancak iş sözleşmesi feshedildikten sonra işyerine yeni işçi alındığı kanıtlanmadığı sürece feshin kötüniyetli olmayıp, ekonomik nedenle ve işçi fazlalığından dolayı yapılmış

²⁷ Yarg. 9. HD., 17.09.2007, E. 2007/29103, K. 2007/26743 <<http://www.kazanci.com/>>.

²⁸ Yarg. 9. HD., 11.09.1990, E. 1990/9229, K. 1990/9809 <<http://www.kazanci.com/>>.

olduğu kabul edilmelidir (Akyiğit, 2008). Bu konu hakkında Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı işçi iş sözleşmesi feshedildikten sonra işyerine yeni işçi alındığını iddia ederek kötüniyet tazminatı talebinde bulunmuştur. İşçinin iş sözleşmesinin feshedildiği 11.05.1994 tarihinden sonra işyerine yeni işçi alındığı iddiasını kanıtlayamamasına rağmen yerel mahkeme kötüniyet tazminatına karar vermiştir. Yargıtay işyerine 05.05.1994 tarihinde alınan yeni işçilerin işyerinin diğer ünitelerindeki personel ihtiyacının karşılamak üzere alındıklarının kabul edilmesi gerektiğini belirterek, feshin ekonomik nedenler ve işçi fazlalığından dolayı gerçekleştiği düşüncesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur²⁹.

Kanaatimce iş sözleşmesinin ekonomik güçlükler nedeniyle feshedilmesinde, feshin kötüniyetli kabul edilmesi yerinde değildir. Keza, işletmenin ekonomik güçlüklerle karşılaşması halinde iş sözleşmesinin feshi, iş güvencesi kapsamında dahi geçerli sebep sayılmaktadır. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesinden kısa bir süre sonra veya önce işçi alımı yapılması gibi durumlarda, feshin aslında ekonomik zorluklardan dolayı yapılmadığı kanatine varıldığı takdirde kötüniyetin varlığı kabul edilmelidir (Akyiğit, 2008). Yargıtay'ın başka bir kararına göre de, iktisadi kriz nedeniyle işyerini kapatan ve kanuni haklarını işçiye vereceğini bildiren davalı işverenin iş sözleşmesini feshinin kötüniyete dayandığından söz edilemez³⁰.

Bunun gibi, zarar ettiği için işçi tenkifatına giden işveren, işçilerin mağdur duruma düşmemesi için öncelikle emeklilik hakkı kazanmış olanları işten çıkarmış ise, fesih hakkı kötüye kullanılmış değildir (Çelik, 2009).

İşçinin Kanunda öngörülen süreden fazla çalışmamakta ısrar etmesinden veya işverene ibraname vermemesinden dolayı iş sözleşmesi feshedilir ise, burada da feshin kötüniyetli olduğu kabul edilmelidir (Süzek, 1976).

İşyerindeki amirinin işçiye sataşması üzerine, işçinin işverene gidip şikayette bulunmasından dolayı iş sözleşmesinin feshedilmesinde de feshin kötüniyete dayandığı kabul edilmelidir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, kadın işçiye amirinin işyerinde sataşması üzerine işçi amirini işverene şikayet etmiş ve bu nedenle işine son verilmiştir. Yargıtay

²⁹ Yarg. 9. HD., 18.06.1996, E. 1996/1611, K. 1996/14056 <<http://www.kazanci.com/>>.

³⁰ Yarg. 9. HD., 17.02.1981, E. 1980/355, K. 1981/1906 (Çenberci, 1984: 266).

bu durumda işverenin kötüniyetli feshinin mevcut olduğunu kabul etmiştir³¹. Böyle bir durumda kendisine rahatsızlık verecek biçimde sataşılan işçinin bu durumu işverenine şikayet etmesi doğal bir durumdur. Şikayeti sebebiyle işçinin işine son verilmesinin objektif iyiniyet kurallarına aykırı olduğu açıktır.

Yargıtay kararında işçinin kadın olduğu belirtilmişse de, böyle bir sataşmanın kadın veya erkek işçiye karşı yapılması durumu değiştirmeyip, feshin her iki halde de kötüniyetli olduğu kabul edilmelidir.

İşveren haklı bir neden olmadan işçinin işyerini veya görevini değiştirir ise, kötüniyet tazminatı hüküm altına alınmalıdır³². Burada, işverenin gerçekten haklı bir nedeni olmadan, işçiye zarar vermek amacıyla bu değişikliği yapmış olması önemlidir. İşyerinin ihtiyaçlarını karşılamak için yapılan görev değişikliklerinde işveren işyerindeki idare yetkisini kullandığı için kötüniyetli olmadığı açıktır.

Sürelî fesih hakkının ne zaman kullanılması gerektiği konusunda Kanunda bir hüküm bulunmadığı için bu hususta sınırı dürüstlük kuralları teşkil etmektedir. Buna göre feshin uygun bir zamanda yapılması gerekmektedir (Süzek, 1976). İşverenin işçiyi kısa süre içerisinde gerçekleştirecek yasal veya sözleşmeye dayalı bir hakkından yoksun bırakmak için gereği olmamasına rağmen iş sözleşmesini feshetmesi açıkça bir hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder (Kılıçoğlu, 2005; Narmanlıoğlu, 1993). Örneğin, işveren, toplu iş sözleşmesi zamlarından yararlanmaması için işçinin iş sözleşmesini derhal feshetmiş ise kötüniyet tazminatı istenilebilmektedir.

Yargıtay'ın bu konu hakkındaki bir kararına göre,

“Davacının hizmet akdi 24.8.2001 tarihinde ihbar ve kıdem tazminatları peşin ödenerek feshedildiğinden davacının daha sonra 1.9.2001 tarihinde yürürlüğe giren Toplu iş sözleşmesi zamlarından yararlanması mümkün değildir. İzin süresinin önel süresi ile iç içe girmesi mümkün değilse de derhal başka bir anlatımla önelsiz fesihlerin izin süresi içerisinde gerçekleşmesi mümkündür. Eğer işveren Toplu iş sözleşmesi zamlarından yararlandırmamak için derhal fesih yoluna gittiği anlaşılırsa işçinin kötü niyet tazminatı isteme hakkı doğar.”³³.

³¹ Yarg. 9. HD., 27.01.1998, E: 1997/20315, K. 1998/862, <<http://www.kazanci.com/>>.

³² Yarg. 9. HD., 28.03.1996, E: 1996/5126, K. 1996/6339 (Usta, 1998: 894).

³³ Yarg. 9. HD., 20.04.2005, E: 2004/25001, K. 2005/13861 (Dönmez, 2008: 146-147).

Bunun gibi kıdem süresini doldurmamakla beraber, kıdem tazminatına hak kazanmasına kısa bir süre kalmış olan işçinin sözleşmesinin, işçiyi kıdem tazminatından mahrum etmek için işveren tarafından feshedilmesi halinde ortada bir hakkın kötüye kullanılması olduğu şüphesizdir (Narmanlıoğlu, 1993).

Ancak, yine Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere işveren tarafından, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre önce iş sözleşmesinin feshedilmesi, her zaman kötünietli fesih yapıldığını göstermez (Günay, 2007). Nitekim Yargıtay'ın şu kararı aynı yöndedir;

“Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı, davalı işveren yanında 19.2.1974-26.12.1994 tarihleri arasında 20 yıl, 10 ay 7 gün çalışmış olup, iş sözleşmesi işverence feshedilmiş ve ihbar ile kıdem tazminatları ödenmiştir. Ayrıca davacı 29.12.1994 tarihli ibraname ile davalıya ibra etmiştir. İşyerinde yeni toplu iş sözleşmesinin 1.1.1995 tarihinde yürürlüğe girmeden 26.12.1994 tarihinde davacı işçinin iş sözleşmesinin feshedilmiş olması olgusu kötünietli oluşturmaz. Kaldı ki yukarıda anılan yeni toplu iş sözleşmesi, davacının iş sözleşmesinin feshinden bir hayli süre geçtikten sonra 1.6.1995 tarihinde imzalanmıştır. Açıklanan bu maddi ve hukuki durum karşısında davanın reddedilmesi gerekirken kabulü isabetsiz olup, kararın bozulması gerekmiştir.”³⁴.

Kanaatimce, işveren iş sözleşmesini, toplu iş sözleşmesi ile gelen zammın yürürlüğe girmesinden veya tamamen yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanmasından hemen önce ya da kıdem tazminatı tavanının yürürlüğe girmesinden birkaç gün önce feshederse, derhal feshin kötünietli olduğu kabul edilmemeli, iş sözleşmesini sona erdiren olguya dikkat edilmelidir. İşveren sırf işçiye sağlanacak avantajların önüne geçmek için iş sözleşmesini feshetmiş ise feshin kötünietli olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay da bir kararında iş sözleşmesinin feshinden uzun bir süre sonra imza edilen, fakat fesihten bir gün sonra yürürlük tanınmış olan toplu iş sözleşmelerinde, başka olaylar ortaya konulup kanıtlanmadığı sürece, sadece bu halin akdin kötünietle feshedildiğini göstermeyeceğini belirtmiştir³⁵.

³⁴ Yarg. 9. HD., 26.09.1996, E. 1996/6541, K. 1996/18023, <<http://www.kazanci.com/>>.

³⁵ Yarg. 9. HD., 23.10.1978, E. 1978/11895, K. 1978/12959 (Çenberci, 1984: 267).

İşçinin iş saatleri içerisinde, işyeri kapsamı dahilinde nasıl davranması gerektiği üzerinde işverenin idare yetkisi vardır. Ancak, işçinin özel hayatıyla ve meslek dışı ilişkileriyle ilgili işverene karşı bir sorumluluğu bulunmamaktadır. İşveren yanında çalışan işçinin meslek dışı ilişkilerine müdahale edemez (Süzek, 1976). Örneğin, işçinin evlenmek istemesi, boşanmak istemesi veya bir kişiyle beraber yaşamak istemesi üzerine işine son verilmesi halinde feshin dürüstlük kurallarına aykırı yapıldığı ortadadır.

Ancak İşçinin işyeri dışındaki yaşayış biçimi, işyerinin şöhretine zarar verecek veya işyeri içerisindeki düzeni bozacak biçimde ise işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesinde kötünietli fesih oluşmamaktadır. Örnek olarak, metres hayatı yaşayan bir işçinin bu durumu onun özel hayatıyla ilgilidir; fakat bu durum işyerinin düzenini bozuyor ve işyerinde huzursuzluk çıkmasına neden oluyor ise işveren buna dayanarak iş sözleşmesini feshedebilir (Süzek, 1976). Bu husustaki her olayın kendi şartları kötünietin tespitinde gözönüne alınmalıdır.

Gece çalışmaya zorlanan işçinin bunu kabul etmemesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilmesinde, kötüniet olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. İşyerinde geçici ve arızı bir ihtiyacın doğması durumunda, işçinin sadakat borcu gereğince gece çalışması beklenilebilmektedir. Ancak gece çalışması geçici ve arızı olma özelliğini kaybederse ya da iş sözleşmesinde işçinin gündüz çalışacağı kabul edilmişse ve işçi ailevi sorumluluklarını buna göre ayarlamışsa böyle bir çalışmayı kabul etmemiş olabilir. Bu durumda işverenin iş sözleşmesini feshetmesinde kötünietin varlığı kabul edilmelidir (Akyiğit, 2008).

Daha önce de belirtildiği gibi işveren, Anayasamızda tanınmış temel hak ve özgürlüklerini kullandığı için işçinin iş sözleşmesini sona erdirmiş ise, kötünietli fesih söz konusu olmaktadır. Hiç kimsenin düşünce özgürlüğü baskı altına alınamaz. İşçinin yasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla düşüncelerini başkalarına aktarması üzerine iş sözleşmesinin feshedilmesi dürüstlük kurallarına aykırıdır. Bu durumda fesih hakkı kötüye kullanılmış kabul edilmelidir (Süzek, 1976).

Bunun gibi, siyasi hak ve özgürlüklerini kullanmasından dolayı işçinin iş sözleşmesine son verilmesi de kötünietli feshi oluşturmaktadır. Siyasi görüşlerinden dolayı bir işçinin işine son verilmesinde durum böyledir (Akyiğit, 2008; Süzek, 1976). Anayasada düzenlenen düşünce ve vicdan özgürlüğü (AY. m. 24, 26) ile siyasi faaliyette

bulunma özgürlüğüne ait kurallar da (AY. m. 67, İK. m. 5) bu düşünceyi savunmaktadır (Akyiğit, 2008). Ancak, işyeri siyasi bir amacı gerçekleştiriyor ise, işçinin farklı bir siyasi görüşte olması işveren için yasal bir fesih sebebi olmaktadır (Süzek, 1976).

Burada üzerine durulması gereken başka bir konu ise, Kanunda belirtilmemiş somut bir olayın sözleşme ile kötünietli fesih sayılıp sayılmayacağıdır. Yargıtay'ın bir kararında, toplu iş sözleşmelerinde “kötüniet tazminatı” olarak belirtilen tazminatın aslında “cezai şart” niteliğinde olduğunu benimsediği görülmüştür³⁶. Toplu iş sözleşmesinde bir olay kötünietli fesih olarak kabul edildiği takdirde, bu olayın gerçekten kötünietli fesih sayılması yerine, bunu kötünietli feshin yaptırımının uygulanmasının istendiği haksız bir fesih olarak kabul etmek daha yerinde olacaktır (Akyiğit, 2008). Yargıtay'ın bu konuyla ilgili başka bir kararında da, akdi olarak kötüniet hali kararlaştırılmayacağı belirtilmiştir³⁷.

b. Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturmayan Fesihler

Haklı nedenle fesih oluşturacak ağırlıkta olmayan, fakat bildirim sürelerine uyarak işverene fesih hakkı veren sebeplerin meşru fesih sebepleri olduğunu belirtmiştik. Ancak, bilindiği gibi İş Hukukunda iş sözleşmesinin taraflarının süreli fesih hakkını kullanmaları doğal hakları olarak görüldüğü için, fesih nedenlerinin karşı tarafa bildirilmesi zorunluluğu yoktur. Bu hususda Yargıtay içtihatları yeteri kadar geniş olmakla beraber, bize tam olarak hangi hallerin fesih hakkının kötüye kullanılmasını oluşturacağını vermemektedir. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmayan meşru fesih sebeplerini tam olarak sıralamak mümkün da olmamaktadır. Çalışmamızda bir sınırlama yapmamakla beraber, Yargıtay görüşlerinden yola çıkarak belli başlı meşru fesih halleri üzerinde durulacaktır.

ba. İşletmenin Ekonomik ve Teknik İhtiyaçları Sebebiyle Fesih Hakkının Kullanılması

Bilindiği üzere işletmenin ekonomik ve teknik ihtiyaçları sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi doğal bir fesih nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha

³⁶ Yarg. 9. HD., 28.11.1996, E. 1996/13301, K. 1996/22173 (Akyiğit, 2008: 710).

³⁷ Yarg. 9. HD., 17.10.1980, E. 1980/9942, K. 1980/10846 (Çenberci, 1984: 265).

önce belirtildiği gibi, işveren işletmenin karşılaştığı ekonomik zorluklar veya bazı teknik nedenlerden ötürü süreli fesih hakkını kullandığı takdirde, kötüye kullanılmış bir hak söz konusu değildir (Dönmez, 2008; Süzek, 2008). Yargıtay kararları da, feshin ekonomik güçlükten dolayı yapıldığı dosya içeriğinden anlaşıldığı takdirde kötüniet tazminatının reddine karar verilmesi gerektiği yönündedir³⁸.

İşletme ekonomik ve teknik zorluklarla karşılaştığı takdirde, işveren işçinin herhangi bir kusuru olmasa dahi iş sözleşmesini süreli fesih hakkını kullanarak sona erdirebilmektedir. Bu durumda fesih hakkı kötüye kullanılmış kabul edilmemelidir.

Bunun gibi işveren işletme için ekonomik ve mali herhangi bir zorunluluk olmamakla beraber, işletmeyi daha çok geliştirmek ve yeni üretim teknikleri kullanmak için işletmeyi reorganize etmek isteyebilir. Zaten bir işletmeyi geliştirmek için yapılan yenilikler aynı zamanda o işletmenin ayakta kalmasını da sağlayacaktır. Bu nedenle her ne kadar bir zorunluluk gibi gözükme de, yapılacak reorganizasyon işletme için hayati önem taşıyabilmektedir. İşçinin işyerindeki reorganizasyon sebebiyle işten çıkarılması halinde de hakkın kötüye kullanılması ortaya çıkmamaktadır (Süzek, 1976).

Ekonomik sebepler ve işyerindeki işçi fazlalığı bazı işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesine neden olmuş olabilir. Yapılan fesihten sonra işyerinin başka ünitelerine işçi alınması durumunda da fesih kötünietli yapılmış kabul edilemez (Günay, 2007). Bununla birlikte işverenin işletmenin karşılaştığı ekonomik zorluklardan dolayı işçi çıkarmasından kısa bir süre sonra aynı pozisyona başka işçi alımı yapması durumunda hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilmelidir. Ancak işveren işçinin iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla feshettikten sonra daha ucuza çalıştırabileceği bir işçiyi işe alır ise hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı tartışılması gereken bir husustur.

Bu konuyu 4857 Sayılı İş Kanunumuzda düzenlenmiş olan iş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından (İK. m. 18 vd.) ve iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından ve toplu işçi çıkarma açısından (İK. m. 29) incelemekte yarar vardır.

Bilindiği gibi iş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından feshe karşı korumada fesih hakkı hakkın kötüye kullanılması tekniği yerine, yasa ile sınırlandırılmaktadır. İş Kanunumuzun 18. maddesinin birinci bendi uyarınca işverenin iş sözleşmesini süreli

³⁸ Yarg. 9. HD., 28.03.1996, E. 1995/34009, K. 1996/6608 (Dönmez, 2008: 161).

fesih yoluyla sona erdirirken geçerli bir nedene dayanması gerekmektedir (İK. m. 18/I). İş sözleşmesi feshedilen bir işçi fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açarak fesih bildiriminde neden gösterilmediğini veya gösterilen nedenin geçerli olmadığını ileri sürebilir. Geçerli bir nedenin gösterilmediğini veya gösterilen nedenin geçersiz olduğunu tespit eden mahkeme feshin geçersizliğine karar verir. Yasanın gerekçesine göre geçerli nedenler işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı verecek haller (İK. m. 25) kadar ağır olmayıp işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz biçimde etkileyen haller olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda bir hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmamaya dürüstlük kurallarına uygun süreli fesih nedenleriyle sözü geçen geçerli fesih nedenleri arasında genel olarak bir özdeşlik söz konusu olmaktadır (Süzek, 2008).

Ekonomik güçlüklerle karşılaşan bir işletmenin geçerli bir fesih nedeni olduğu kabul edilmelidir. Ekonomik güçlükler örnek olarak; işletmenin faaliyetinde büyük oranda ve sürekli düşüş, müşteri çevresinin kaybı ve ekonomik kriz gibi haller gösterilebilir. Ancak, işverenin iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesini ekonomik güçlükler nedeniyle feshedebilmesi için, feshin “son çare” olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, işverenin karşılaştığı ekonomik zorluklar feshi zorunlu hale getirmiş olmalıdır. Aksi halde geçerli bir fesih sözkonusu olmamaktadır.

Yargıtay’ın konu ile ilgili bir kararına göre,

“...işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, "fesih son çare olmalıdır." (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir”³⁹.

İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesi ekonomik güçlükler sebep gösterilerek feshedildikten sonra, aynı üniteye yeni işçi alındığı takdirde feshin geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay’ın bu görüşü destekleyen kararları da mevcuttur⁴⁰.

³⁹ Yarg. 9. HD., 04.05.2005, E. 2005/9568, K. 2005/15476, <<http://www.kazanci.com/>>.

⁴⁰ Yarg. 9. HD., 02.02.2005, E. 2005/574, K. 2005/2876, <<http://www.kazanci.com/>>; Yarg. 9. HD., 07.02.2005, E. 2005/1606, K. 2005/3297, <<http://www.kazanci.com/>>.

İşten çıkarılan işçi yerine daha az ücretle yeni işçi alınması durumunda ise, feshin son çare olması gerektiğine dikkat edilmelidir. İşveren ekonomik zorluk nedeniyle işçinin iş sözleşmesini feshederken, fesihten kaçınma imkanının olup olmadığına bakmalıdır. İşyerine yeni işçi alınması durumunda ise hiçbir şekilde feshin son çare olarak yapıldığı düşünülemez. Bu durumda çıkarılan işçinin yerine daha ucuza çalışabilecek bir işçinin alınması dahi geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmemelidir.

İş güvencesinden yararlanamayan işçiler sözkonusu olduğunda ise bilindiği gibi İş Kanununun 17. maddesi uyarınca fesih serbestisi ilkesi geçerli olup; işveren bir neden göstermek zorunda olmadan iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyarak dilediği zaman feshetme imkanına sahiptir. Bu durumda fesih, hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılsa dahi geçerli bir fesih olarak kabul edilir. Ancak sadece sebepleri göz önüne alındığı zaman fesih hakkının kötüye kullanılmadığı, dürüstlük kurallarına uygun fesih sebepleri ile iş güvencesi kapsamındaki işçiler için söz konusu olan geçerli fesih sebepleri birbirleriyle büyük ölçüde örtüşmektedir (Süzek, 2008).

Kanaatimce işverenin daha yüksek bir ücretle çalıştırdığı işçinin iş sözleşmesini ekonomik zorlukları sebep göstererek feshedip, yerine daha ucuza bir işçi alması durumunda, fesih hakkı kötüye kullanılmış kabul edilmelidir. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi, böyle bir durum iş güvencesinden yararlanan işçiler söz konusu olduğunda geçersiz bir fesih sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşverenin işçinin iş sözleşmesinden doğan hakkını ödememek için süreli fesihte bulunması halinde de, süreli fesih hakkının sosyal amacından saptırılarak dürüstlük kurallarına aykırı biçimde yapıldığı kabul edilmelidir.

İşverenin toplu işçi çıkarması İş Kanununun 29. maddesinde düzenlenmiştir. İş Kanunumuzun 29. maddesinin birinci fıkrasına göre, “İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir.”. Anılan maddenin altıncı fıkrasına göre ise, “İşveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır.”. Ancak burada belirtmek gerekir ki işverenin 29. maddenin altıncı fıkrasındaki yeniden işe alma yükümlülüğüne aykırı davranması haline hukuki bir

yaptırım bağlanmış değildir. İş Kanununun 100. maddesinde toplu işçi çıkarma hükümlerine aykırılık nedeniyle idari para cezası öngörülmüşse de, bu 29. madde hükümlerine aykırı olarak işçi çıkarılmasına bağlı bir yaptırımdır (Mollamahmutoglu, 2008).

Topluca çıkarılan işçilerin bir kısmının işe geri alınması, geri alınmayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin kötünüyete dayandığı iddiasını haklı kılmamaktadır. İşverenin çıkarılan işçilerin yerine kısa bir süre içerisinde başka işçi alması durumunda fesih hakkının dürüstlük kurallarına aykırı kullanıldığından söz edilebilir. Böyle bir durumda işverenin asıl amacının yeni elemanlara iş yaratmak olduğu düşünülebilir. Ancak, Yargıtay'ın da kabul ettiği görüşe göre aynı işçilerin bir kısmı işe geri alındığı takdirde işverenin böyle bir amacının olmadığı açıktır.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda toplu halde işten çıkarılan işçilerden birisi, sözleşmelerinin feshedilmesinden sonra işyerine yeni işçi alındığı gerekçesiyle kötüniet tazminatı talep etmiştir. Mahkeme davacı işçiye kötüniet tazminatı ödenmesine karar vermiştir. Yargıtay iş sözleşmesinin feshedildiği tarihten sonra işyerine yeni işçi alındığı iddiasının kanıtlanmadığını, davacı işçi ile birlikte aynı günlerde yine kadro fazlalığı gerekçesiyle çıkarılan işçilerden bazılarının tekrar işe alınması ile iş sözleşmesinin feshinden yaklaşık 2 yıl sonra sakat ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü gereği yeni işçi alınması olgusunun feshin kötünietli yapıldığına dayanak gösterilmesinin doğru olmadığını belirterek, iş sözleşmesinin kötünietle feshedildiği kanıtlanmamış olduğu için kötüniet tazminatına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir⁴¹.

Ekonomik kriz nedeniyle bir işyerinde yapılan işçi çıkarmalarında hakkın kötüye kullanıldığından sözedilemeyeceği Yargıtay kararlarında da görülmektedir⁴². Ancak dürüstlük kuralları uyarınca ekonomik kriz sebep gösterilerek işçi çıkarılan işyerinin ekonomik krizden gerçekten etkilenmiş olması gerekmektedir (Süzek, 2008).

Bunun gibi zarara uğrayan bir işveren işletmenin ayakta kalabilmesi için işçi tenkisasi yoluna gitmek zorunda kalabilir. Böyle bir durumda işçileri mağdur durumda bırakmamak için öncelikle emeklilik hakkını kazanmış olanların işine son verilmiş ise bu işlem kötünietli oluşturmamaktadır. Zarara uğrayan işverenin böyle bir tenkisata gitme

⁴¹ Yarg. 9. HD., 11.07.2000, E. 2000/8530, K. 2000/10490, <<http://www.kazanci.com/>>.

⁴² Yarg. 9. HD., 19.03.1996, E. 1995/4900, K. 1996/5688 (Dönmez, 2008: 161).

yolunu seçmesinde kötünîyetin oluşmadığı görüşü Yargıtay tarafından da benimsenmektedir. Yargıtay'ın bu konu hakkındaki bir kararına göre,

“Bir kamu kuruluşu olan işverenin, zarar etmesi nedeniyle işçi tenkîsatı yoluna gitmek zorunda kaldığı ve bunun için de öncelikle işçileri mağdur etmemek için emeklilik hakkını kazanmış olanların işine son verdiği anlaşılmaktadır. Bu işlemin kötü niyeti oluşturmayacağına, bunun sonucu olarak da, davacının kötü niyet tazminatı isteme hakkı bulunmadığının kabulü gerekir.”⁴³.

İşverenin işyerini kapatması işletmeyle ilgili bir karardır ve kötü niyetli kapatma dışında hakimin denetimi dışındadır. İşyerinin kapatılması nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda fesih hakkı kötüye kullanılmamıştır⁴⁴. Buna benzer bir şekilde işletmenin karşılaştığı mali sıkıntılardan dolayı, iki işletmenin birleştirilmesi söz konusu ise bunun da meşru bir süreli fesih sebebi sayılması gerekir (Süzek, 1976).

İşverenin tek taraflı olarak işçinin işini ya da işyerini değiştirmesi sebebiyle yeni şartları kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı tartışılması gereken diğer bir konudur.

İş Kanunumuzun 22. maddesine göre, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir”. Yapılan değişiklikler işçi tarafından kabul edilmez ise işçiyi bağlamamaktadır. Ancak ekonomik ve teknik zorunlulardan dolayı işverenin işçinin işini veya işyerini değiştirmesi ve işçisinde bu değişikliğe itiraz etmesi üzerine yapılan fesih, kötünîyetli yapılmış sayılmamalıdır. Bu durumda işverenin fesih hakkı zaten doğmamıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, doğmamış bir hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemez. Her ne kadar burada bir haksız fesih hali oluşsa da, feshin kötünîyetli yapıldığından söz edilemez. Çünkü işveren böyle bir durumda objektif iyiniyet kurallarına aykırı hareket etmiş değildir.

Toplu iş sözleşmesi ile işçinin işinin veya işyerinin değiştirilmesi için muvafakatının alınması gereği kaldırılmış olabilir. Bunun gibi iş şartlarında İş Kanununun 22. maddesinde belirtildiği gibi “esaslı bir değişiklik” yapılmamış, işçinin

⁴³ Yarg. 9. HD., 08.09.1992, E. 1992/10830, K. 1992/9363 (Usta, 1998: 901).

⁴⁴ Yarg. 9. HD., 11.07.2005, E. 2005/21402, K. 2005/24448 <<http://www.kazanci.com/>>.

ücreti ve çalışma şartlarında aleyhine bir durum oluşturmayacak değişiklik yapılmış olabilir. Böyle bir durumda işveren işçinin işini veya işyerini değiştirmiş ve işçi de buna itiraz etmiş ise işveren süreli fesih hakkını kullanabilmektedir. Ekonomik ve teknik nedenlerden dolayı böyle bir değişikliğin yapılması icap etmiş ise, işverenin burada yapmış olduğu fesih kötünietli değildir. Kaldı ki ekonomik ve teknik zorunluklar işverene süreli fesih hakkı tanıdığına göre, aynı nedenlerle işçinin ücreti ve çalışma şartlarında aleyhine bir değişiklik olmadıkça işi veya işyerinin değiştirilebileceği kabul edilmelidir (Süzek, 1976). Ancak işveren ekonomik ve teknik zorluklardan dolayı olmayıp, çalıştırmak istediği başka bir kişiye yer açmak amacıyla veya başka herhangi bir maksatla işyeri değişikliğine gittiği takdirde kötünietli fesih yapılmış kabul edilmelidir.

Daha önce de belirtildiği üzere, her ne kadar amacından saptırılmış bir fesih yapıldığı kanaati uyandırır da, az bir süre sonra yürürlüğe girecek olan zamdan önce yapılan fesihler tek başlarına kötüniet olgusunu göstermemektedir.

Bu konudaki bir Yargıtay kararında, işçinin iş sözleşmesi işyeri kayyum heyetinin kararı ile tazminatları ödenerek feshedilmiştir. Yerel mahkeme kısa bir süre sonra yürürlüğe girecek olan zamlardan işçinin yararlanmaması için iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek kötüniet tazminatının işçiye ödenmesine karar vermiştir. Yargıtay feshin kayyum heyeti tarafından yapıldığını ve sadece kısa bir süre sonra yürürlüğe girecek zamdan önce işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinin kötüniet olgusunu göstermeyeceğini belirtmiştir⁴⁵.

Buna benzer biçimde, fesih yapıldıktan çok sonra imzalanmakla beraber, yürürlük tarihi fesihten hemen sonraki günlerden birine denk gelen toplu iş sözleşmelerinin yapılan fesih ile ilişkilendirilmeleri de doğru değildir⁴⁶.

bb. İşçinin Hafif Kusurlu Davranışları ve Mesleki Yetersizliği Sebebiyle Fesih Hakkının Kullanılması

⁴⁵ Yarg. 9. HD., 20.05.1997, E. 1997/5862, K. 1997/9454 (Dönmez, 2008: 157).

⁴⁶ Yarg. 9.HD., 27.03.1995, E. 1994/18648, K. 1995/9774 (Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1995: 71).

İşçinin işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı (İ.K. m. 25) taniyacak kadar ağır olmayan ancak bir uyarı ile de geçiştirilecek kadar hafif olmayan ve bundan dolayı iş ilişkisini olumsuz etkileyen kusurlu davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi durumunda hakkın kötüye kullanıldığından söz edilemez. İşçinin hafif kusurlu davranışlarından kastedilen işçinin işini aksatacak şekilde işyerinde uyuması veya dolaşması, çalışmak istememesi, işyerinde rahatsızlık yaratacak biçimde çalışması, yapmakla yükümlü olduğu işleri tam anlamıyla yerine getirmemesi, işverene zarar vermesi, işe sık sık geç gelmesi gibi hallerdir.

Feshin kötünietli yapılmadığının kabulü için işçinin hafif kusurlu davranışının; iş görme borcunu önemli derecede olumsuz yönde etkilemesi, işyerinde olumsuzluklara sebebiyet vermesi, uyarılara rağmen tekrar edilmesi ve işverene fesihten başka çare bırakmaması gerekmektedir.

İşçinin işyerinde uyumasından dolayı iş sözleşmesinin feshedilmesinin, kötünietli yapılmış bir fesih olup olmadığı tartışmalıdır. Yargıtay bir kararında belediyede çalışan bir işçinin görevini yaparken bir anlık süre için uyumasının iş sözleşmesinin feshine dayanak yapılmasında makul bir fesih sebebi bulunduğunu belirterek, kötüniet tazminatına hükmedilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁷. Kanaatimce böyle bir durumda işverenin makul bir sebebi bulunmamaktadır. İşçinin bir anlık süre için uyuması iş sözleşmesinin feshini gerektirecek kadar önemli bir husus değildir. Ancak böyle bir durumda işveren başka bir niyetle iş sözleşmesini feshetmemiş ise kötünietli fesih söz konusu olmayıp, ancak haksız fesih durumu oluşmaktadır.

İşverenin iş sözleşmesini, işçinin ücretine sık sık haciz konulduğu için feshetmesi halinde hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı üzerinde durulması gereken bir husustur. Öncelikle, işçinin özel yaşamına ilişkin de olsa, işyerindeki normal işleyişi bozan ve iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen davranışlar sonucunda iş sözleşmesinin feshedilmesinin, dürüstlük kurallarına aykırı bir hareket olmadığı kabul edilmelidir. Aynı zamanda iş güvencesinden yararlanan işçiler söz konusu olduğunda, bu durumun işveren için geçerli bir fesih sebebi olabileceğini de belirtmek gerekir. Yargıtay kararlarında işçinin ücretine sık sık haciz konulması sebebiyle işyerindeki muhasebe ve

⁴⁷ Yarg. 9. HD., 19.09.1996, E. 1996/5547, K. 1996/17541 <<http://www.kazanci.com/>>.

hukuk servisinde sürekli zaman kaybı meydana gelebileceği ve işçiye konuyla ilgili ihtar çekilmesine karşın işçi halen kendisinden beklenen özeni göstermeyerek hareket ediyor ise, fesih için geçerli bir sebebin olduğu kabul edilmiştir⁴⁸.

Geçerli bir sebep olarak kabul edilebilmesi için, işçinin borç altına girerek maaşına haciz konulmasına yol açan davranışının neticesinde, işyerindeki performansının azalıp azalmadığına bakılması gerekmektedir. Böyle bir durumda işçinin dikkatinin dağılıp işe yoğunlaşmaması söz konusu olabileceği gibi, aksine işini de kaybetme korkusuyla daha verimli çalışabileceği görülebilir (Şen, 2009: 113). İşçinin iş görme borcunun olumsuz yönde etkilenip etkilenmediği dikkate alınarak karar verilmelidir. Ücretine haciz konulan işçi bu nedenle iş görme borcunu tam olarak yerine getiremiyor ise, işverenden bu işçiyi çalıştırmaya devam etmesi beklenemez. Ancak iş görme borcunu tam olarak yerine getiren bir işçinin maaşına sürekli haciz konulması sebep gösterilerek işten çıkarılması durumunda, işveren için geçerli bir sebebin olduğu söylenemez.

Ücretine sık sık haciz konulan işçiye borcunu ödemesine dair uyarı gelmiş olabilir. İşyerinden yapılan uyarı işçinin işi ile ilgili bir emir ve talimat vasfında olmayıp, buna uyulmaması durumunda işçinin işgörme borcunu yerine getirmediği düşünülemez. Kanaatimce haczin kaldırması yönündeki uyarıya rağmen işçinin bu durumu devam ettirmesi, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi için geçerli bir sebep değildir. Zaten ücretine haciz konulmuş olan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi durumu daha kötü bir hale sokmaktadır. Bu nedenle ücretine sürekli haciz konulduğu gerekçesiyle işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmemelidir.

Ancak işverenin maaşına sürekli haciz konulan bir işçinin işine son vermesi kötüniyetli feshi oluşturmaz. İş güvencesinden yararlanmayan işçiler söz konusu olduğu zaman, işverenin iş sözleşmesini feshederken geçerli bir sebep göstermek zorunda olmadığı göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. Geçerli bir fesih sebebi bulunan işverenin genel olarak kötüniyetli olmadığı kabul edilse de, geçersiz fesih olarak kabul edilen her durum, aynı zamanda kötüniyetli fesih olduğunu göstermemektedir.

İşçinin çok hafif bir kusurunu işverenin büyüterek süreli fesih konusu yapması durumunda dürüstlük kurallarına aykırı hareket edildiği kabul edilmelidir. Örneğin,

⁴⁸ Yarg. 9. HD., 24.03.2008, E. 2008/10363, K. 2008/6018 (Sicil İHD, Mart 2009: 101-103).

işverenine karşı biraz sert bir üslupla konuşan işçinin iş sözleşmesine son verilmesi meşru bir süreli fesih nedeni olamaz (Süzek, 1976). Ancak işveren ile işçi arasında veya işçilerin birbirleri arasında işletmenin düzenini bozacak biçimde meydana gelen uyuşmazlıkların çıkması halinde süreli fesih hakkının kullanılması dürüstlük kurallarına aykırı olmayacaktır. Örneğin, İşçinin fazla çalışma ücreti ödenmediği için işverenle tartışması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmaz. Yargıtay'ın bu konu hakkındaki bir kararına göre, “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 kötünietli olduğundan söz edilemeyeceğinden kötüniet tazminatı isteğinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır”⁴⁹.

Her ne kadar işveren ile işçi arasında işletmenin düzenini bozacak derecede olan uyuşmazlık süreli fesih hakkını meşru kılsa da işverenin ahlak veya hukuk dışı bir isteğini yerine getirmeyen işçisiyle tartışması sonucu iş sözleşmesine son vermesi halinde fesih hakkı kötüye kullanılmış kabul edilmelidir. İşverenin işçiden muhasebe defterlerinde usulsüzlük yapmasını istemesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir (Süzek, 1976).

Daha önce de belirtildiği gibi iş yoğunluğunun fazla olduğu zamanlarda geçici ve arızı olarak işveren işçilerini gece çalışmaya zorlayabilmektedir. İşçinin de sadakat borcu gereği böyle durumlarda gelip çalışması icap eder. İşçilerin gece çalışmaya zorlanmaları nedeniyle gelişen olay sonucu iş sözleşmesi feshedilirse, burada hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilemez (Dönmez, 2008).

İşçilerin birbirleri arasında ortaya çıkan geçimsizlikler de süreli fesih hakkının meşru bir sebebi olabilmektedir. Ancak işçilerin birbirleri arasındaki uyuşmazlıkların süreli fesih nedeni yapılması halinde işletmenin büyüklüğü önem taşımaktadır. Küçük işletmelerde işçilerin birbirleriyle uyuşmazlık içine girmeleri halinde süreli fesih tek çare olarak karşımıza çıkabilecekken, büyük işletmelerde bu sorun işçinin başka bir departmanda çalıştırılmasıyla çözümlenebilecektir (Süzek, 1976).

İşveren işyerinde işçiler arasında meydana çıkan bir kavgada, kavgaya karışan işçilerin hepsini işten çıkarmamış da olabilir. İşverenin kavgaya karışan işçilerin bir

⁴⁹ Yarg. 9. HD., 30.03.2006, E. 2006/23014, K. 2006/8063 (Dönmez, 2008: 157).

kısmını işten çıkarıp bir kısmına ise sadece ihtar cezası vermesi onu kötünietli yapmaz⁵⁰. Burada işveren kavgaya karışan işçilerin ne derecede kusurlu olduklarına bakıp ona göre karar verebilir.

Bir işyerinde çalışan işçinin, ücretsiz izin talebi reddedilmiş ve işçinin devamsızlığı üzerine iş sözleşmesi işverence feshedilmiş ise kötüniet tazminatına hükmedilemez (Dönmez, 2008). Böyle bir durumda kötüniet tazminatına hak kazanılamayacağı gibi, ihbar ve kıdem tazminatına dahi hükmedilemeyecektir. Yargıtay'ın da aynı yöndeki bir kararına göre,

“Ücretsiz izin talebini kabul edip etmeme işverenin yönetim hakkına girmektedir. İstek işverence kabul edilmemiş ve davacı görevine izin dönüşü başlamamış olup, devamsızlık nedeniyle iş akdinin feshi haklı olduğundan davacının ihbar, kötüniet ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi gerekirken kabulü yönüne gidilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir.”⁵¹.

İşçinin hafif kusurlu davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler ile işçinin yetersiz olmasından kaynaklanan geçerli sebepler farklılık göstermektedir. İşçinin davranışından kaynaklanan sebepleri hatalı hareketler oluşturmaktadır. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepleri ise, işçinin uyum sorunu ve işe yatkın olmaması gibi bireysel özellikleri meydana getirmektedir (Şen, 2009). İşçinin yetenekleri ve özellikleri iş sözleşmesi ile üstlendiği işini gerektiği gibi yerine getirmesinde yeterli olmayabilir. Mesleki yetersizlik genel olarak eğitim, motivasyon ve kabiliyet eksikliği olarak karşımıza çıkmakla beraber, işçinin mesleki olarak verim düşüklüğü ya da işi gerektiği gibi yerine getirememesi şeklinde tanımlanabilmektedir (Mollamahmutoğlu, 2008).

İşveren işyerini idare etme yetkisinin doğal sonucu olarak, işçinin mesleki açıdan yeterli olup olmadığını takdir etme hakkına sahiptir. İşçinin işyeri için verimli olmadığına veya mesleki açıdan yetersiz olduğuna karar veren işveren ihbar sürelerine uyarak iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. Burada işçinin sahip olduğu diploma mesleki yeterliliğin ispatı olmayıp, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını göstermemektedir.

⁵⁰ Yarg. 9. HD., 01.11.1978, E. 1978/13462, K. 1978/13597 (Usta, 1998: 896).

⁵¹ Yarg. 9. HD., 24.12.2003, E. 2003/17433, K. 2003/22657 (Dönmez, 2008: 167).

İşçi kendisi hakkında mesleki yetersizliğe dayanan iddianın asılsız olduğunu kanıtlamalıdır (Süzek, 1976).

İşveren yetersiz bulduğu işçisine performansından memnun olmadığı konusunda uyarıda bulunur ise, o işçinin görevi olan işi yapmakta yeterli olup olmadığını daha net görebilecektir. İşveren böyle bir uyarıda bulunmadığı sürece işçi de kendisinin performansından memnun kalmadığını farkedemeyebilir (Pitt, 2004). Bu nedenle dürüstlük kuralları uyarınca işverenin yetersiz bulduğu işçisine önce uyarıda bulunması, işçinin eksiklerini tamamlamaması halinde işine son vermesi gerekmektedir. Nitekim kendisine yapılan uyarıya rağmen hiçbir gelişme kaydetmeyen işçinin işine son verilmesinde kötüniyetli fesih yapıldığı kabul edilmemelidir.

Günümüzde bir işletmenin ayakta kalabilmesi için sürekli gelişmekte olan yeni çalışma yöntemlerini işyerinde uygulayabilmesi gerekmektedir. İşçinin işyerinde uygulanmaya başlanan yeni çalışma tekniklerine ayak uyduramamasını verimliliğini etkileyebilmektedir. Böyle bir durumda mesleki yetersizliğinden dolayı işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin kötüniyetli hareket ettiği düşünülemez. Dolayısıyla işveren süreli fesih hakkını kulanmasından dolayı sorumlu tutulmamalıdır (Süzek, 1976).

Bazı becerilere zaten işçinin işe başlarken sahip olması gerekir. Ancak değişen çalışma tekniklerine işçinin ayak uydurabilmesi için bir eğitim alması gerekebilir. Örneğin teknolojinin gelişimine paralel olarak bir işyerinde uygulanmaya başlayan yeni programlar, işçilerin bu konuda eğitim almalarını gerektirirler. İşveren bu hususta eğitim vermediği veya yanlış eğitim verdiği işçisinin işine yetersiz olduğu gerekçesiyle son vermiş ise, burada başka bir amaçla işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği düşünülebilir. Ancak işçinin yeni teknikleri öğrenmek için yeterli imkanı varken halen öğrenememesi halinde, işverenin iş sözleşmesini feshinde herhangi bir kötüniyet aranmamalıdır (Pitt, 2004).

İşçinin mesleki yetersizliğine kendi davranışları ile sebep olan işverenin bu durumu neden göstererek iş sözleşmesini feshetmesi durumunda hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilmelidir. Örneğin, işçinin işyerindeki görevini yerine getirebilmesi için kendisine gereken ekipmanı temin etmeyen veya işçiye gerekli talimatı vermeyen işverenin işçinin yetersizliğinden dolayı iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirmesi dürüstlük kuralları ile bağdaşmamaktadır (Süzek, 1976).

Yaşlılık sebebiyle işyerindeki verimliliğinde azalma olan işçilerin bu nedenle iş sözleşmelerinin feshedilmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığı tartışılması gereken diğer bir konudur. Kanaatimce işyerindeki verimliliği yaşlanması sebebiyle azalan bir işçinin süreli fesih yoluyla işine son verilmesi işverenin kötüniyetle hareket ettiği sonucunu doğurmamaktadır. İşverenden verimli olmayan bir işçiyi, ilerlemiş yaşından dolayı işyerinde çalıştırmasını beklemek yerinde değildir. Böyle bir durumda fesih sürelerine uyarak iş sözleşmesini sona erdiren işverenin kötüniyet tazminatı ödemeye hükmedilmesi bir anlamda işvereni yaşlı işçileri çalıştırmaya zorlamaktır. Ancak sırf yaşlandığı için, iş veriminde azalma olmayan bir işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren fesih hakkını kötüye kullanmış kabul edilmelidir. Başka bir deyişle burada dikkate alınması gereken işçinin yaşı değil iş verimindeki değişimdir.

İş kazaları ve meslek hastalıkları da işçinin verimliliğini azaltabilecek sıkça karşılaşılan durumlar arasındadır. Böyle bir durumda iş sözleşmesi feshedilen işçinin kötüniyet tazminatı talep edip edemeyeceği üzerinde durmakta yarar vardır. Kanımca işçinin verimliliğinin iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda azalması üzerine iş sözleşmesinin feshedilmesi dürüstlük kurallarına aykırı kabul edilmelidir. Çalıştığı işyerinde uğradığı iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle zaten mağdur duruma düşmüş olan işçinin iş sözleşmesinin de verimliliği azaldığı gerekçesiyle feshedilmesinin dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacağı açıkça görülmektedir. Ancak verimliliğinde önemli derecede azalma meydana gelen işçinin işyerinde çalıştırılması da işverenden beklenilemez.

İş Kanunumuzun 30. maddesinin sekizinci fıkrasına göre, “Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır”. Bu düzenleme de dikkate alındığı takdirde işverenin iş kazası ve meslek hastalığı sonucu iş verimi azalan işçiye uygun bir iş vermesi gerektiği düşünülebilmektedir. Ancak iş görme gücü önemli derecede azalmış olan bir işçi için işyerinde uygun bir görev olmayabilir. Bu durumdaki işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin kötüniyetli olduğundan söz edilmemelidir. Yargıtay’ın da aynı görüşü benimsediği şu kararında görülmektedir:

“Davacı bir trafik kazası geçirmiş ve işveren kendisini bir süre daha çalıştırdıktan sonra artık verilen işi layıkıyla yapamayacağı düşüncesiyle iş akdini feshetmiştir. Bu fesih sebebi itibariyle işverenin kötü niyetli olduğundan söz edilemez. kötü niyete karar verilmiş olması yasaya aykırıdır”⁵².

bc. Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturmayan Diğer Fesih Sebepleri

Yukarıda belirtildiği üzere iş sözleşmesinin işveren tarafından ekonomik ve teknik ihtiyaçlardan dolayı veya işçinin hafif kusurlu davranışları sebebiyle sona erdirilmesinde kötüniyet söz konusu olmamaktadır. Bahsedilen iki gruba da dahil olmamakla beraber, iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedilmesi halini oluşturmayan sebepler uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Sözü geçen sebepler Yargıtay kararları dikkate alınarak aşağıda incelenecektir.

Bilindiği gibi mevsimlik işler, yalnızca yılın belirli dönemlerinde yapılıp, geriye kalan dönemlerde faaliyetin durdurulduğu ya da hiç yapılmadığı işler olarak tanımlanmaktadır (Aktay ve diğerleri, 2009). Mevsimlik iş sözleşmeleri belirli süreli veya belirsiz süreli olarak yapılabilirler. Sadece bir mevsim için yapılan iş sözleşmesi belirli süreli olarak yapılabilir ve iş sözleşmesi mevsimin bitimiyle birlikte kendiliğinden sona ermektedir. Ancak birkaç mevsim devam edecek işler söz konusu olduğu zaman iş sözleşmesi sona ermeyip diğer iş mevsimi gelene kadar askıda kalır. Bir işyerinde mevsim sonunda mevsimlik işçilerin işlerine son verilirken, mevsimlik olmayan ve hatta sendika üyesi olmayan işçilerin de iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilmiş ise, kötüniyetin varlığından söz edilmemelidir.

Yargıtay’ın bu konu hakkındaki bir kararında işçi toplu iş sözleşmeleri görüşmeleri başladıktan sonra ve prosedür devam ederken iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini gerekçe göstermiş; bu gerekçenin mahkeme tarafından kabul edilmemesi halinde kötüniyetle feshin gerçekleşmesi nedeniyle tazminat isteğinde bulunmuştur. Mahkeme toplu iş sözleşmesi prosedürünün normal seyrini takip ederken, mevsim sonu nedeniyle davacı ile birlikte birçok işçinin işlerine son verildiğini, ortada sendikal faaliyet sebebiyle değil; Yüksek Hakem Kurulunca bağlanan toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına engel olmak için yapılmış fesih işlemi olduğunu kabul

⁵² Yarg. 9. HD., 23.10.1986, E. 1986/8487, K. 1986/9496 (Usta, 1998: 901).

ederek, sendikal tazminat isteğini reddetmiş, kötüniyet tazminatını ise hüküm altına almıştır.

Yargıtay'a göre mahkemenin gösterdiği gerekçe çelişkilidir. Buradaki iki tazminat isteği de maddi olgulara dayandırılmıştır. Bu olgunun gerçek olması halinde sendikal tazminat kabul edilmelidir. Fakat olayda davacı ile birlikte bir kısım işçilerin işlerine mevsim sonu son verildiği taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. Mevsim bittiğinde işveren hem mevsimlik işçilerin, hem de mevsimlik olmayan ve hatta sendika üyesi bulunmayan işçilerin de iş sözleşmesini feshetmiştir. Yargıtay böyle bir durumun sendikal nedenle feshin gerçekleşmediğinin ve ortada kötüniyetin bulunmadığının kanıtı olduğunu sözü geçen kararda belirtmiştir⁵³.

Toplu iş sözleşmesinde belirlenen bir madde ile işe ilk giren işçinin sonra, son giren işçinin ise daha önce işten çıkarılacağı kuralı getirilmiş olabilir. Böyle bir durumda sözleşme ile getirilen bu kural ihlal edilerek yapılan fesihlerin dürüstlük kurallarına uygun olup olmadığına karar vermek gerekmektedir. Burada işverenin iradesini iyiniyetle kullanıp kullanmadığına bakılmalıdır. Kötüniyetin söz konusu olması için olayın bir sözleşme hükmüne aykırı olması değil, toplumun değer yargılarına aykırı olması aranır⁵⁴. Başka bir deyişle toplu iş sözleşmesinde yer alan bir kural ihlal edildiği zaman sözleşmenin bir hükmüne aykırı davranış somutlaşmaktadır. Kötüniyette ise bir hukuk kuralına aykırı davranışın somutlaşmasından çok toplumun bu konudaki değer yargılarına aykırılığın somutlaşması gerekir (Usta, 1998). Bu durumda sırf işten çıkarma ile ilgili bir maddenin ihlal edilmesi ile kötüniyet tazminatına hükmedilmesi düşünülmemelidir.

İş güvencesinden yararlanan işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesi için işverenin geçerli bir sebebe dayanması gerektiğini daha önce belirtmiştik. İş güvencesinden yararlanmayan işçilerin iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi için böyle bir sebep gösterilmesine gerek yoktur. Ancak iş sözleşmesinin hakkın kötüye kullanılarak feshedildiği ileri sürülerek işverene karşı açılan davada, iş sözleşmesinin bu sebeplere dayanarak feshedildiği ileri sürüldüğü takdirde feshin dürüstlük kurallarına uygun olarak yapıldığı kabul edilir (Süzek, 2008). Zaten iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebebe

⁵³ Yarg. 9. HD., 08.10.1996, E. 1996/10136, K. 1996/19094 (Günay, 2004: 438).

⁵⁴ Yarg. 9. HD., 11.09.1986, E. 1986/7584, K. 1984/7949 (Dönmez, 2008: 166).

dayanmanın öngörülmesinin amacı da feshe karşı korumadır. Burada hakkın kötüye kullanılması tekniğinin yerini süreli fesih hakkının kanunla sınırlanması almıştır (Süzek, 2008).

İşçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerinden dolayı iş sözleşmesinin feshedilmesi konusu daha ileride görülecektir. Ancak sendika temsilcisi ve yöneticilerinin iş sözleşmelerinin feshinin sendikal faaliyetleri dışında başka bir sebepten dolayı feshedilmesi durumunda hakkın kötüye kullanıldığı savunulamaz. Toplu iş sözleşmesinde sendika temsilcisi ve yöneticilerinin iş sözleşmelerinin sözleşme süresi boyunca feshedilemeyeceği kararlaştırılmış olsa da böyle bir hükmün sendikal faaliyetlerin sağlıklı yürütmesi amacıyla düzenlendiği kabul edilmelidir. Bu durumda işçi sendikal faaliyetinden başka bir sebeple işten çıkarıldığı takdirde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaz⁵⁵.

4857 Sayılı İş Kanununun 2. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, “asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur”. Sözü geçen hüküm uyarınca asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden alt işverenin işçisi yararlanmamaktadır. Bu durumda alt işverenin işçisinin dayanışma aidatı ödeyerek asıl işverenin toplu iş sözleşmesinden yararlanmak istemesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilmesi kötüniyetle yapılmış bir fesih olarak kabul edilmemelidir. İşçi böyle bir durumda hakkı olmayan bir talepte bulunmuş ve bunun üzerine iş sözleşmesi feshedilmiştir⁵⁶.

3- Kötüniyetin İspat Yükü

Kural olarak, iş güvencesi hükümleri kapsamında olmayan iş ilişkilerinde fesih hakkının kötüye kullanıldığını iddia eden taraf iddiasını ispat etmek zorundadır. İş Kanunumuzun 17. maddesinin altıncı fıkrasında iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedilmesinden bahsederken “işçilerin iş sözleşmesinin” ibaresine yer verilmiştir. Bu durumda ihbar tazminatındaki durumun aksine, kötüniyet tazminatının alacaklısı ancak işçi olabilmektedir (Ertürk, 2006).

⁵⁵ Yarg. 9. HD., 23.02.1984, E. 1983/1165, K. 1984/1793 (Dönmez, 2008: 159).

⁵⁶ Yarg. 9. HD., 05.04.1996, E. 1995/34095, K. 1996/2188 (Dönmez, 2008: 164).

İleride sendikal tazminat konusu incelenirken görüleceği üzere, iş güvencesi kapsamı dışında kalmakla beraber iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia eden işçiler için, işveren fesih hakkını kötüye kullanmadığını ispat edecektir (SK. m. 31/VII).

Sendikal nedenle yapılan fesihler dışında, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler açısından fesih hakkının kötüye kullanıldığını ispat yükü konusunda iş mevzuatında bir hüküm bulunmadığı için genel hükümler uygulanacaktır. Burada Medeni Kanunumuzun 6. maddesinde düzenlenmiş olan, “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür” kuralının uygulama alanı bulacağı düşünüldüğü takdirde, her iki tarafın da karşılıklı iddialarını ispat etmek zorunda olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki bu da ispat yükünü kimin taşıdığı sorusuna yanıt vermemektedir (Süzek, 2008).

Ancak Medeni Kanunun 3. maddesinde düzenlenen “Kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır” kuralı ele alındığı zaman, iş güvencesi hükümleri kapsamında olmayan ve iş sözleşmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak feshedildiğini iddia eden işçinin bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu açık olarak görülmektedir. Bu durumda işçi işverenin hangi hareketinin iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanıldığına ilişkin olduğunu açıklamalıdır (Çenberci, 1984).

İşçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinde kendi kusurunun olmadığını ispat etmesi kötüninietin varlığını göstermemektedir. Burada asıl ispat edilmesi gereken olgu işverenin iş sözleşmesini feshederken dürüstlük kurallarına aykırı hareket ettiğiidir. Bunun için işçi işverenin kötüninietli olduğunu gösteren somut bir olayı ortaya koyarak onu ispat etmelidir (Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 1976). Nitekim Yargıtay’ın kabul ettiği görüşe göre de, davacının kötüninietin varlığını kesin delillerle ispat etmesi gerekir⁵⁷.

Bu konu ile ilgili bir olayda davacı işçi iş sözleşmesinin kötüninietle feshedildiğini ileri sürerek işverenden ihbar, kıdem ve kötüniniet tazminatı talep etmiştir. Davalı işveren davacı işçinin işine üç gün üst üste gelmediğini öne sürerek iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini öne sürmüştür. Her ne kadar davalı işveren haklı nedene dayanan savunmasını ispat edememiş ise de davacı işçi de iş sözleşmesinin kötüninietle

⁵⁷ Yarg. 9. HD, 19.03.1973, E. 1972/35873, K. 1973/5756 (Çenberci, 1984: 266).

feshedildiğini ispat edememiştir. Yargıtay böyle bir durumda sadece ihbar ve kıdem tazminatına karar verilip, kötü niyet tazminatına karar verilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁸.

Kötüniyetli fesih yapıldığını iddia eden işçinin dinlettiği tanıklar da işverene karşı iş sözleşmelerinin feshi nedeniyle dava açmışlarsa, bu kişilerin beyanı işverenin gösterdiği tanıkların beyanına tercih edilerek hükme dayanak yapılamaz (Süzek, 1976). Hakimin dürüstlük kurallarına aykırı olmaksızın işten çıkarılan işçinin, uygulamadaki deyişle “uydurma tanık” bularak dava açabileceğini göz önünde bulundurması gerekir (Çenberci, 1984).

İş güvencesi hükümleri kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerini fesheden işverenin bir fesih sebebi göstermek zorunda olmadığını daha önce de belirtmiştik. Ancak işveren herhangi bir fesih sebebi göstermiş ise, artık bu fesih sebebi ile bağlı olmaktadır. İşveren bunun dışında bir fesih sebebi olduğunu iddia ve ispat edemez (Süzek, 1976). Örneğin işveren önce işçinin işyerindeki ekonomik zorluklar nedeniyle işine son verildiğini ileri sürüp, daha sonra işçinin mesleki yetersizliğinin fesih sebebi olduğunu iddia edemez.

İşveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini beyan etmiş, fakat haklı nedenin varlığını ispat edememiş ise, bu durum tek başına feshin kötüniyetli yapıldığını göstermez. Burada feshin haklı nedenle yapılmamış olmasının yanında işveren tarafından kötüniyetle yapılmış olduğunun ispat edilmesi de gerekir (Mollamahmutoğlu, 2008).

Kötüniyet tazminatıyla ilgili bir yargılama yapılırken mahkemelerin yapacağı iş, kötüniyet tazminatı ile ilgili olarak işçinin delillerinin toplanması ve varsa tanıklarının dinlenmesidir. Daha sonra davalı işverenin savunmasını ispat etmesi için delilleri varsa onlarda toplanıp tanıkları dinlenmelidir. Taraflardan bu konuda tamamlayıcı bilgiler alındıktan sonra gerekiyorsa yerinde uzman bir kişiye inceleme yaptırılmalıdır. Bu işlemlerin sonucunda oluşacak olan kanaate göre kötüniyet tazminatı ile ilgili hüküm verilmelidir (Dönmez, 2008).

Anılan konu ile ilgili bir Yargıtay kararında, davacı işçi iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiğini bildirerek kötüniyet tazminatı isteğinde bulunmuştur. Davalı

⁵⁸ Yarg. 9. HD., 24.01.1980, E. 1980/212, K. 1980/379 (Usta, 1998: 909).

belediyenin yaptığı savunmada davacı işçinin çalıştığı bölümde yeniden bir düzenleme yapıldığı, aynı işi yapmak için başka bir işçinin işe alındığı ileri sürülmüştür. Yargıtay'a göre uyuşmazlık konusu gerçekten davacı işçinin çalıştığı bölümde bir reorganizasyon işlemi yapıp yapılmadığı, fesih için gösterilen gerekçenin göstermelik bir nitelikte olup olmadığı ve aynı işi yapmak için daha sonra başka bir işçinin işe alınıp alınmadığı olmaktadır. Mahkeme bu husus üzerinde gerektiği gibi durmamış, davalıdan savunmasını kanıtlayacak delilleri resmi belge ve bilgileri istememiştir. Ayrıca Yargıtay bu konuda taraflardan da tamamlayıcı bilgilerin alınmasından sonra gerekirse yerinde uzman bir bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılarak bunların sonucunda oluşacak olan kanaate göre kötüniyet tazminatı isteği ile ilgili karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁹.

Kötüniyet olgusu kişinin içsel durumu ile ilgili olduğu için, iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiğini iddia eden işçinin, bu iddiasını ispat etmesinin güç bir durum olduğu açıktır. Kanıtlanması çok güç olan bir durumu işçiden kanıtlamasını istemek mümkün olmadığı için, işçi feshin kötüniyetle yapıldığını gösterdiği olaylar ile büyük ölçüde ortaya koyuyor ise, ispat yükü yer değiştirerek, feshin dürüstlük kurallarına uygun olduğunu işverenin ispat etmesi gerekecektir. Feshin kötüniyetle yapılmış olması ihtimalini güçlü gösteren bir maddi olay ispatlanır ise, işveren kendi savunmasının dayanaklarını ispatlamak zorunda kalır (Ertürk, 2006; Süzek, 2008). Daha önce de belirtildiği gibi işveren iş sözleşmesini feshetmek için haklı bir sebebi olduğunu ispat edemez ise de, makul sebepleri gösterdiği takdirde sözleşmenin kötüniyetle feshedilmediği kabul edilmelidir (Günay, 2007).

İşçi yalnız belirli bir olguya dayanarak iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiğini iddia etmiş olabilir. Hakimin bu durumda işçinin iddiasına dayanarak değerlendirme yapması ve buna göre karar vermesi gerekmektedir. İşçinin dayanmadığı bir maddi olguya dayanılarak iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiği iddiasının kanıtlandığı kabul edilemez⁶⁰.

İşçi iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiğine dair, kendi iş sözleşmeleri de feshedilmiş olan işçileri tanık gösterir ise, bu kişilerin sözlerine dayanılarak iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiği kabul edilemez. Yargıtay'a göre, “ Aynı durumda

⁵⁹ Yarg. 9. HD., 26.06.1996, E. 1996/3236, K. 1996/14393 (Dönmez, 2008: 156).

⁶⁰ Yarg. 9. HD, 16.04.1980, E. 1980/4329, K. 1980/3585 (Çenberci, 1984: 266).

bulunan şahit sözlerine itibar edilerek feshin kötüniyetle yapıldığının kabulü ile kötüniyet tazminatına karar verilmiş olması doğru değildir.”⁶¹. Gerçekten de işten çıkarılmış olan diğer işçilerin tanık beyanlarının böyle bir durumda dikkate alınması düşünülmemelidir. Bu durumdaki işçilerin işverene karşı objektif olmaları beklenemeyeceği için, bu kişilerin beyanlarına göre feshin kötüniyetli yapıldığına karar verilmemelidir.

İşverenin süreli fesih hakkını kötüye kullandığını iddia eden işçi, hukukumuzda ispat bakımından büyük zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır. Bu zorlukların azaltılması için bir takım çözüm önerilerinin getirildiği görülmüştür. Örneğin Çenberci, iş sözleşmelerinin feshinde kötüniyetin ispat edilmesi konusunda hakimlerin sert ve katı usul hükümleri uygulamaktan kaçınıp, Anayasamızın 138. maddesinde belirtilen “vicdani kanaatlerine göre” hareket etmeleri gerektiğini belirtmiştir, aksi takdirde kötüniyet tazminatına ilişkin davaların red ile sonuçlanmaya mahkum olacağını ileri sürmüştür (Çenberci, 1984). Süzek’in kanaatine göre ise,

“...feshi ihbarı kanunla sınırlandıran sisteme geçildiği takdirde, işveren tarafından yazılı feshi ihbar yapılması zorunluluğunun bir geçerlik şartı olarak kabul edilmesi, işletme yararına uygun bir feshi ihbar sebebi bildirme zorunluluğunun yüklenmesi ve sebep gösterilmeksizin yapılan işten çıkarmaların kanuna aykırı ve geçersiz sayılması işçiye nispi bir ispat kolaylığı sağlamış olacaktır. Mahkemeler bildirilen sebebin ve işletme yararının gerçekte var olup olmadığını denetleyeceklerdir.” (1976: 201-202).

Kanaatimce de kötüniyet kişinin iç dünyası ile ilgili bir husus olduğu için ispat edilmesi bir hayli zordur. Bu nedenle işverenin iş sözleşmelerinin feshinde yazılı fesih bildirimini yapması bir geçerlilik şartı haline getirildiği takdirde kötüniyetin ispat edilmesi konusunda kolaylık sağlanmış olacaktır.

⁶¹ Yarg. 9. HD., 15.10.1992, E. 1992/3611, K.1992/11223 (Kazancı İHD., Ocak 1993: 134).

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

1) KÖTÜNİYET TAZMİNATI

1- Kötüniyet Tazminatı Kavramı

Bugün için kötüniyet tazminatı İş Kanunumuzun 17. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir. Kötüniyet tazminatına tarihsel olarak bakıldığı takdirde, bu kavramın ilk kez 3008 sayılı İş Kanununun 13. maddesiyle hukukumuzda girdiği görülmektedir. 1475 sayılı Kanunun 13. maddesinde de kötüniyet tazminatına ilişkin hüküm yer almış ve 4773 sayılı Kanunla bir değişikliğe uğramıştır. 4857 sayılı yeni İş Kanunu da kötüniyet tazminatı hususundaki değişikliklere yer vermiştir. Buna göre, “...bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir” (İK. m. 17/VI).

Öğretide ve uygulamada kötüniyet tazminatı, süreli fesih hakkının kötüye kullanılmasının yaptırımı olarak belirlenen tazminat olarak adlandırılmıştır (Mollamahmutoğlu, 2008). Bu tazminat türü işverenin objektif sebeplerin dışında kasta yakın iradesini karşılamaktadır (Kılıçoğlu, 2005).

İş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edebilmek için öncelikle, tarafların süreli fesih hakkına sahip olmaları gerekmektedir. Çünkü olmayan bir hakkın kötüye kullanılmasından sözedilemez. Daha önce belirtildiği üzere, süreli fesih hakkı kural olarak, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yapılmasıyla doğmaktadır. Kötüniyet tazminatı da süreli fesih hakkına özgü bir kurum olduğu için, belirli süreli iş sözleşmelerine uygulanmayıp, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde kendiliğinden doğmaktadır (Ertürk, 2006; Süzek, 2008).

Bu durumda kötüniyet tazminatı, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde ortaya çıkmaktadır (Aktay ve diğerleri, 2009).

İş sözleşmesini fesih hakkı kötüye kullanılmakla beraber, bildirim sürelerine de uyulmadığı takdirde ihbar tazminatının da ödenmesi gerekmektedir.

3008 sayılı eski İş Kanunu uyarınca, kötüniet tazminatına hükmolunması, ihbar tazminatına bir engel teşkil etmemekteydi. Bu Kanununun 13. maddesinde bulunan “ayrıca” sözcüğünden anlaşıldığı üzere, kötüniet tazminatı ihbar tazminatına ek bir tazminat niteliğindedir (Süzek, 1976).

1475 sayılı Eski İş Kanununa göre ise, kötüniet tazminatı ve ihbar tazminatının aynı anda istenilebilmesi görüşü kabul edilemezdi. Burada önceki Kanun metnindeki “ayrıca” sözcüğü yer almamış ve hem ihbar tazminatına hem de bunun vasıflı şekli olan kötüniet tazminatına hüküm verilemeyeceği yönünde bir görüş mevcut olmuştur. Yargıtay kararlarında kötüniet tazminatının ihbar tazminatının vasıflı bir şekli olarak nitelendirilmesi de bu görüşü kuvvetlendirmiştir (Süzek, 1976).

4857 sayılı Yeni İş Kanunumuzun, 17. maddesinin altıncı fıkrasına göre ise, “Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir” (İK. m. 17/VI). Görüldüğü gibi, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu hem kötüniet tazminatına hem de şartları mevcut olduğu takdirde ihbar tazminatına hükmolunabileceğini açıkça belirtmiştir.

Bu durumda, belirsiz süreli iş sözleşmeleri ihbar süresine uyularak fakat fesih hakkı kötüye kullanılarak feshedilmiş ise, sadece kötüniet tazminatına hükmedilecektir. Bununla beraber, iş sözleşmesi ihbar süresine uymadan ve aynı zamanda dürüstlük kurallarına aykırı olarak feshedildiği takdirde, hem kötüniet tazminatına hem de ihbar tazminatına karar verilecektir.

Daha geniş bir uygulama alanına sahip olmakla beraber, kötüniet tazminatı hukuksal niteliği açısından bir noktada ihbar tazminatıyla birleşmekte ve ikisi de İş Kanunumuzun 17. maddesi çerçevesinde fesih hakkının kullanılmasının zorlaştırılması sonucunu doğurmaktadır (Çenberci, 1984).

Daha önce belirtildiği gibi, kötüniet tazminatı Yargıtay’ın yerleşmiş kararları uyarınca ihbar tazminatının vasıflı bir şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay’ın bu konuyla ilgili bir kararına göre, “...kötüniet tazminatının ihbar tazminatının vasıflı bir şekli olduğu kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla kötüniet tazminatının içinde ihbar

tazminatı da vardır”⁶². Bu durum her iki tazminata da ayrıca hükmolunabilmesini etkilememektedir.

İş Kanununda kötüniyet tazminatı bildirim sürelerine ilişkin ücretin üç katı olarak, kesin ve götürü bir miktar şeklinde belirlenmiştir. İşçinin kötüniyet tazminatına hak kazanması için, süreli fesih hakkının kötüye kullanıldığıının hukuken sabit olması yeterlidir. İşçinin fesihten dolayı bir zarara uğradığını ve zararın büyüklüğünü ispat etme gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Burada kanun koyucunun amacı, işvereni fesih hakkını kullanmaktan çekinmeye zorlamaktır (Süzek, 1976). Kötüniyet tazminatının bu özelliği göz önüne alındığında, hukuki ve teknik anlamda bir tazminat olarak kabul edilemeyeceği açıktır (Mollamahmutoğlu, 2008). Çünkü hem teknik hem klasik anlamda, tazminatın ödenmesi için ortada bir zarar olması gerekir ve bu zararın miktarı göz önüne alınarak tazminat hesaplanır (Süzek, 1976). Öğretide de kötüniyet tazminatı “medeni ceza” ya da “hususî ceza” olarak nitelendirilmektedir (Çenberci, 1984; Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 1976).

Kanun koyucunun, iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda götürü bir tazminat belirlemiş olmasının nedeni, İş Hukukunun işçiyi koruyucu niteliği ve fesih bildirim hakkının yapısıdır. Bakıldığında, ihbar süresine uyulmuş ancak kötüniyetle feshedilmiş bir iş sözleşmesinde, işçi ihbar süresi içinde kendisine yeni bir iş bulmuş ve bir zarara maruz kalmamış olabilmektedir. Böyle bir durumda, kötüniyet tazminatı ortaya çıkacak olan zarara bağlanmış olsaydı, iş sözleşmesini kötüniyetle fesheden işveren işçinin uğradığı bir zarar olmadığı için hiçbir tazminat ödemeyecekti. Bundan dolayı, tazminatın götürü olarak belirlenmesi, iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedilmesinin sonucuna ödenmesi gereken bir tazminat bağlaması açısından yerinde ve Kanunun amacına uygundur (Süzek, 1976).

2- İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshinde Kötüniyet Tazminatı

1475 sayılı eski İş Kanunu, 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce 13. maddesinin C bendi üçüncü fıkrasındaki “...ve genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığı diğer durumlar” ifadesi geniş yorumlanarak, bu kelimeleri daha

⁶² Yarg. 9. HD., 07.03.2005, E. 2004/13414, K. 2005/7439 (Dönmez, 2008: 138).

önceki kelimelerin devamı olarak saymayıp işçiyi ve işvereni birlikte kapsayan bir genelleme şeklinde düşünerek işveren lehine bir eşitlik ortaya çıkarmanın mümkün olduğu, dolayısıyla kötüniet tazminatının hem işveren hem de işçiler açısından söz konusu olabileceği yönündeki görüşlere mahal verebiliyordu (Çenberci, 1984; Mollamahmutoğlu, 2008). 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile, 1475 sayılı Kanun döneminde, kötüniet tazminatının özellikle işverenler için öngörüldüğü “...işçiye...tazminat ödenir.” ifadesiyle açıkça ortaya konulmuştur (Çelik, 2009; Mollamahmutoğlu, 2008).

Burada belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesini işverenin haklarını vermediğini öne sürerek dahi olsa, kendisi fesheden işçi kötüniet tazminatı isteyemez. Yargıtay’ın da iş sözleşmesini kendisi fesheden işçinin kötüniet tazminatı talep edemeyeceğini kabul etmektedir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, kapsam dışı personel olarak çalışan davacı işçinin, çalıştığı işyerini yeni devralmış bir işveren ekonomik zorlukları sebep göstermek suretiyle 08.05.2000 tarihli bir genelge ile kapsam dışı çalışan işçilere Şubat 2000 tarihinden itibaren ikramiye ve sosyal haklarını ödeyemeyeceğini ve Temmuz ayına kadar da ücret zammı yapamayacağını bildirmiştir. Davacı ve 14 işçi yapılan bildirim üzerine iş sözleşmelerini haklı nedenle feshetmişlerdir. Sözü geçen kişilere o güne kadar gerçekleşen tazminat ve hakları tam olarak ödenmiştir.

İşyerinde kalan işçilere 2000 yılının Mart ayında % 10 ücret zammı yapılmış ve sosyal hakları telafi edici yararlandırmalar da çalışanlara sağlanmıştır. Bu gelişmelerin üzerine davacı işçi kendisinin aldatılarak feshe zorlandığını ileri sürmüş ve kötüniet tazminatı talebinde bulunmuştur. Mahkeme kötüniet tazminatına karar vermiştir. Ancak Yargıtay işçinin haklı nedenle veya başka nedenlerden dolayı sözleşmeyi feshetmesi halinde kötüniet tazminatına karar verilemeyeceğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁶³.

4857 sayılı yeni İş Kanunumuzun kötüniet tazminatına ilişkin 17. maddesinin altıncı fıkrasında yalnızca işverenin fesih hakkını kötüye kullanması durumu düzenlenmiş, işçinin fesih hakkını kötüye kullanması durumuna değinilmemiştir. Bu

⁶³ Yarg. 9. HD., 08.05.2002, E. 2002/219, K. 2002/7309 (Günay, 2004: 435).

durumda, işçi fesih hakkını kötüye kullandığı zaman, işveren kötüniet tazminatını talep edemeyecektir. Fesih hakkını kötüye kullanan işçiye Medeni Kanunumuzun 2. maddesinin ikinci fıkrası uygulanacak ve genel hükümler uyarınca tazminata hükmedilecektir (Aktay ve diğerleri, 2009; Süzek, 20089; Tunçomağ ve Centel, 2008).

İş sözleşmesinin işçi tarafından kötünietle feshedilmesi işverene oranla daha ender görülen bir durumdur. İşçi işverenin kişisel bağımlılığında bulunmasından dolayı fesih hakkının kullanılmasında işverene nazaran daha geniş bir serbestiye sahiptir. Zaten işçi, iş ilişkisinden dolayı altında bulunduğu şahsi bağımlılığı ileri sürerek, özgürlüğüne kavuşmak amacıyla belirsiz süreli iş sözleşmesini feshettiğini her zaman ileri sürebilmektedir (Süzek, 19769).

İşçinin iş sözleşmesini feshinde durum böyle olmakla beraber, fesih hakkını kullanırken işçi zamansız fesih bildiriminde bulunmak gibi dürüstlük kurallarına aykırı şekilde hareket ederse, fesih hakkı kötüye kullanılmış sayılmalıdır. Örneğin, yıl boyunca bekleyip, işverenin işçiye en çok ihtiyaç duyduğu anda iş sözleşmesinin feshedilmesinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır. Burada fesih hakkının bu şekilde kötüye kullanılmasının, daha çok işyerinde önemli bir konumda bulunan işçiler tarafından yapıldığını belirtmek gerekir (Süzek, 1976). Çünkü, ancak bu vasıfta işçilerin zamansız bir biçimde iş sözleşmesini feshetmeleri zor durumda olan işverenin durumunu daha da zorlaştırabilecektir.

Belirtelim ki, uygulamada fesih hakkı işçi tarafından kötüye kullanılsa da, işveren çoğu zaman bu durumu mahkemeye yansıtmamaktadır. Çünkü, işçinin mali açıdan yetersiz olması nedeniyle işveren genellikle davayı kazansa da pek bir şey alamayacağı düşüncesi içerisinde (Süzek, 1976).

3- İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Kötüniet Tazminatı

İş Kanunumuzun 17. maddesinin altıncı fıkrasına göre, “İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye

kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir”. Bu durumda işgüvencesi kapsamında yer almayan, yani otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan veya altı aydan az kıdemi olan işçilerin iş sözleşmelerini kötüniyetli olarak fesheden işverene bildirim süresinin üç katı kadar tazminat ödetilir.

İş güvencesi kapsamında olan işçilere ise, feshin geçersizliği ve işe iade davası açabilme imkanı sağlanmıştır (İK. m. 18 vd.). Daha sonra görüleceği gibi, bu işçiler iş sözleşmesini fesih hakkının işveren tarafından kötüye kullanıldığını ileri sürerek kötüniyet tazminatı talep edemezler.

4- Kötüniyet Tazminatı İsteyebilme Koşulları

a. İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmayan İşçilerden Olma

İş güvencesi, işçinin fesih karşısında korunması kapsamında bulunan, işverenin fesih hakkını işçinin işini korumak için sınırlayan ve bir tek işçi tarafından kullanılacak, tek taraflı hakların oluşturduğu bir İş Hukuku kurumu olarak tanımlanmaktadır (Kar, 2005).

4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinin dördüncü fıkrasında “18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir.” denilmekle, iş güvencesinden yararlanan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışsalar dahi kötüniyet tazminatı isteme hakkına sahip olamayacakları belirtilmektedir. Bu hükmün analitiğinden, iş güvencesi kapsamı dışında olan başka bir deyişle işe iade kavramının işletildiği işyerlerinde çalışan işçiler için kötüniyet tazminatı uygulanamayacağı sonucu çıkmaktadır (Kılıçoğlu, 2005). Zaten işçi böyle bir durumda feshin geçersizliği ve işe iade imkanından yararlanabilmektedir. Yargıtay’ın konuyla ilgili bir kararına göre “.....işçi iş güvencesi kapsamında kalıyor ise, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından, kötüniyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır”⁶⁴.

⁶⁴ Yarg. 9. HD., 07.12.2005, E. 2005/11132, K. 2005/38819 <<http://www.kazanci.com/>>.

İş güvencesinden yararlanan bir işçiye işe iade yerine kötüniet tazminatı talep etme hakkı tanınması ile ilgili yasal düzenlemenin arkasında işe iade müessesesinin işçiye daha güçlü bir koruma rejimi sağladığı ve işçinin muhakkak bunu isteyeceği görüşünün kabul edilmesi yatmaktadır. Ancak bu görüş kötünietli olarak işten çıkarılan işçinin işe geri dönmek istememesi veya işe dönme imkanına fiilen sahip olmaması durumunda yetersiz kalmaktadır (Çelik, 2006).

Yargıtay'ın bu yöndeki görüşü iş güvencesinin işçiye sağladığı haklar göz önüne alındığı zaman isabetlidir. İş güvencesinin kendisine sağladığı haklara bakıldığı zaman, işçinin kötüniet tazminatı talep etmesine zaten gerek kalmamaktadır. Ancak, işçi işveren tarafından yapılan feshede süresinde itiraz etmemiş, böylece feshin geçersizliği ve işe iade imkanı kalmamış ise, mağdur durumda olabilmektedir. Bu durumda süreyi kaçıran işçi, iş güvencesinin sağladığı hakları kaybetmekle beraber, iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin sahip olduğu kötüniet tazminatı isteyebilme hakkına da sahip olmamaktadır. Böyle bir durumda işçiye kötüniet tazminatı isteyebilme hakkının tanınması daha uygun olurdu (Akyiğit, 2008). Buna karşın uygulamada iş güvencesinden yararlanan işçi kötüniet tazminatı talep edememektedir.

Burada iş güvencesi hükümlerinden hangi işçilerin yararlanabileceğine kısaca değinmekte yarar vardır.

İş Kanunumuzun 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, “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”. Bu durumda, otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan veya altı aydan az kıdemi olan işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanmamaktadırlar.

Aynı işverenin sahip olduğu aynı işkolunda birden çok işyeri olduğu takdirde, işyerlerinde çalışan işçilerin toplam sayısı dikkate alınır (İK. m. 18/IV) ve burada işçi sayısının toplamı en az otuz ise iş güvencesi hükümleri uygulanmaktadır. Bu hükmün amacı sadece iş güvencesi kapsamı dışında kalmak için bazı işverenlerin her işyerinde işçilerinin sayısını otuzdan az tutarak bölmelerinin engellenmesidir (Süzek, 2008).

Bu durumda şirketlerin faaliyet alanlarının bağlı oldukları işkolları farklı ise, işyerlerinin farklı işyerleri oldukları kabul edilir ve işçi sayısı belirlenirken ayrı ayrı

değerlendirilirler. Hatta ortada iki anonim şirket varsa ve bunların bazı ortakları ve bazı yönetim kurulu üyeleri aynı ise dahi sonuç değişmez (Dönmez, 2008).

İşyerinde çalıştırılması gereken en az otuz işçinin niteliği hususunda Kanun bir hüküm içermediği için daimi veya geçici; kısmi veya tam süreli, belirli veya belirsiz süreli, mevsimlik, hastalık, izin gibi nedenlerle iş sözleşmesi askıda olanlar dahil işverenin o işyerinde çalıştırılan işçilerin hepsinin bu sayının hesaplanmasında dikkate alınması gerekmektedir (Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 2008). Zaten burada iş güvencesinden yararlanacak olan işçiler değil, iş güvencesi kapsamına girecek işyerinin tespit edilmesi söz konusudur (Mollamahmutoğlu, 2008).

İşyerinde çalışsalar bile alt işverenin işçileri ve işverenle geçici iş ilişkisi içindeki işçiler yani işverenin işçisi olmayanlar ve İş Kanununun 10. maddesine göre süreksiz işte çalışan işçiler sayıya dahil edilmezler(Günay, 2005; Mollamahmutoğlu, 2008).

Kanun metnindeki “işçi” ifadesinden anlaşıldığı üzere otuz işçinin hesaplanmasında Türk Hukukuna göre “işçi” olanların dikkate alınması gerekmektedir. Bu durumda kural olarak çıraklar, stajyerler, meslek öğrenimi gören öğrenciler sayı tespitinde hesaplanmazlar. Ancak iş sözleşmesi yapan stajyer işçi sıfatında olduğu için sayı hesaplanırken dikkate alınmak zorundadır (Çelik, 2009; Günay, 2005; Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 2008).

Otuz işçi sayısının hesabında, işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği gündeki mevcut rakam dikkate alınmalıdır (Çelik, 2009). Ancak işveren muvazaalı bir işlemle işyerinde çalışan işçi sayısını otuzun altında göstermek amacıyla işçilerin bir bölümünü alt işverenin işçisi olarak gösterirse ya da herhangi bir kanuna karşı hile yoluna başvurursa iş güvencesi hükümleri işçiye uygulanabilir (Süzek, 2008).

En az altı aylık kıdeme sahip olan işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği İş Kanununun 18. maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre, “İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir”.

İşçinin fiilen işe başladığı tarih altı aylık kıdemin hesaplanmasında dikkate alınmaktadır. Bu tarihten itibaren altı aylık sürenin geçmesiyle beraber işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaktadır (Dönmez, 2008).

İş sözleşmesinde bir deneme süresi öngörüldüğü takdirde, bu deneme süresinin de işçinin kıdeminde dikkate alınacağı şüphesizdir.

Bununla birlikte İş Kanunumuzun 18. maddesinin dördüncü fıkrasında “aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler” ifadesi kullanıldığı için, aynı işverene bağlı olsa da farklı tüzel kişilikleri olan işyerlerinde çalışılan sürelerin birleştirilemeyeceği açıktır (Dönmez, 2008). Dolayısıyla holding bünyesindeki her şirket ayrı birer bağımsız işveren oldukları için bir holding veya şirketler topluluğu bünyesinde yer alan farklı şirketlerin sahip oldukları işyerlerinde geçirilen süreler birleştirilemez (Süzek, 2009). Yargıtay’a göre de, “İşyerlerinin aynı holding bünyesinde olması, farklı işyerlerinde geçen sürelerin birlikte değerlendirilmesini gerektirmemektedir”⁶⁵.

İş Kanununun 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre “Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür”. Bu durumda altı aylık süre hesaplanırken işçinin önceki işveren yanında çalıştığı süre de dikkate alınmalıdır.

Geçici iş ilişkisinde iş sözleşmesi işçi ile asıl işveren arasında esasen devam etmektedir. Bu nedenle geçici işverenin yanındaki çalışmalar işçinin kıdemini hesaplanmasında geçerli olmaktadır (Süzek, 2008).

Otuz işçi hesaplamasından farklı olarak, altı aylık kıdemini hesaplanmasında önceden çalışılan işyerlerinin aynı işkolunda olma zorunluluğu yoktur. Aynı işverene ait farklı işyerleri ve işkollarında olsa bile bu işyerlerinde geçen sürelerin toplamı dikkate alınmaktadır (Günay, 2005; Süzek, 2008).

İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için iş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim tebliğ edildiği tarihte işçinin altı aylık kıdemini tamamlamış olması gerekmektedir. İşçinin kıdemi bildirim süresi eklendiği için altı ayı geçiyorsa, fesih altı aylık süre dolmadan önce yapıldığından dolayı, iş güvencesinden yararlanılamaz. Bu durumda bildirim süresi boyunca işçi çalıştırılmış olsa bile bu süreler hesaba katılmamaktadır (Çelik, 2007; Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 2008). Böyle bir durumda işverenin kötüniyetle işçinin iş güvencesinden yararlanmaması için iş sözleşmesini feshetmesi de durumu değiştirmemektedir. Çünkü, iş güvencesi kapsamına

⁶⁵ Yarg. 9. HD., 07.03.2006, E. 2005/37054, K. 2006/5673 (Dönmez, 2008: 200).

girmeyen işçilerin iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedilmesi durumunda kötüniyet tazminatı talep edilmektedir (Mollamahmutoğlu, 2008).

İş Kanunu uyarınca, 66. maddede çalışma süresinden sayılan haller altı aylık kıdem hesabında dikkate alınmaktadır. Söz konusu maddede günlük çalışma süresi bakımından çalışılmış sayılan süreler sayılmıştır. Burada sayılan süreler dışında kalan iş sözleşmesinin askıya alındığı sürelerle ilgili olarak İş Kanununun 18. maddesinde herhangi bir sınırlama yoktur. Böylece altı aylık kıdem süresinin belirlenmesinde işçinin fiilen çalıştığı günlerin değil iş sözleşmesinin devam süresinin dikkate alınması gerekmektedir (Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 2008). Mollamahmutoğlu'na göre, "... grev ve lokavtta geçen süreler dahi dikkate alınmalıdır. Çünkü Kanun, grev ve lokavtta geçen sürelerin sadece kıdem tazminatında kıdeme dahil edilemeyeceği yönünde hüküm getirmektedir (2822 sayılı Kanun md. 42/f.5)." (2008: 718).

Aynı şekilde ilgili madde hükmünde işçinin sürekli bir biçimde çalışması gerektiğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığı için işçinin işverenin işyerinde aralıklı çalışması da altı aylık kıdem hesabına dahil edilmelidir (Aktay ve diğerleri, 2009; Çelik, 2009; Süzek, 2008).

İş Kanununun 18. maddesinin birinci fıkrasında açık olarak belirtildiği üzere belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanamazlar. Bu şart 158 sayılı ILO sözleşmesi ile öngörülmüştür. Anılan sözleşmenin 2. maddesi uyarınca; fazla üst üste yapılan sözleşmeler başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılır (İK. m. 11/II). Bu durumdaki işçilerin iş güvencesi kapsamında oldukları açıktır (Aktay ve diğerleri, 2009).

Ancak Yargıtayın da kabul ettiği görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasının haklı olmaması halinde işçinin iş güvencesinden yararlanması engellenemez⁶⁶.

İş Kanununun 18. maddesinin son fıkrasına göre "İşletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütünü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21

⁶⁶ Yarg. 9. HD., 16.06.2005, E. 2005/16581, K. 2005/21564 (Dönmez, 2008: 202-203).

inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz”. İşverene bu hüküm ile onun güvenine sahip olması gereken belirli konumdaki işveren vekillerinin iş sözleşmelerini, bu güvenin sarsıldığı hallerde hiçbir neden göstermeden İş Kanununun 17. maddesine göre sona erdirme olanağı sağlanmak istenmiştir (Süzek, 2008).

Yargıtay işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilinin genel müdür, genel müdüre doğrudan bağlı olan bölüm başkanlarının da genel müdür yardımcısı durumunda olduğunun söylenebileceğini kabul etmiştir⁶⁷. Bu durumda personel müdürü ve finans koordinatörü gibi kişiler, bu kapsamda değerlendirilmemektedir (Çelik, 2009).

b. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması

Kötüniyet tazminatı, iş güvencesi kapsamı dışında olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından kötüniyetle feshedilmesi durumunda karşılaşılan hukuki yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda, iş güvencesinden yararlanan işçilerin yanında, iş güvencesinden yararlanmamakla beraber belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler için kötüniyet tazminatı söz konusu olmayacaktır. Çünkü böyle bir durumda ileride görüleceği gibi işverenin süreli fesih hakkı da bulunmayacaktır.

İş Kanunumuzun 11. maddesinin birinci fıkrasına göre, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır”. Görüldüğü gibi İş Kanununda belirsiz süreli iş sözleşmesinin bir tanımının yapılmasından ziyade, iş sözleşmesinin hangi hallerde belirsiz süreli sayılacağı belirtilmiştir. Bu durumda Borçlar Kanununun 340. maddesinden hareket edilerek, süresi taraflarca belirlenmemiş ve işin amacından da belirli bir süre çıkarılamayan iş sözleşmelerinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanması yerinde olur (Mollamahmutoğlu, 2008).

Açık veya örtülü bir vade öngörülmediği için, belirsiz süreli iş sözleşmeleri belirli süreli iş sözleşmelerinden farklı olarak tek taraflı bir irade beyanı ile sona erdirilebilmektedir (Mollamahmutoğlu, 2008). Daha önce de belirtildiği üzere olmayan bir hak kötüye kullanılamayacağı için iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, tarafların süreli fesih hakkına sahip olmaları gerekmektedir. Görüldüğü gibi süreli fesih hakkı belirsiz süreli iş sözleşmelerinin

⁶⁷ Yarg. 9. HD., 26.06.2006, E. 2006/15158, K. 2006/18474 (Çelik, 2009: 221).

karakteristik yönünü oluşturmakta ve kötüniyet tazminatı da belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesi süre bitmeden önce haklı bir neden olmadan tek taraflı olarak feshedilir ise bu durum iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedilmesi değil haksız fesih teşkil etmektedir (Süzek, 1976).

Yazılı veya sözlü olarak yapılmış bir iş sözleşmesinde süre ile ilgili hiçbir hüküm bulunmuyorsa, kural olarak bu sözleşme belirsiz süreli sayılmaktadır. Hakim böyle bir durumda, sözleşmenin biteceği tarihi kendisi belirleme yetkisine sahip değildir (Mollamahmutoglu, 2008). Bununla beraber bir iş sözleşmesinin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu hususunda kesin bir kanaate ulaşılamıyor ise işçinin korunması ilkesinden yola çıkılarak sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilmelidir.

Görüldüğü gibi iş sözleşmelerinde asıl olan belirsiz süreli olma istisnai olan ise belirli süreli olmadır (Süzek, 2008). Bunun nedeni iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasının belirli süreli olmasına oranla işçiye daha fazla yarar sağlamasıdır.

İş Kanununa göre, “Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.” (İK. m. 11/I). Örneğin bir iş seyahati veya belli bir yolculuk için işe alınan şoför, hastalık veya doğum izni nedeniyle işyerinde olmayan işçinin yerine alınan işçi veya inşaatte eksik olan işlerin yaptırılması için işe alınan işçilerin durumunda iş sözleşmesinin süresi işin amacından anlaşılmaktadır. Ancak işin amacından veya niteliğinden belirli süreli bir sözleşme olduğunun anlaşılabilmesinin iş sözleşmelerini belirli süreli hale getirebilmesi için, tarafların iş sözleşmesinin ilgili iş için yapıldığını anlaması gerekir. Böylece iş sözleşmesinin yapıldığı tarihte işçi, amacından veya niteliğinden belirli süreli olduğu anlaşılan bir işte çalıştırılacağını anlamış olmalıdır (Ayan, 2005).

Bu durumda iş sözleşmesinin tarafları kesin bir süre belirterek yaptıkları iş sözleşmesini belirli süreli olarak nitelendirse bile, iş (niteliği gereği) belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanmasına yönelik ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması değil ise bu sözleşme belirsiz süreli sayılmalıdır (Aktay ve diğerleri, 2009; Süzek, 2008).

İş Kanunu, objektif koşulları belirlerken, belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kullanımını, dürüstlük kuralları ile değil belirli objektif nedenlerle sınırlamayı amaçlamıştır. Bu nedenle taraflar belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmakta

özgürdürler (Mollamahmutoğlu, 2008). Objektif koşulların varlığı halinde, kural olarak iş sözleşmesinin belirli süreli yapıldığı kabul edilmelidir. Çünkü bu durumda tarafların iş sözleşmesini belirli süreli olarak yaptıkları yönünde bir objektif neden bulunmaktadır.

İş sözleşmesinin tarafları sözleşmenin sona ereceği zamanı kesin bir tarih olarak belirlemişlerse, sözleşmenin belirli süreli olduğu açıktır. Bu durumda ortada herhangi bir sorun yoktur. Aynı şekilde, iş sözleşmesinin sona ermesi, gerçekleşeceği kesin olan ve ne zaman gerçekleşeceği de önceden belirlenebilen bir olaya bağlanmışsa sözleşme yine belirli süreli sayılmalıdır. Bu gibi durumlara örnek olarak; mevsim sonu kararlaştırılabılıyorsa mevsimlik iş sözleşmeleri veya bir plaj dönemi için yapılan sözleşmeler örnek gösterilebilmektedir (Süzek, 1976).

İş sözleşmesi gerçekleşeceği kesin olmakla beraber ne zaman gerçekleşeceği önceden belirlenemeyen bir olaya bağlandığı takdirde belirsiz süreli kabul edilmelidir. Örneğin bir iş sözleşmesinin işveren veya üçüncü bir kişinin ölümü ile sona ereceği kararlaştırılmış ise, belirsiz süreli bir iş sözleşmesi olarak kabul edilmelidir (Süzek, 1976). Gerçekleşeceği bilinmesine rağmen, ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen bir olay hukuksal olarak şart değildir. Ancak bu tür sözleşmelerde sözleşmenin sona ermesi için öngörülen olgunun gerçekleşeceği zamanın bilinmemesi, bunların belirsiz süreli iş sözleşmesi olmasına neden olur (Güler, 2005). Bunun gibi sözleşmeler belirsiz süreli kabul edilmeli ve taraflarına süreli fesih hakkının tanınması gerekmektedir. Çünkü belirsiz süreli bir iş sözleşmesinde hangi olayın taraflarca vade olarak belirlenmesi değil, iş sözleşmesinin ne kadar bir süre için yapıldığı önem taşımaktadır (Süzek, 1976).

Bazı iş sözleşmelerinde kesin bir vade kararlaştırılmamakla beraber yapılacak işin amacından belirli bir süre için yapıldığı anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunumuzun 338. maddesi uyarınca, bu gibi sözleşmelerin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabulü gerekmektedir. Belirli süreli iş sözleşmesi sayılması için işin amacının belirli süreli olması yeterli değildir. Bununla beraber işçinin bu işin bitmesiyle beraber iş sözleşmesinin sona ereceğini biliyor olması gerekir (Güler, 2005).

4857 sayılı İş Kanununa göre de “belli bir işin tamamlanması” amacıyla yapılan iş sözleşmeleri belirli süreli iş sözleşmeleridir. Burada vade işin tamamlanmasıdır. Fakat bu durumda dikkat edilmesi gereken, işin tamamlanmasının önceden aşağı yukarı ne zaman gerçekleşeceğinin taraflarca tahmin edilebilir olmasıdır. Daha öncede belirtildiği üzere,

ne zaman gerçekleşeceği taraflarca belirlenemeyen bir olaya bağlanan iş sözleşmesi belirsiz süreli iş sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır.

Özel Hukuk açısından bakıldığında belirli süreli olarak kabul edilen bazı iş sözleşmeleri, İş Hukuku açısından belirsiz süreli kabul edilmektedir; belirli bir vadenin varlığı şüpheli olan iş sözleşmeleri, yenilenen belirli süreli iş sözleşmeleri, esaslı bir neden olmaksızın üst üste yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri bu sözleşmelerdendir (Mollamahmutoğlu, 2008).

3008 sayılı eski İş Kanununun uygulandığı zamandan beri, işçinin fesih bildirimine bağlı olarak sahip olduğu haklardan yararlanmasını engellemek isteyen işverenler, kısa süreli iş sözleşmeleri yaparak ve bunları yenileyerek iş ilişkilerini devam ettirmektedirler. Belirli süreli iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işveren ya işçiyle yeni bir iş sözleşmesi yapmamakta veya iş sözleşmesini yenilemediğini işçiye bildirmektedir (Çelik, 2009). Bu durumda işveren bildirim sürelerine uymak zorunda kalmayacak ve uzun yıllar işyerinde çalışan işçi bile kıdem tazminatından yararlanamayacaktır (Süzek, 1976). İş Kanunumuz İsviçre Hukukunda olduğu gibi, bu amaçla yapılan zincirleme iş sözleşmelerinde işvereni korumamıştır.

İş Kanununun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir”. Görülmektedir ki, belirli süreli iş sözleşmesinin birden çok üst üste yapılmasını gerektiren esaslı bir neden olduğu takdirde, kanunkoyucu zincirleme iş sözleşmesi yapılmasına olanak tanımıştır. Bu husus 11. maddenin üçüncü fıkrasında da açıkça ifade edilmiştir. Burada “birden fazla üst üste” sözünden ne anlaşılması gerektiğini belirtmek gerekir. Kanundaki ifadeye bakıldığında belirli süreli iş sözleşmelerinin bir kere yenilenmesi durumunda zincirleme iş sözleşmesinin varlığından söz edilmemesi gerekir. Ancak maddenin gerekçesine bakıldığında zaman belirli süreli iş sözleşmesi iki defa yapıldığı takdirde zincirleme iş sözleşmesi oluşmaktadır (Çelik, 2009). Zaten Kanunda “esaslı bir neden olmadıkça” ibaresi kullanılmış olduğu için zincirleme iş sözleşmesinin bir defa yapılmasını kabul etmek çelişkili bir durum oluşmasına neden olacaktır. Taraflar bir belirli süreli iş sözleşmesi yaptıktan sonra aynı nitelikte bir veya birden çok sözleşme yapmaları için ortada “esaslı bir neden” olmalıdır (Mollamahmutoğlu, 2008).

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında da iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste yapılması durumunda sözleşmenin başından itibaren belirsiz süreli sayılması gerektiği görülmektedir. Gerçekten Yargıtay'ın bu konudaki bir kararına göre,

“Davacı, davalıya ait işyerinde birbirini izleyen belirli süreli hizmet akitleriyle, başka bir deyişle zincirleme sözleşmelerle çalıştırılmıştır. Bu durumda davacının başlangıçtan itibaren süresi belirli olmayan hizmet akti ile çalıştığının kabulü gerekir. Dairemizin ötedenberi yerleşmiş uygulamaları da bu doğrultudadır. Gerçekten, ortada objektif haklı bir neden olmadıkça işçinin zincirleme sözleşmelerle çalıştırılması ve böylece belirsiz süreli hizmet akitlerine tanınan koruyucu hükümlerden kurtulmak amacının güdülmesi akit serbestisinin kötüye kullanılması halini oluşturur ve hukuk düzenince korunmaz”⁶⁸.

İş sözleşmesi belirsiz süreliye dönüştüğü takdirde, işçi bu tip sözleşmelerin koşullarından ve feshe karşı korumaya yönelik hükümlerinden yararlanabilecektir. Böylece bu aşamadan sonra işçinin iş sözleşmesini kötüniyetle fesheden işverenden kötüniyet tazminatı talep edebileceği açıktır. Belirli süreli iş sözleşmeleri sürenin bitiminde sona erecekleri için bunlarda feshe karşı korumaya yönelik herhangi bir hüküm uygulanmamaktadır.

Burada asgari süreli ve azami süreli iş sözleşmelerinin yapılıp yapılamayacağına ve bu tip sözleşmelerde kötüniyet tazminatının uygulama alanı bulup bulmayacağı konusuna değinmekte yarar vardır.

İş sözleşmesinin tarafları asgari bir süre belirleyerek bu sürenin bitiminden önce sözleşmenin süreli fesih yoluyla sona erdirilemeyeceğine karar verebilirler. Taraflar iş sözleşmesini ancak süre dolduktan sonra sona erdirebilirler. Sözleşme süre dolduktan sonra kendiliğinden sona ermez. Böyle bir durumda taraflar süre dolduktan sonra sözleşmeyi süreli fesih yoluyla sona erdirmedikleri takdirde, sözleşme belirsiz süreli sözleşme olarak devam etmektedir. Görüldüğü gibi asgari süreli iş sözleşmeleri belirli süreli iş sözleşmeleri değildir (Aktay ve diğerleri, 2009). Kanımca bu tip sözleşmeler belirsiz süreli sözleşmeye döndükleri andan itibaren kötüniyet tazminatının uygulama

⁶⁸ Yarg. 9. HD., 16.09.1993, E. 1993/12848, K. 1993/2920, <<http://www.kazanci.com/>>.

alanı içine girmektedirler. Ancak, asgari olarak belirlenen süre dolmadan önce bu tip sözleşmeler için kötüniet tazminatı sözkonusu olmamalıdır.

İş sözleşmesi azami süreli olduğu takdirde, belirlenen sürenin sona ermesiyle beraber sözleşme kendiliğinden sona erer. Burada taraflar süre dolmadan önce bildirimli fesih yoluyla veya haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Fesih hakkı bu süre içinde kullanılmadığı takdirde sözleşme süre bitiminde sona ermektedir (Aktay ve diğerleri, 2009). Azami süreli iş sözleşmelerinde belirlenen süre bitene kadar belirsiz süreli iş sözleşmelerinin tabi oldukları hukuki rejimin uygulama alanı bulacağı açıkça görülmektedir (Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 1976). Bu tip sözleşmelerde süreli fesih hakkı taraflara tanındığı için kötünietle fesih sözkonusu olduğu zaman kötüniet tazminatının istenilebilmesi gerekmektedir.

Taraflar bazı hallerde iş sözleşmesinde bir süre belirlemede fakat bu süre bittiği zaman sözleşmenin sona ermesi için belirli bir süre önce süreli fesih yapılması gerektiğini kararlaştırabilirler (BK. m. 339/II). Bu durumda süre sonunda taraflar sözleşmenin bozulması için bildirimde bulunmaz ise sözleşme yenilenmiş sayılmaktadır. Bu sözleşmelerde taraflar en baştan itibaren süreli fesih hakkına sahiptirler. Fakat fesih bildirimini süre bitmeden belirli bir zaman önce yapılmak şartıyla hükmünü sözleşmeyle belirlenen süre sonunda icra edebilmektedir (Süzek, 1976). Bu sözleşmelerin de önceden belirlenmiş kesin bir süresi olmadığı ve süreli fesih yoluyla sona erdirilmeleri nedeniyle belirsiz süreli iş sözleşmesi kabul edilmesi gerekir. Böylece bu tip iş sözleşmeleri dürüstlük kurallarına aykırı olarak işveren tarafından feshedilirse, işçi işverene karşı fesih hakkının kötüye kullanıldığını öne sürebilecektir.

Borçlar Kanununun 152. maddesi anlamında bozucu şarta bağlanmış bir iş sözleşmesi de olabilir. Bu durumda sözleşmenin bağlandığı olgunun ne zaman gerçekleşeceği bilinmemekle beraber gerçekleşip gerçekleşmeyeceği de bilinmemektedir. İş sözleşmesi bu şekilde bozucu bir şarta bağlanmış ise, artık bunun belirli süreli bir iş sözleşmesi olduğundan bahsedilemeyeceği açıktır. Bozucu şarta bağlı iş sözleşmelerinin tamamen geçersiz sayılmaları da hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bu nedenle bu tür sözleşmelerin kısmi butlanının kabulü ile, sözleşmeyi belirsiz süreli olarak kabul etmek yerinde olacaktır (Güler, 2005).

c. Süreli Fesih Hakkının Bir Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturması

Kötüniyet tazminatı isteyebilmenin bir koşulu da, işverenin süreli fesih hakkını usul ve süre açısından Kanuna uygun olarak kullansa dahi bu kullanımın öz ve esas bakımından işçiye zarar vermek için kötüniyetli olmasıdır (Dönmez, 2008).

Hukukumuzda iş güvencesinden yararlanmayan işçiler açısından, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde yasal bir sınırlama olmadan süreli fesih hakkı kendiliğinden doğduğu için, bu durumda işverenin fesih serbestisi sadece hakkın kötüye kullanılması teorisiyle sınırlanmıştır (Süzek, 2008). Süreli fesih hakkını kötüye kullanan işveren için yapılan fesih geçerli sayılacaktır bu açıdan dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılan fesihten bir farkı yoktur; ancak bazı tazminatların ödenmesi gerekecektir.

5- Kötüniyet Tazminatının Hesaplanması ve Miktarı

İş Kanunumuzun 17. maddesinin dördüncü fıkrasına göre “...fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir”. Görüldüğü üzere kötüniyet tazminatının hesaplanmasında hem faizi hem de zamanaşımı bakımından ihbar tazminatına ilişkin esaslar dikkate alınacaktır. Bu durumda öncelikle işçinin işyerindeki çalışma süresi belirlenmeli ve buna göre işverenin uyması gereken bildirim süreleri ortaya koyulmalıdır.

Daha önce de belirtildiği üzere, işçinin bildirim süresinin belirlenmesinde esas alınan çalışma süresi işe fiilen başladığı, işverene emeğini sunduğu gün ile fesih bildiriminin kendisine ulaştığı gün arasında geçen süredir. Belirtilen süre içerisindeki deneme süresi ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreler de işçinin çalışma süresinden sayılır.

Bildirim sürelerinin sözleşmelerle artırılması halinde kötüniyet tazminatının yasal bildirim sürelerine mi yoksa akdi sürelerle göre mi hesaplanacağı tartışılması gereken bir husustur.

Bildirim süresi, süreli fesihte tarafların her ikisinin de uyması gereken bir usul olarak öngörülmüştür. İş sözleşmesi fesih bildiriyle son bulmayıp, araya en azını Kanunun belirlediği süre konulmakta, ve bu sürenin bitmesiyle fesih bildiri hükmünü doğurmaktadır (Çenberci, 1984). Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce

bildirim sürelerine uyma zorunluluğu, karşı tarafın süreli fesih hakkının kullanılmasından dolayı uğrayacağı zararı azaltmak ve tarafların menfaatlerini dengelemek amacıyla getirilmiştir. Bununla karşı taraf fesihden belirli bir süre önce haberdar edilerek, bildirim süresi içinde işverene yeni işçi, işçiye ise yeni iş bulma imkanı sağlanmaktadır (Aktay ve diğerleri, 2009; Süzek, 2008).

Kanun tarafların uymakla yükümlü oldukları bildirim sürelerini belirlemektedir (BK. m. 340,341; İş K. m. 17). Taraflar Kanun hükümlerine aykırı olmamak şartıyla uymaları gereken bildirim sürelerini belirleyebilirler.

Borçlar Kanununda bildirim süreleri ameleler için bildirimden sonra girecek haftanın sonu, idarehane memur ve müstahdemleri için bildirimden sonra girecek ikinci hafta ve diğer iş sözleşmelerinde de ihbardan sonra girecek ikinci haftanın sonu olarak belirlenmiştir (BK. m.340/II). Ayrıca bir yıldan fazla süren iş sözleşmelerinde, bildirim süresi, bildirim yapıldıktan sonra gelecek ikinci haftanın sonu olarak belirlenmiştir (BK. m. 341/I). Bildirim sürelerinin belirlenmesinde takip eden haftanın sonu veya ikinci haftanın sonu ifadelerinin kullanılması, bildirim hangi gün yapılmış olursa olsun, takip eden hafta veya ikinci haftanın son günü olan Cumartesi günü sözleşmenin sona ereceğini göstermektedir (Oğuzman, 1955).

Borçlar Kanununda işçi ve işverenler açısından bildirim süreleri aynı belirlenmiş, taraflar için sözleşme ile farklı bildirim sürelerinin belirlenmesini engellenmiştir (BK. m.340/III).

Bildirim süreleri İş Kanununda da Borçlar Kanunundaki gibi işçi ve işveren açısından aynı tutulmuş; fakat belirlenmesinde işçinin kıdemi dikkate alınmıştır. İş Kanununun 17. maddesinde öncelikle belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun karşı tarafa bildirilmesi gerektiği belirtilmiş (İK. m.17/I), devamında da işçinin çalıştığı süreye göre artan ve hem işçi hem de işverence yapılan fesihlerde geçerli olan bildirim süreleri öngörülmüştür (İK. m.17/II). Sözü geçen madde uyarınca, işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta, işi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta, işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra iş sözleşmeleri feshedilmiş

sayılır. Deniz İş Kanununda bu bildirim süreleri aynen kabul edilmekle beraber (DİK. m.16/B), Basın İş Kanununda işçi ve işveren açısından farklı bildirim süreleri öngörülmüştür. İşverenin sözleşmeyi feshi durumunda bildirim süresi, en az beş yıl çalışmış olan gazeteci için üç ay, beş yıldan az çalışmış gazeteci için bir aydır (BİK. m. 6). Gazeteci sözleşmeyi feshetmiş ise, çalışma süresine bakmadan bildirim süresi bir aydır (BİK. m. 7).

Kanunda fesih süreleri belirtilmekle beraber, haftaların nasıl hesap edileceği belirtilmemiştir. Burada Borçlar Kanununun 76. maddesinin ikinci bendi uygulanmakta ve fesih bildirim haftanın hangi günü yapılmış ise, son haftanın aynı günü bildirim süresinin sona erdiği gün olarak kabul edilecektir (Aktay ve diğerleri, 2009). Bu durumda, bildirim süresi işçinin kıdemine göre muhataba bildirim yapılması ile başlayan ikinci, dördüncü, altıncı ve sekizinci haftanın aynı günü dolmuş ve iş sözleşmesi de sona ermiş olur (Çelik, 2009). Belirtilen süreler bildirim yapıldığı günden sonraki gün başlatılmalıdır.

Daha önce belirtildiği gibi, fesih bildirim karşı tarafa ulaştığı yani karşı tarafın hukuki alanına girdiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için, bildirim süreleri de bu andan itibaren işlemeye başlar. İş sözleşmesi bu süre içerisinde herhangi bir sebepten dolayı askıya alındığı takdirde, askı hali ortadan kalkana kadar bildirim süreleri işlemez (Süzek, 2008).

Bildirim sürelerinin belirlenmesinde, işçinin işine başladığı, işverene emeğini sunduğu gün çalışma süresinin başlangıcı olarak, fesih bildirim muhataba ulaştığı gün de çalışma süresinin sonu olarak dikkate alınmalıdır (Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 2008). Bu süreler içerisindeki deneme süresi ve iş sözleşmesinin askıda bulunduğu süreler işçinin çalışma süresinden sayılır (Oğuzman, 1955; Süzek, 2008).

Bildirim süreleri asgaridir ve sözleşmeler ile artırılabilmesi mümkündür (İK. m.17/III). Bu durumda, artırılması mümkün olmakla beraber azaltılması veya kaldırılması mümkün olmayan bildirim sürelerini düzenleyen hükümler nispi emredici hükümlerdir (Mollamahmutoğlu, 2008).

Bildirim sürelerini taraflar sözleşme ile kararlaştırmamışlarsa veya kararlaştırdıkları bildirim süreleri hukuken geçerli değil ise kanuni bildirim süreleri uygulama alanı bulmaktadır (Oğuzman, 1955). İş Kanunu uyarınca, Kanundaki asgari

sürelerin üzerinde olmak şartıyla iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleriyle bildirim süreleri belirlenebilir (İK. m.17/III). Belirtildiği gibi bildirim sürelerini düzenleyen kurallar nispi emredici nitelikte kurallar oldukları için tarafların anlaşmasıyla ortadan kaldırılamayacakları gibi azaltılamazlar.

Borçlar Kanununda işçi ve işveren açısından farklı bildirim sürelerinin belirlenemeyeceği belirtilmiştir (BK. m.340/III). Aynı hüküm mehz İsviçre Kanununda da yer almakla birlikte, burada aksi akdedildiği takdirde kararlaştırılmış olan daha uzun sürenin her iki tarafa da uygulanacağı kabul edilmiştir. Fransız mevzuatında ise sürelerin yalnızca işçi lehine uzatılabileceği kabul edilmiştir. Belirtilen fıkra hükmünün hukukumuzda ne şekilde yorumlanması gerektiği tartışmalı bir konudur. Bir görüş, bu hükmün taraflar arasında eşitlik sağlamak için konulduğunu ve değişik bildirim sürelerinin kararlaştırılmasının batıl olması gerektiğini savunurken (Oğuzman, 1955). Başka bir görüş ise, bu hükmün amacının işçiyi korumak olduğunu ve bu nedenle işçi yararına olarak farklı şekilde belirlenmiş bildirim sürelerinin hukuken geçerli olacağını savunmuştur (Aktay ve diğerleri, 2009; Çelik, 2009; Esener, 1978; Mollamahmutoğlu, 2009; Süzek, 2008). Gerçekten İş Hukukunun temel ilkesinin işçinin işverenden daha kötü duruma düşmesinin engellenmesi olduğu düşüncesinden hareketle, buradaki eşitlik kuralı mutlak olarak alınmamalıdır (Kaplan, 1987). Bundan dolayı bildirim süreleri işçi yararına artırılabilir de işveren yararına artırılmamalıdır. Böylece bildirim sürelerinin Kanunda düzenlenme amacına da uygun hareket edilmiş olacaktır.

Bildirim sürelerindeki artırımın sadece işveren için geçerli olacağı, bu yönde yapılacak artırımın işçiyi bağlamayacağı Yargıtay kararlarında da kabul edilmektedir⁶⁹. Yargıtay'ın bu konudaki bir kararına göre,

“Davacı banka hizmet sözleşmesini önelsiz fesheden davalı işçiden ihbar tazminatı talebinde bulunmuş, mahkemece yasada öngörülen süreler üzerinden değil Toplu İş Sözleşmesi ile yükseltelen süreler üzerinden hesaplama yapan bilirkişi raporuna uygun olarak ihbar tazminatına karar verilmiştir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre işçi lehine öneller artırabilirse de işveren lehine artırılamaz. Bu bakımdan ihbar tazminatı hesabında 1475 sayılı iş

⁶⁹ Yarg. HGK., 06.12.2000, E. 2000/9-1709, K. 2000/1768, <<http://www.kazanci.com/>>.

kanununun 13. maddesinde öngörülen öneller üzerinden hesaplanmak üzere kararın bozulması gerekmiştir”⁷⁰.

İş Kanununda düzenlenen hükümler ekonomik olarak güçsüz durumda olan işçiyi koruma amacı taşıdığından dolayı emredici niteliktedir (Aktay ve diğerleri, 2009). Mutlak emredici hükümlerin yanında işçi yararına değiştirilebilen nispi emredici hükümler de İş Kanununda yer almaktadır. Daha önce de bahsedildiği üzere, İş Kanununun 17. maddesi nispi emredici niteliktedir ve sözleşmelerle bildirim süreleri aynı uzunlukta artırılabilmesi gibi işverenin tabi olacağı sürenin işçinin tabi olacağı süreden daha uzun olarak belirlenebilmesi de mümkündür (Süzek, 2008).

Basın İş Kanunu uyarınca da, işverenin feshi bakımından öngörülmüş olan bildirim süresinin, gazeteciye oranla daha uzun tutulmuş olması da (BİK. m.6-7), ikinci görüşün İş Hukukunun pozitif kaynaklarına göre doğrulandığını göstermektedir (Mollamahmutoğlu, 2008).

Öğretide konuyla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Günay’a göre,

“İhbar önellerinin asgari olduğu ferdi veya toplu iş sözleşmeleriyle artırılabilmesi anılan maddenin (B) bendinde kabul edilmiş ise de, kötüniet tazminatının belirlenmesinde sadece (A) bendinde yazılı önellerin üç katı kadar tazminat ödenecektir” (2004: 449).

Bu durumda kötüniet tazminatının ihbar tazminatının üç katı tutarında olduğu anlayışı kendi içinde çelişmiş olacaktır.

Yargıtay’ın bazı kararlarında, sözleşmelerle bildirim sürelerinin artırılması durumunda, artırılan sürelerin değil yasal bildirim sürelerinin kötüniet tazminatını hesaplamada dikkate alınması gerektiğini belirttiği görülmüştür⁷¹. Ancak Yargıtay eski İş Kanununun 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halini dikkate alarak böyle bir kaniya varmıştır. eski İş Kanunu metninde kötüniet tazminatının miktarı “A bendinde yazılı önellere ait ücretlerin üç katı tutarı” şeklinde kaleme alınmıştır. Yargıtay’ın bu metinden yola çıkarak aldığı kararın yeni düzenleme karşısında bir önemi kalmamıştır. eski İş Kanununu değiştiren 4773 sayılı Kanun gibi 4857 sayılı yeni İş Kanunu da yasal bildirim sürelerini amaçlamadan yalnızca “bildirim süresi” ifadesine yer vermektedir. Şu

⁷⁰ Yarg. 9. HD, 29.09.1998, E. 1998/11002, K. 1998/13716 (Çalık, 2005: 90)

⁷¹ Yarg. 9. HD., 23.09.1997, E. 1997/9751, K. 1997/16252 (Mollamahmutoğlu, 2008: 696).

halde bildirim süreleri sözleşme ile artırıldığı takdirde, artırılan süreye ilişkin ücretlerin üç katı tutarı kötüniet tazminatının hesaplanmasında dikkate alınmalıdır (Aktay ve diğerleri, 2009; Mollamahmutoğlu, 2008).

Zaten fesih bildirim sürelerine uymamanın cezası niteliğindeki ihbar tazminatında artırılmış süreler esas alınırken, işverenin sözleşmeyi kötünietli feshetmesinin cezası niteliğinde olan kötüniet tazminatında Kanundaki asgari sürelerin esas alınması, istenmeyen bir durum mahiyetindeki kötünietli feshi yumuşak bir cezaya bağlamak olacaktır (Akyiğit, 2008).

Ancak, her ne kadar İş Kanunumuzun 17. maddesinde bildirim sürelerinin asgari olup sözleşmeler ile artırılacağı belirtilmişse de, İş Hukukunun işçiyi koruma ilkesi gereğince işçi yararına artırma yoluna gidilebilmelidir. Şu halde, işveren bildirim süresi vermeden istifa ederek işten ayrılan işçiden ihbar tazminatı istemiş ise, toplu iş sözleşmesinde artırılmış bir ihbar süresi olsa da, davalı işçinin çalışma süresine göre yasal bildirim süresi üzerinden ihbar tazminatı hesaplanarak hüküm verilmelidir⁷².

Bildirim süreleri artırılmaksızın yalnızca ihbar tazminatı miktarının artırılması, Kanun hükmünün kamu düzenine ilişkin olmasından dolayı hukuken mümkün değildir. Zira ihbar tazminatı Kanunda “bildirim süresine ilişkin ücret tutarı...” olarak saptanmış ve bu sürelerin asgari olduğu, sözleşmelerle artırılacağı belirtilmiştir. Bu durumda daha önce belirtildiği gibi sözleşmelerle artırılan bildirim süreleri ödenecek tazminatı da artıracığı için bildirim süresi artırılmadan tazminat miktarının artırlamayacağı Kanuna daha uygun gözükmektedir (Mollamahmutoğlu, 2008).

Kötüniet tazminatının, ihbar tazminatının üç katı olan ayrı bir tazminat olup olmadığı tartışılması gereken bir diğer konudur. Yargıtay kararlarında kötüniet tazminatı ihbar tazminatının vasıflı bir şekli olarak kabul edilmiş ve ihbar tazminatı ödendiği takdirde ayrıca ihbar tazminatının iki katı tutarında olan kötüniet tazminatının ödenmesi gerektiği belirtilmiştir⁷³.

Ancak ihbar tazminatı ve kötüniet tazminatlarının hem nitelikleri hemde amaçları açısından farklılıkları mevcuttur. Öncelikle ihbar tazminatı iş sözleşmesinin taraflarının bildirim sürelerine uymasını amaçlamaktadır. Kötüniet tazminatında ise

⁷² Yarg. 9. HD., 04.03.1998, E. 1998/564, K. 1998/3399 (Dönmez, 2008: 82).

⁷³ Yarg. 9. HD., 10.02.1992, E. 1991/1310, K. 1992/1209 <<http://www.kazanci.com/>>.

daha önce de belirtildiği gibi işverenin iş sözleşmesini objektif iyiniyet kurallarına aykırı biçimde feshetmesinin önüne geçilmek istenmektedir (Ertürk, 2006). Ayrıca ihbar tazminatı hem iş güvencesinden yararlanan işçileri hem de iş güvencesinden yararlanamayan işçileri kapsadığı için daha geniş bir uygulama alanına sahiptir (İK. m. 17/XI). Bu durumda ihbar tazminatı ve kıdem tazminatının birbirlerinden ayrı iki yaptırım olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır.

İş Kanunumuzun 17. maddesinin beşinci fıkrasında bu konuyla ilgili çözüm yer almaktadır. Anılan fıkra uyarınca, fesih için bildirim şartına uyulmadığı takdirde bildirim sürelerinin üç katı tutarındaki kötüniyet tazminatının yanında ayrıca ihbar tazminatına da hükmedilmesi gerekecektir. Bu durumda iş sözleşmesi işveren tarafından süre verilmeksizin kötüniyetli feshedilir ise, 3+1 ihbar tazminatı tutarında kötüniyet tazminatı hüküm altına alınacaktır (Günay, 2007, Kılıçoğlu, 2005).

İş Kanunumuzun 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesine aykırı davranış sayılacak bir fesih halinde, bunun genel olarak kötüniyetli fesih sayılacağı üzerinde durulması gereken bir konudur. Anılan maddenin birinci fıkrasında dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve meshep ve benzeri nedenlerle iş ilişkisinde ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Örneğin, işçinin siyasal düşüncesi veya hamileliği nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde böyle bir durumla karşı karşıya kalınmış olacaktır. Eşit davranma ilkesinin düzenlendiği 5. madde uyarınca, işçinin dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminatı ve yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilecektir (İK. m. 5/XI). Burada tartışılması gereken, hem kötüniyetli feshin hem de işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın kapsamına girecek bir durumda işçiye yalnızca 5. maddede düzenlenen en çok 4 aya kadar olan ücreti tutarındaki uygun bir tazminatın mı, bildirim sürelerinin üç katı tutarındaki kötüniyet tazminatının mı, bunlardan yüksek miktarda olanının mı, yoksa her ikisinin birden mi ödeneceğidir (Akyiğit, 2008). Bir görüşe göre, Kanunda işçinin ayrımcılık tazminatından başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği açık olarak belirtilmiştir (İK. m. 5/VI). Ayrımcılık oluşturan diğer hallerden farklı olarak kötüniyetli fesih yapımı Kanunun 17. maddesinde ayrıca öngörölmüş olduğu için ayrımcılık oluşturan bir fesih halinde hem ayırım hem kötüniyet tazminatı talep edilebilmelidir. (Mollamahmutoğlu, 2008; Süzek, 2008). Öğretide ayrımcılığın kötüniyetin özel bir hali olduğunu ve aynı davranışından dolayı işverenin iki ayrı

tazminata hükmedilemeyeceğini, bu nedenle kötünîyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenemeyeceğini savunan görüşler de mevcuttur (Çelik, 2009). Kanaatimce kötünîyetli fesih yapılmasının engellenmesi amacıyla her iki tazminatın birden ödenmesi bu soruna en uygun çözüm olarak gözükmektedir. Nitekim İş Kanunumuzun 5. maddesinin altıncı fıkrasında “2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.” kuralına yer verilmekle ayrımcılık tazminatı ile birlikte sadece sendikal tazminatın talep edilemeyeceği hükme bağlanmıştır (Süzek, 2008). Bu durumda iş sözleşmesinin feshi ayrımcılık oluşturduğu takdirde ayırım ve kötünîyet tazminatı birlikte istenilebilecektir.

Kötünîyet tazminatının işçinin son ücreti üzerinden hesaplanması gerekir. İşçinin son ücreti bildirim süresinin son günündeki ücretidir. İhbar tazminatı peşin ödenmeden iş sözleşmesi feshedilmiş ise, işçi bildirim süresi içerisinde gerçekleşen ücret ve kıdem tazminatı tavanı gibi işçilik haklarındaki artışlardan yararlandırılmalıdır. Başka bir deyişle, iş sözleşmesi bildirim süresi boyunca taraflar arasında yürürlükte olduğu için, bu süre içerisinde toplu iş sözleşmesi ile işçilere bir zam yapılır ise, bu zammın da işçinin ücretinde göz önünde tutulması gerekir (Süzek, 1976). Taksitler halinde yapılan ödemelerin tam ve peşin ödeme koşulunu gerçekleştirmediği açıktır. Bu durumda işçinin çalışma süresine göre bildirim süresi hesaplanıp, bu süre içerisinde gerçekleştirilen ücret zamlarından işçinin yararlandırılmasının kabul edilmesi İş Hukukunun işçiyi koruyucu ilkesine uygun düşmektedir⁷⁴.

Yargıtay’ın da kabul ettiği görüşe göre işveren işçinin iş sözleşmesini bildirim süresi vererek feshetmek istemiş, fakat işçinin hizmet süresine göre gerçekleşen sürenin dolmasını beklemeden kalan süre için ihbar tazminatı olarak kısmi ödemede bulunup işine son vermiş ise, yasal bildirim süresi içerisinde gerçekleşecek haklardan işçiyi yararlandırması gerekecektir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, davacı işçi; işyerinde 20.11.1984 tarihinde çalışmaya başlamış, iş sözleşmesi 28.07.1989 tarihli bildirimle 27.08.1989 tarihinde feshedilmiştir. İşçi çalışmış olduğu süreye göre gerçekleşen sekiz haftalık ihbar süresi kendisine tanınmadığı için ihbar ve kıdem tazminatlarının, işyerinde uygulanmakta olan

⁷⁴ Yarg. HGK, 03.02.1999, E. 1999/9-35, K. 1999/54 (Dönmez, 2008: 97-99).

toplu iş sözleşmesi ile 01.09.1989 tarihinde getirilen ikinci yıl zamları dikkate alınmadan ödendiğini ileri sürerek fark, kıdem ve ihbar tazminatlarının işverenden tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı işveren davacı dahil bütün işçilere 28.07.1989 tarihinde yaptığı bildirimle işyerinin ekonomik nedenlerden ötürü kapatılacağını ve iş sözleşmesinin 27.08.1989 tarihinde feshedildiğinin bildirildiğini, bu tarihe kadar işçinin ücreti ile iş arama izni ücretinin ödendiğini ve feshin 26 günlük ihbar tazminatı işçiye peşin verilerek gerçekleştirildiğini savunarak davanın dayanaksız olduğunu öne sürmüştür. Yerel mahkeme, 28.07.1989 bildirim tarihinden 27.08.1989 fesih tarihine kadar geçen otuz günlük ücret ve iş arama ücretinin yanında 56 günlük yasal ihbar süresinden arda kalan 26 gün üzerinden hesap edilen ihbar tazminatının işçiye ödenmiş olduğunu ve işçinin de ihtirazi kayıt koymadan bordroyu imzalayarak ihbar ve kıdem tazminatlarını aldığını belirtip davayı reddetmiştir.

Yargıtay fesih bildiriminin bozucu yenilik doğuran bir hak olup, muhatabına ulaştığı anda sonuç doğuracağını belirtmiş ve sözleşmenin süre verilerek feshedileceği bir kez bildirildikten sonra, artık bu bildirimden dönülerek daha önceki bir tarihte sözleşmenin feshedildiği ve o tarihe kadarki ücretin ödendiği ileri sürülerek kalan süre için ihbar tazminatı ödeme olanağının olmadığını belirtmiştir. Yargıtay'a göre ihbar süreleri kamu düzeni ile ilgili olup, buyurucu niteliktedir. Anılan olayda, işyeri binasına ait kira sözleşmesinin sona ereceği de dikkate alınarak kapatılacağı gerekçesiyle davacı işçinin iş sözleşmesinin 27.08.1989 tarihine kadar süre verilerek feshedileceği bildirilmiştir. Bu durumda davacının geçen hizmet süresine göre sekiz haftalık yasal ihbar süresi bölünmüş ve giderek kısaltılmıştır. Ayrıca sekiz haftalık ihbar süresinin bitim tarihi 23.09.1989'dur. Yargıtay iş sözleşmesi süre verilerek bu tarihte sona ereceği için, işçinin 01.09.1989 tarihinde gerçekleşen Toplu İş Sözleşmesinin ikinci yıl zamlarından yararlandırılması ve dolayısıyla da ihbar ve kıdem tazminatlarının bu zamlarla oluşan ücret üzerinden hesaplanması gerektiğini belirtmiştir. Bununla beraber işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarını tam olarak almış olduğuna dair ibranameyi düzenlemiş ve bordroları da ihtirazi kayıtsız imzalamış olması varılan sonucu değiştirmemektedir.⁷⁵

⁷⁵ Yarg. HGK., 25.09.1991, E. 1999/9-338, K. 1999/426 (Dönmez, 2008: 101-103).

İşverenin bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle bildirim sürelerini beklemeksizin, iş sözleşmesini kötüniyetle feshetmesinde ise durum biraz daha karışıktır. Doktrinde iş sözleşmesinin bildirim süresine ait ücret peşin ödenerek bildirim süresi beklenmeden de olsa feshedilmesi halinde, işçinin bildirim süresi içerisinde gerçekleşecek bütün işçilik haklarından vazgeçmiş sayılmaması ve bu süre içerisinde gerçekleşecek hakların ücret hesaplanırken dikkate alınması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur (Aktay ve diğerleri, 2009; Oğuzman, 1955; Subaşı, 1993). Bu durumda bildirim süresi içerisinde kaldığı için örneğin toplu iş sözleşmesi zammından, ihbar ve kıdem tazminatı zammından ve bayram ikramiyesinden faydalanamayan işçinin yalnızca işverene tanınmış bir haktan dolayı bildirim süresine ilişkin haklardan mahrum kaldığı ve bu durumun da işçinin korunması ilkesiyle bağdaşmayacağı kabul edilmektedir (Aktay ve diğerleri, 2009).

Ancak işveren bildirim süresine ilişkin ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini feshederken yenilik doğurucu bir hakkı kullanmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi işçinin çalışma süresi fesih bildirimimin kendisine ulaşmasıyla sona ermektedir. Böyle bir durumda bildirim süresi içerisinde işçi ve işveren arasında hiçbir hukuki ilişki olmayacağı için, işçi yararına doğmuş bir haktan söz edilmemelidir (Dönmez, 2008; Süzek, 1976). Yargıtay'ın yerleşik kararlarında da sözleşmenin peşin ücret ödenmekle kural olarak derhal sona ereceği belirtilmiştir. Böylece bildirim süreleri işçinin kıdemine dahil edilemeyeceği gibi bildirim süreleri boyunca gerçekleşecek haklar da ihbar ve kıdem tazminatına eklenemez⁷⁶. Hatta Yargıtay'a göre, bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesiyle yapılan fesihlerde, bildirim süresinin hizmet süresine eklenebileceğine ilişkin bir hüküm toplu iş sözleşmesine konulamaz, hüküm varsa geçerli sayılamaz⁷⁷.

Burada belirtmek gerekir ki, her ne kadar bildirim süresinin hizmet süresine eklenebileceğine ilişkin bir hüküm konulamaz ise de, iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde açık bir hüküm bulunduğu takdirde, bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesiyle sözleşmenin feshedildiği durumlarda bildirim süresi içerisinde gerçekleşecek haklardan yararlanmak mümkündür.

⁷⁶ Yarg. HGK., 08.05.1991, E. 1991/9-148, K. 1991/245 (Mollamahmutoğlu, 2008: 685).

⁷⁷ Yarg. HGK., 24.06.1983, E. 1982/9-256, K. 1983/747 <<http://www.kazanci.com/>>.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı işçinin iş sözleşmesi 22.08.1991 tarihinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek işveren tarafından feshedilmiştir. İşçi açtığı dava ile, işyerinde yürürlükte olan 01.09.1990-01.09.1992 süreli ve 14.01.1991 tarihinde imzalanmış olan toplu iş sözleşmesinde yer alan açık hükme dayanarak ihbar süresi içerisinde gerçekleşen ücret zammının ihbar ve kıdem tazminatlarına yansıtılmasını ve farkların işverenden tahsil edilmesine karar verilmesini istemiştir. Toplu iş sözleşmesinde yer alan açık hükme göre, ihbar tazminatının tamamen peşin ve nakden ödenmesi halinde işçi mevcut çalışmalarına yasal bildirim süresinin de ilavesiyle ek bir hak kazanabiliyorsa bu haktan faydalanacaktır. Yargıtay bir toplu iş sözleşmesi hükmünün ancak emredici hukuk kurallarına veya ahlak veya adaba aykırı olması ya da konusunun imkansız olması halinde hükümsüz olacağını ve anılan sözleşme hükmünün emredici kurallara aykırılığının söz konusu olmadığını belirterek davacı işçinin 01.09.1991 tarihli 2 yıl ücret zammından yararlanması gerektiğini kabul etmiştir⁷⁸.

Yargıtay peşin ücret ödemeye iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğunu belirterek, yalnızca ödemenin tam ve peşin yapılmamış olması ile işverenin kötüniyetle peşin ödeme yaparak iş sözleşmesini feshetmesinin kesin olduğu durumlarda uygulanmayan bildirim süresi içerisinde gerçekleşecek haklardan işçinin faydalanabileceğini kabul etmiştir⁷⁹. Burada kötüniyetle yapılan feshin amacı işçinin bildirim süresi içerisinde gerçekleşecek haklardan yararlanmasının engellenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak belirtildiği üzere yapılan feshin kötüniyetli olduğunun kesin olması gerekir. Örneğin işçinin iş sözleşmesi bildirim süresine ait ücret peşin ödenerek feshedildikten sonra, bildirim süresi içerisinde yürürlüğe giren toplu iş sözleşmesi tek başına kötüniyetin varlığını ispatlamamaktadır. Burada toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi bildirim süresi içerisinde kalmakla beraber imzalanmasının bildirim süresinin dışında kalan daha ileri bir tarihte olması durumunda işverenin kötüniyetli olduğu düşünülmemelidir⁸⁰.

⁷⁸ Yarg. 9. HD., 08.12.1993, E. 1993/17878, K. 1993/17436 (Dönmez, 2008: 92).

⁷⁹ Yarg. 9. HD., 25.09.1995, E. 1995/8979, K. 1995/27973 (Mollamahmutoğlu, 2008: 686); Yarg. 9. HD, 19.11.1979, E. 1979/10099, K. 1979/13883 (Mollamahmutoğlu, 2008: 686).

⁸⁰ Yarg. 9. HD., 08.04.1991, E. 1991/4473, K. 1991/7311 (Dönmez, 2008: 95-96).

İşçinin raporlu olduğu dönem içerisinde iş sözleşmesi bildirim süresine ait ücret peşin ödenerek feshedilmiş olabilir. Raporlu bir işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edildiği için, rapor süresi içerisinde yürürlüğe giren toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan işçinin yararlanması mümkündür (Dönmez, 2008).

Bir işçinin iş sözleşmesi askıya alınmış, daha sonra bir çalışması olmamış ise ihbar tazminatı ve dolayısıyla kötüniyet tazminatı iş sözleşmesinin hesaplanmasında askıya alındığı tarihteki ücret esas alınır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre,

“...mevsimlik işçi olarak davalıya ait işyerinde çalışan davacının hizmet sözleşmesi 28.10.1995 tarihinde askıya alınmış olup daha sonra işyerinde çalışması sözkonusu olmadığına göre ihbar ve kıdem tazminatlarına esas olan ücretin askı tarihindeki ücret olması gerekir. Sanki işyerinde çalışmış gibi yeni mevsimin açıldığı tarihteki ücret üzerinden hesaplama yapılması hatalıdır”⁸¹.

Ancak, zincirleme iş sözleşmelerinde her bir iş sözleşmesi belirli bir zaman dilimini kapsamış olsalar dahi ortada bir tane belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bunların bildirim süreleri hesaplanırken sadece zincirleme sözleşmelerden sonuncusunun hizmet süresi değil, askı sürelerinin dışında kalan, çalışılmış sayılan bütün süreler dikkate alınır (Dönmez, 2008).

İş sözleşmesi feshedildikten sonra bir toplu iş sözleşmesi imzalanmış olabilir. Eğer fesihden sonra imzalanan toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi fesih tarihinden önceki bir tarihe denk gelmiş ise işçi toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir. Bu durumda işçiye ödenmesi gereken kötüniyet tazminatı hesaplanırken toplu iş sözleşmesinde işçi yararına doğacak haklar dikkate alınmalıdır (Süzek, 1976).

Bu konudaki bir Yargıtay kararında işçinin iş sözleşmesi 21.08.1988 tarihinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedilmiştir. İşçi fesih tarihinden sonra imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanarak ihbar tazminatının buna göre hesap edilmesini talep etmiştir. İşyerinde 23.09.1988 tarihinde imzalanan ve 01.04.1988-31.03.1990 tarihleri arasını kapsayan toplu iş sözleşmesinin, 36. maddesinin (E) bendine göre, “ihbar önellerine ait ücretlerin peşin ödenmek suretiyle aktin feshi halinde, varsa bu süre içinde ücret ve sosyal yardımlarda, toplu iş sözleşmesiyle meydana gelecek

⁸¹ Yarg. 9. HD., 10.02.1998, E. 1997/20410, K. 1998/1311 (Dönmez, 2008: 83).

artışlarda peşin ödenecek ihbar tazminatı hesabında nazarı itibare alınacaktır". Yerel mahkeme toplu iş sözleşmesi imzalanmadan önce davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davayı reddetmiştir. Yargıtay mahkemenin toplu iş sözleşmesinde yer alan açık hükmü dikkate almadığını belirterek kararı bozmuştur⁸².

Neredeyse bütün işkollarında yapılan toplu iş sözleşmelerinde, işçi sendikasına üye olan ya da üye olabilecek durumda bulunan müdürler, şefler, mühendisler gibi genellikle yönetim kademelerinde çalışan personelin sözleşmenin kapsamı dışında bırakıldığı ve iş sözleşmesi alanına terkedildiği görülmektedir (Çelik, 2009). Bu kişiler İş Kanununa tabi olup toplu iş sözleşmesine taraf olmaksızın kapsam dışı personel olarak istihdam edilirler. Bahsedilen kapsam dışı personel için kötüniyet tazminatının hesaplanmasında esas alınacak olan bildirim süresi, iş sözleşmesinin feshi tarihinde tabi olduğu personel yönetmeliğinde öngörülen süredir. İş sözleşmesinin devam ettiği önceki dönemde toplu iş sözleşmesindeki sürelerin kapsam dışı personel için uygulanmış olması ve işçinin bundan iş sözleşmesi devam ettiği için yararlanamamış olması sebebiyle kazanılmış bir hakkın ihlali sözkonusu olmaz⁸³.

İş Kanunumuzun 17. maddesinin yedinci fıkrasına göre kötüniyet tazminatı için ödenecek miktar hesaplanırken işçinin ücretine ek olarak işçiye sağlanmış olan para ve parayla ölçülebilmesi mümkün olan sözleşme ve Kanundan doğan diğer menfaatlerin hepsi eklenecektir. Buna benzer bir hüküm eski İş Kanununun kıdem tazminatıyla ilgili 14. maddesinin onbirinci fıkrasında da yer almaktadır.

Yargıtay'ın ihbar tazminatının bildirim süresindeki gün sayısı ile kıdem tazminatına esas alınan giydirilmiş günlük ücretin çarpılmasıyla hesaplanacağına dair kararı mevcuttur⁸⁴. Daha önce belirtildiği üzere kötüniyet tazminatının hesaplanmasında ihbar tazminatına ilişkin esaslar dikkate alınacağı için kötüniyet tazminatı içinde aynı kural geçerli olacaktır. Şu halde, giydirilmiş brüt ücret ile bildirim süresine ilişkin gün sayısının çarpılmasıyla bulunan miktarın üç katı tutarı kötüniyet tazminatının miktarını vermektedir. (Mollamahmutoğlu, 2008, Süzek, 1976). İşçinin sabit bir ücreti yoksa,

⁸² Yarg. 9. HD., 30.04.1990, E. 1990/1699, K. 1990/5329 (Dönmez, 2008: 88).

⁸³ Yarg. HGK., 06.05.1998, E. 1998/9-312, K. 1998/329, (Dönmez, 2008: 85-86).

⁸⁴ Yarg. 9. HD., 15.09.1987, E. 1987/8223, K. 1987/7862, (Mollamahmutoğlu, 2008: 680).

işçiye son bir yıl içerisinde ödenen ücretin o süre içerisinde çalışılan günlere bölünmesi ile kıdem tazminatına esas alınacak ücret bulunmaktadır (Dedeoğlu, 2009).

Burada giydirilmiş ücreti meydana getiren ücret eklerinin kötüniyet tazminatında hangi esaslara göre dikkate alınacağı üzerinde durmakta yarar vardır. Yargıtay'ın 15.05.1957 tarihli içtihadı birleştirme kararı⁸⁵ ile asıl ücrete ek olarak “İşçinin gıda, mesken, sağlık, yakacak ve aydınlatma gibi zaruri ihtiyaçlarını karşılayacak kıfayette olmak üzere iş karşılığında para ve ayın olarak ve arızı olmayan her türlü ödemelerin ve bu arada hususi surette iyi olan bir hizmeti karşılığı olarak ödenen primlerin veya bu mahiyetteki yıllık ikramiyelerin” giydirilmiş ücret içerisinde yer alacağı belirtilmiştir. Bu durumda asıl ücret ile beraber Kanun veya sözleşmeden doğan, devamlı nitelikte olan, para veya para ile ölçülmesi mümkün olan, işçi tarafından hak kazanılmış ödemelerin tümü giydirilmiş ücrete dahil edilirler. Ancak, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin onbirinci fıkrasında ödemenin bir iş karşılığında yapılacağından bahsedilmediği için yapılan ödemelerin bir iş karşılığı olup olmadığı önem taşımamaktadır (Mollamahmutoğlu, 2008).

Burada belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın da kabul ettiği görüşe göre toplu iş sözleşmesinde her yıl için Kurban ve Ramazan Bayramlarında işçilere verilmesi öngörülen bayram harçlığı sürekli nitelikte kabul edilerek, kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaktadır⁸⁶.

Devamlı nitelikte olmayan fazla mesai ücreti, çalışılan genel tatil ve hafta tatili ücreti ve jestion gibi kazançların hesaplama yapılırken gözönüne alınmaması gerektiği ortadadır (Dönmez, 2008: 81). Yargıtay'ın aynı yönde kararları mevcuttur⁸⁷. Yargıtay'ın konu hakkındaki bir kararına göre,

“...ihbar tazminatı hesabına esas olacak bir günlük ücret tutarının hesabı İş kanununun [Kanununun] 26 ıncı maddesine göre hesaplanacaktır. Fazla mesai ücreti, çalışılan genel tatil ve hafta tatili gibi arizi nitelikte ve bir iş karşılığı olan ücret ödemeleri ihbar tazminatı hesabında nazara alınmaz. – O halde; mahkemece yapılacak iş, işyerine ait bordroları celbederek ihbar tazminatı hesabına esas

⁸⁵ Yarg. İBGK., 15.05.1957, E. 1956/13, K. 1957/10 (Mollamahmutoğlu, 2008: 832).

⁸⁶ Yarg. 9. HD., 20.05.1991, E. 1991/725, K. 1991/8693 (Kazancı İHD., Nisan 1991: 299).

⁸⁷ Yarg. 9. HD., 28.06.2004, E. 2004/17373, K. 2004/15887 (Legal İHSGHD., Ocak 2005: 315).

olacak bir günlük ücreti tespit etmek ve neticesine göre hesap edilen ihbar tazminatına hükmetmektir”⁸⁸.

İş Kanunumuzun 49. maddesinin ikinci fıkrasında parça başına, akort, götürü veya yüzde usulü ile çalışan işçilerin günlük ücretinin ödeme döneminde kazandığı ücretin aynı süre içinde çalıştığı günlere bölünmesi ile hesaplanır. İşçinin belirli aylıkla çalışması halinde, günlük ücreti tatil günleri dahil edilerek aylık ücretinin otuza bölünmesiyle hesaplanır.

6- Kötüniyet Tazminatı ve Sendikal Tazminat İlişkisi

Kavram olarak bireysel sendika özgürlüğü işçinin; istediği sendikaya istediği zaman üye olup olmama, üye olduğu sendikadan istediği zaman ayrılabilme, başka bir sendikaya üye olma ve üye olduğu sendikanın faaliyetlerine katılma özgürlüğü şeklinde tanımlanabilir (Özveri, 2005).

Bu kavram hukukumuza 1961 Anayasasının 46. maddesiyle girmiştir. Anılan madde uyarınca, “İşçiler ve işverenler, önceden izin almaksızın, sendikalar ve sendika birlikleri kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılma hakkına sahiptirler”.

Bireysel sendika özgürlüğü 1982 Anayasasının 51. maddesinde ise, “Sendikalara üye olmak ve üyelikten ayrılmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya, üye kalmaya, üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” şeklinde daha açık bir ifadeyle düzenlenmiştir. Sendikalar Kanununun 22. maddesi de Anayasanın 51. maddesine uygun olarak düzenlenmiştir. Anayasa hükümlerine ilaveten Sendikalar Kanununda ayrıca aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olunamayacağı, üye olunur ise sonraki üyeliklerin geçersiz olacağı belirtilmiştir (SK. m. 22/I).

Bireylerin serbestçe istedikleri sendikaya üye olması, üye kalması ve üyelikten ayrılabilmesi pozitif sendika özgürlüğü olarak da ifade edilmektedir (Aktay ve diğerleri, 2009; Çelik, 2009). Pozitif sendika özgürlüğünün amacı, birey ile sendikanın tamamen serbest iradeye dayalı bir üyelik ilişkisi içerisinde olmalarını sağlamaktır (Aktay ve diğerleri, 2009). Bireyler kendilerine en uygun gördükleri sendikayı seçme hakkına sahip olurlar (Çelik,2009).

⁸⁸ Yarg. 9. HD., 30.04.1973, E. 1972/39790, K. 1993/13890 (Dönmez, 2008: 82).

Negatif sendika özgürlüğü ise, bireyin sendikasız kalabilmesini ve herhangi bir sendikaya üye olmadan işyerinde çalışmaya devam edebilmesini ifade etmektedir. Negatif sendika özgürlüğünde hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya, üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlanmaması amaçlanmaktadır. Negatif sendika özgürlüğünde kişi en başta işverene ve sendikaya karşı korunmaktadır (Aktay ve diğerleri, 2009). Bununla işverenin çalıştırdığı işçileri belirli bir sendikaya veya herhangi bir sendikaya üye olmaya veya sendika üyeliğinden ayrılmaya zorlamasının önüne geçilmiştir (Çelik, 2009).

Daha önce de belirtildiği üzere genel olarak fesih hakkının kötüye kullanılması İş Kanunumuzun 17. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Bununla beraber, Sendikalar Kanununun 31. maddesinde iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler tarafından talep edilebilecek olan ve iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshini daha ağır yaptırıma bağlayan bir hüküm düzenlenmiştir.

“Sendikaya üye olup olmama hürriyetinin teminatı” başlığı verilmiş olan Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 3. fıkrasına göre, “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.”. Sözü geçen maddenin 5. fıkrasına göre ise, “İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar.” (SK. m. 31/V).

Genel olarak sendikal nedenlerle işçiler arasında ayırım yapılarak iş sözleşmesinin feshedilmesi 3. fıkra ile yasaklanmıştır. Örneğin işverenin tenkizat sırasında, ilk önce sendikaya üye olan işçileri veya belirli bir sendikaya üye olan işçileri ya da sendika üyesi olmayan işçileri çıkarması durumunda 3. fıkraya aykırılık oluşur.

Doğrudan işçinin sendikal faaliyetleri ve sendikaya üye olup olmaması sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi yasağı ise 5. fıkrada düzenlenmiştir (Uçum, 2002). Uygulamada bu hükümlere aykırı olarak işçileri arasında ayırım yapan veya işçilerin iş sözleşmelerini fesheden işverene uygulanan hukuksal yaptırım “Sendikal Tazminat”, bunlara ilişkin olarak açılan davalar da “Sendikal Tazminat Davaları” olarak

adlandırılmıştır (Mollamahmutoğlu, 2008; Özveri, 2005). Sözü geçen hükümdeki “sendika üyeliği” yalnızca bir sendikaya üye olmak anlamında kullanılmayıp, sendikaya üye olmama, sendika üyeliğinden ayrılma, üye olunana sendikayı değiştirme gibi üyelik ile ilgili her durumu kapsamaktadır (Okur, 2005).

Bu arada Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 6. fıkrasına göre, sendikal tazminatın sadece işçinin sendikal faaliyetinden dolayı işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesinde değil, iş sözleşmesi feshedilmeden işverenin sendikal bir nedenden ötürü işçiyi eşit davranma borcuna aykırı bir işleme tabi tuttuğu durumlarda da uygulanacağını belirtmek gerekir.

Öncelikle işçilerin diledikleri sendikayı seçme özgürlüklerinin veya sendikal faaliyette bulunmalarının engellenmesi için yapılan fesihlerin, hakkın kötüye kullanılması olduğu açıktır. İşçinin sendikaya üye olup olmamasına, belirli bir sendikadaki üyeliğini devam ettirmesine veya sendika üyeliğinden ayrılmasına müdahalede bulunan işveren dürüstlük kurallarına aykırı hareket etmektedir (Özveri, 2005; Süzek, 2008).

Sendikal Tazminatın talep edilebilmesi için iş sözleşmesinin sona ermiş olmasının gerekmediği Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Ancak uygulamada iş sözleşmesi devam eden işçinin kendisine yapılan baskı veya ayrımcılık nedeniyle sendikal tazminat talep ederek dava açması ender görülen bir durumdur. İşlerini kaybetme korkusu, işçileri bu gibi durumlarda sendikal tazminat talep etmekten uzaklaştırmıştır. Bu nedenle sendikal tazminat davaları genelde iş sözleşmesinin feshinden sonra açılan davalar olmuşlardır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin kötüniyetle feshini yaptırma bağlayan kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminat arasındaki fark, hangi durumlarda bunlardan hangisinin uygulanacağı, ikisinin birden istenip istenemeyeceği tartışılan konular olmuştur (Özveri, 2005).

Sendikalar Kanununun 31. maddesinde 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce sendikal tazminata karar verilmesi durumunda, ayrıca kötüniyet tazminatına karar verilemeyeceğine dair bir hüküm yer almaktaydı. Yapılan değişiklikten sonra böyle bir hükme yer verilmemiş ancak 7. fıkrada “işçiyeye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır” denilmekle eskiden olduğu gibi hem sendikal tazminata hem de kötüniyet tazminatına karar verilemeyeceği dolaylı olarak belirtilmiştir (Dönmez, 2008; Mollamahmutoğlu, 2008).

Mollamahmutoğlu, eski İş Kanununun 13. maddesindeki kötünıyetli feshe örnek olarak verilen “işçinin sendikaya üye olması ... gibi sebeplerle işten çıkartılması hallerinde ...” ifadesine 4773 sayılı Kanunla yapılan değişikliği takiben yeni 13. madde metninde yer verilmediğini, bu nedenle sendikaya üye olduğu için işten çıkarılan işçinin eski İş Kanunu 13. maddesinde yer alan kötünıyet tazminatı ile Sendikalar Kanununun 31. maddesinde yer alan sendikal tazminatlardan istediğini talep etme hakkının ortadan kalktığını savunmaktadır. Ayrıca 4857 sayılı yeni İş Kanunu içinde durumun değişmeyip, İş Kanununun 17. maddesi ile Sendikalar Kanununun 31. maddesi arasındaki ilişkinin aynı kaldığını, bundan dolayı da, 4773 sayılı Kanunla Sendikalar Kanununun 31. maddesine son fıkraya eklenen “İşçinin, iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün haklar saklıdır” cümlesinin kötünıyet tazminatı dışındaki haklar bakımından hüküm ifade ettiğini ileri sürmüştür (Mollamahmutoğlu, 2008).

Buna ilaveten işçinin iki tazminattan dilediğini talep etmesi durumunda ispat yükü açısından ortaya çıkacak bir sorun ile karşı karşıya kalınacaktır. İş Kanunu uyarınca işçi kötünıyet tazminatı talebinde bulunduğu zaman, bunu ispat ile yükümlü olmaktadır. Sendikalar Kanununa göre ise sendikal nedenlerle işten çıkarıldığını işçi öne sürmüş ise de, böyle bir nedenin bulunmadığını işveren ispat etmek yükümündedir. İşçinin iki ayrı tazminattan dilediğini talep edebileceği kabul edildiği takdirde, tazminat talepleri ile ispat yükümlülüklerinin çatışması durumu ortaya çıkacaktır (Çelik, 2009).

Yapılan feshin sendikal bir nedene dayanmasına rağmen, işçi İş Kanununun 17. maddesinde yer alan kötünıyet tazminatını talep ederse durumun ne olacağı tartışmalı bir konudur. Süzek’e göre, “...yapılan fesih sendikal bir nedene dayanmasına karşın işçi tarafından İş Kanunu uyarınca bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötünıyet tazminatı talep edilmişse bu takdirde SK 31/7 değil, İK 17/6 uygulanır.” (2008: 482).

25.05.1988 tarihli 3449 sayılı Kanun ile 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 5. fıkrasına “sendikaya üye olmaları veya olmamaları” sözcükleri eklenmiştir. Sözü geçen değişiklik yapılmadan önce sendikaya üye olduğu için iş sözleşmesi feshedilen işçiye sendikal tazminat mı yoksa kötünıyet tazminatı mı ödeneceği görüş ayrılıklarına neden olmuştur (Usta, 1998). Yargıtay yapılan değişiklikten

önce sendikaya üye olmasından dolayı işinden çıkarılan işçiye kötüniet tazminatı ödeneceğini kabul etmiştir⁸⁹. Ancak yapılan değişiklikte konuya açıklık getirilmiştir.

İş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçiye ödenecek olan tazminatın sendikal tazminat olduğu 3449 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra Yargıtay kararlarında da görülmektedir.

Bu konudaki bir Yargıtay kararında davacı işçi ve birlikte işyerinde çalışan bazı işçiler 12.08.1994 tarihinde sendikaya üyelik için başvuruda bulunmuş, 25.08.1994 tarihinde sendikaya üye olmalarına karar verilmiştir. İşçilerin üye oldukları sendika işyerinde Toplu İş Sözleşmesi yapmak üzere 31.08.1994 tarihinde prosedürü başlatmıştır. Bunun üzerine işveren sendika üyesi işçileri üyelikten istifa etmeye zorlamış istifa etmeyenlerinde iş sözleşmesini feshetmiştir. İşçi sözleşmenin sendikal nedenle ve haksız bir şekilde feshedildiğini ileri sürerek ihbar, kıdem ve sendikal tazminat isteğinde bulunmuştur. Mahkeme bu konuda emsal kararların da bulunduğunu belirterek talebin reddine karar verilmiştir. Bakanlık tarafından yapılan tespit 05.09.1994 tarihinde işyerinde sendikanın çoğunluğunun olmadığı belirlenmiş ve bu tarihten sonra da davalı işverenin işten çıkarttığı işçilerden sendikadan istifa edenleri tekrar işe aldığı anlaşılmıştır. Yargıtay işçinin sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak sendikal nedenle feshedildiğini kabul ederek ihbar, kıdem ve sendikal tazminata karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁰.

İşçi iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürüp sendikal tazminat, olmazsa kötüniet tazminatı talep etmiş olabilir. Yargıtay tarafından da kabul edilen görüşe göre, bu durumda sendikal nedenin varlığı kabul edilir ise, usuli kazanılmış hak gözetilerek kötüniet tazminatının kabulüne karar verilmelidir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı işçi sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek sendikal tazminat, eğer sendikal tazminat olmaz ise kötüniet tazminatı isteğinde bulunmuştur. Davalı işveren, fabrikadaki 8 bölümün 4'ünün ekonomik krizden dolayı tamamen kapatıldığını bir bölümün de % 20 kapasiteye düşürüldüğünü, bu nedenle davacı işçi de dahil olmak üzere bir kısım işçilerin iş

⁸⁹ Yarg. HGK., 05.05.1982, E. 1980/9-38, K. 1982/459 (Usta, 1998: 976-977).

⁹⁰ Yarg. 9.HD., 07.01.1997, E. 1996/18541, K. 1997/1184 (Akyiğit, 2008: 732).

sözleşmelerinin feshedildiğini savunmuştur. Yerel mahkeme gerekçesiz olarak sendikal tazminat isteğinin reddine, kötüniet tazminatının ise kabulüne karar verilmiştir.

Yargıtay dava dilekçesinde sendikal nedene dayanıldığı ve kötüniet tazminatına gerekçe olarak da başkaca bir sebep ileri sürülmediği için sendikal nedenle feshin olup olmadığı üzerinde durulması gerektiğini belirtmiştir. Yerel mahkeme böyle bir araştırma yapmamıştır. Ancak kaç işçinin işyerinde çalıştığı, bunlardan kaçının hangi tarihlerde sendikaya üye olduğu, sendika üyeliğinden ayrılanların olup olmadığı, işyerinden kaç işçinin çıkarıldığı ve çıkarıldıkları tarihler, iş sözleşmesi feshedilen kaç işçinin sendikal olduğu, aynı dönemde yeni işçi alımı yapıp yapılmadığı, alınmışsa hangi iş için alındıkları ve işyerinde çalışan sendika üyesi işçi olup olmadığı konuları araştırılmalıdır.

Davacı işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilip edilmediğinin tespiti bakımından araştırma yapıldıktan sonra tanık beyanları ve tüm dosya üzerinde yeniden kapsamlı bir değerlendirme yapıldıktan sonra sonuca gidilmelidir. Yargıtay kararına göre sendikal nedenin bulunduğu tespit edilirse, usuli kazanılmış hak gözetilerek, kötüniet tazminatının kabulüne karar verilmelidir. Aksi halde kötüniet tazminatı isteğinin reddedilmelidir⁹¹.

Kanaatimce iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi durumunda sendikal tazminata karar verileceği kabul edilmiş olsa da, işçinin kötüniet tazminatını dava konusu yapması halinde talep aşılarak sendikal tazminata karar verilmemelidir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre de, mahkemenin işçinin isteğinin dışına çıkarak sendikal tazminata karar vermesi, hakimin tarafların iddia ve savunmaları ile sınırlı olduğunun ifade edildiği HUMK.' nun 74. maddesine aykırılık teşkil eder⁹².

a. Sendikal Tazminat İsteyebilme Koşulları

İşçinin sendikal tazminat talep edebilmesi için, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan işçilerden olması, işçinin sendikaya üye olması, olmaması veya sendikal faaliyeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi ve iş sözleşmesinin işverence

⁹¹ Yarg. 9.HD., 05.10.2004, E.2004/13246, K.2004/21982 (Legal İHSGHD., Ocak 2005: 300-302).

⁹² Yarg. 9. HD., 16.12.1991, E. 1991/11080, K. 1991/16119 (Günay, 2004: 442).

feshedilmesi veya eşit davranma borcuna aykırı davranması olarak 3 adet koşulun gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

aa. İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmayan İşçilerden Olma

Kötüniyet tazminatında olduğu gibi sendikal tazminatın da talep edilebilmesi için işçinin iş güvencesinden yararlanmayan işçilerden olması gerekmektedir. Sendikalar Kanununun 31. maddesinin yedinci fıkrasında “854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada ...” denilmekle bu durum açık olarak ifade edilmiştir. İş güvencesi kapsamında olan işçilerin sendikal tazminat talep edemeyecekleri Yargıtay kararlarında da kabul edilmektedir⁹³.

Keza Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 6. fıkrasında iş sözleşmesinin sendikaya üye olmak veya sendikal faaliyette bulunmak nedeniyle feshedilmesi halinde i, İş Kanununun 18, 19, 20, 21. madde hükümlerinin uygulanacağı, fakat 21. maddenin 1. fıkrasında öngörülen tazminatın işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmayacağı ifade edilmiştir. Bu durumda iş güvencesinden yararlanan bir işçinin sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedildiği takdirde, kendisine ödenecek olan tazminat sendikal tazminat değil, İş Kanununun 21. maddesinde düzenlenmiş olan iş güvencesi tazminatıdır (Aktay ve diğerleri, 2007: 179). Ancak mahkeme işçinin sendikal faaliyeti veya sendika üyeliği nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğine karar verirse iş güvencesi tazminatının asgari miktarı işçinin bir yıllık ücreti tutarından daha az olamayacaktır (SK. m. 31/VI).

Böyle bir durumda iş güvencesi tazminatı ile sendikal tazminatın örtüştüğü kanaati uyansa da, bu iki tazminat birbirinden tamamen farklıdır. Zaten iş güvencesi tazminatı iş güvencesi hükümleri dahilinde feshin geçersizliği tespit edildikten sonra verilecek olan işe iade kararına, belirli şartlarla Kanunun bağladığı bir sonuçtur. Ayrıca iş

⁹³ Yarg. 9. HD., 12.07.2005, E. 2005/2693, K. 2005/24818 <<http://www.kazanci.com/>>; Yarg. 9. HD., 27.12.2004, E. 2004/20181, K. 2004/29411 (Dönmez, 2008: 171).

güvencesi tazminatı yalnızca sendikal nedenlerle yapılan fesihlerde değil, daha genel bir ifadeyle geçerli sebeple yapılmayan her türlü fesihte söz konusu olabilecektir (Çelik, 2009; Narmanlıoğlu, 2005).

ab. Sendikaya Üye Olma, Olmama veya Sendikal Faaliyet

Sendikalar Kanununun 31. maddesi uyarınca, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan işçinin iş sözleşmesi sendikaya üye olmasından, üye olmamasından veya sendikal faaliyetinden dolayı feshedilmiş ise, sendikal tazminat isteme hakkı doğmaktadır.

Daha önce de belirtildiği gibi bireysel sendika özgürlüğü ile ilgili teminatlar içeren Sendikalar Kanununun 31. maddesinin üçüncü fıkrasında işverenin, sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçilerin veya ayrı sendika üyesi olan işçilerin arasında çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı belirtilmiş; aynı maddenin beşinci fıkrasında da, işçilerin sendikaya üye olmalarından veya olmamalarından ya da iş saatleri dışında veya işveren rıza göstermiş ise iş saatleri içinde sendikal faaliyetlerde bulunmalarından dolayı iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği belirtilmiştir. Anılan hükümlere aykırı olarak işçileri arasında ayırım yapan veya iş sözleşmelerini fesheden işveren işçinin talebi üzerine sendikal tazminat ödemek durumunda kalabilecektir.

Bir işçinin iş sözleşmesinin sendika üyesi olmasından dolayı feshedilmesinde öğretide ve Yargıtay HGK kararlarında sendikal tazminat istenebileceğinin kabul edilmesine karşın, Yargıtay 9. HD. Kanunu yanlış yorumlamış ve 2821 sayılı Kanunun 31. maddesinin beşinci fıkrası 1988 tarihinde 3449 sayılı Kanun ile değiştirilinceye kadar sendikaya üye olunmasını sendikal faaliyet olarak nitelendirmemiş ve sendika üyeliği sebebiyle yapılan fesihlerde kötüniyet tazminatının uygulanacağını belirtmiştir⁹⁴ (Özveri, 2005). Yargıtay yapılan değişiklikten önceki uygulamada sendikal faaliyetin üyelikten sonra başlayacağını belirterek, hem Kanuna hem de uluslararası normlara ters düşen bir yorum yapmıştır (Usta, 1998). 2821 sayılı Kanunun 31. maddesinin 3449 sayılı Kanun ile değiştirilmesiyle, sendika üyesi olmaları veya olmamalarından dolayı iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği hükmü maddeye getirilmiştir.

⁹⁴ Yarg. 9. HD., 01.02.1988, E. 1987/1185, K. 1988/577 (Usta, 1998: 948).

Günümüzde bir sendikaya üye olduğu için işten çıkarılan işçinin, iddiasının sabit olması halinde sendikal tazminata hak kazanacağına ilişkin Yargıtay kararları mevcuttur⁹⁵. Ancak iş sözleşmesi feshedilen işçinin önceden sendikaya üye olmuş olması tek başına feshin sendikal nedenle yapıldığını göstermez. Nitekim Yargıtay'ın bu konu hakkındaki bir kararına göre,

“Her ne kadar davacı 31.10.1989 tarihinde sendikaya üye olmuş ve davacı tanıkları da sendikaya üye olması nedeniyle iş akdinin feshedildiğini söylemiş iseler de, bu ifadeler somut olaylara dayanmayıp mücerret beyanlardan öteye gitmediği gibi, feshin sendika üyeliğinden aylarca sonraya ait olması yukarıda belirtildiği suretle davacının direniş yapması olayının varlığının bir gerçek olarak ortaya çıkması hususları karşısında, davacının iş akdinin sendikaya üye olması sebebine dayandırılmasında isabet olamaz”⁹⁶.

Uygulamada işverenin çeşitli sebeplerden ötürü sendika üyesi işçilerin işine son verdiği görülmektedir. İşverenin sendikaya üye oldukları için işçilerinin iş sözleşmelerini feshetmesinin başlıca sebeplerinden bir tanesi de sendikaların işyerinde örgütlenmesinin engellenerek, işyerinde bir sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kullanmasının önüne geçmektir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununa göre, bir işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının üyelerinin, o işyerinde çalışan toplam işçilerin yarısından fazlası olması gerekmektedir (TİSGLK. m. 12/I). Böylece bir sendikanın kendi işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmasını engellemek isteyen işveren toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi alabilecek olan sendikaya üye işçilerin işine son verebilecektir (Okur, 2005). Ancak, böyle bir durumda işten çıkarılan işçiler sendikal tazminata hak kazanabileceklerdir.

Bununla beraber işçilerin bir sendikaya üye olma özgürlüğü olduğu gibi, herhangi bir sendikaya üye olmama özgürlükleri de bulunmaktadır. İşveren bir sendikaya toplu sözleşme ile yalnızca onun üyelerini çalıştıracığına dair söz vermiş olduğu için bu sendikaya üye olmayan işçilerin iş sözleşmelerini feshetmiş olabilir (Süzek, 1976). Bu durumda işverenin istediği sendikaya üye olmayan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi

⁹⁵ Yarg. 9. HD., 22.01.1990, E. 1989/8620, K. 1990/310 (Usta, 1998: 949); Yarg. 9. HD., 26.09.2001, E. 2001/15242, K. 2001/14833 (Akyiğit, 2008: 754).

⁹⁶ Yarg. 9. HD., 23.03.1992, E. 1992/2893, K. 1992/3270 (Kazancı İHD., Nisan 1992: 298).

de işçiye sendikal tazminat talep etme imkanı doğuracaktır. Ancak sendika üyeliğine iş sözleşmesi feshedildikten sonra başvurmuş olduğu ve sözleşmenin feshinden önce herhangi bir sendikal faaliyette bulunmadığı sabit olan işçinin sendikal tazminat isteyemeyeceği kabul edilmelidir⁹⁷.

Toplu iş sözleşmesi yapmak istemeyen işverenin yetkili sendikaya üye olan işçileri üyelikten istifa etmeye zorlaması uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşverenin toplu iş sözleşmesi düzenine geçmeyi engellemek için yetkili sendika üyelerinin işine son vermesi durumunda da, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin sendikal tazminata hak kazanacağı kabul edilmelidir⁹⁸. Fakat işçinin çalıştığı işyeri toplu iş sözleşmesi prosedürünün başladığı dönemde ekonomik sebeplerden dolayı kapatılmış ise, işçi sendikal tazminat hakkı elde edemez. Zira, varlığını koruyabilmek için işlerini kapatma kararı alan işverenin iradesine üstünlük tanınması gerekmektedir. Aksi takdirde işyerinin iflasa gitmesinin beklenmesi İş Hukukunda benimsenmemektedir⁹⁹.

İşçinin sendikal faaliyetinden dolayı iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda da işveren sendikal tazminat ödemek zorunda kalacaktır. İşçinin kendi üye olduğu sendikaya diğer işçilerinde üye olması için çalışma yapması, sendika toplantısına ya da yasal bir sendika gösterisine katılması, işyeri dışında sendika gazetesi veya bildirisi dağıtması gibi durumlar sendikal faaliyete örnek gösterilebilir (Süzek, 1976). Ancak işçinin işyerinde yolsuzluk yapıldığına ilişkin şikayeti sendikal faaliyet sayılmamaktadır¹⁰⁰. Böyle bir sebep nedeniyle iş sözleşmesine son verilen işçinin yolsuzlukla ilgili şikayeti gerçek ise, ancak kötüniyet tazminatı talep edebilir.

Sendikal faaliyet kavramının Yargıtayın bazı kararlarında oldukça dar yorumlandığı görülmüştür. Yargıtay HGK 09.12.1987 tarihli bir kararında,

“Sendika ve Konfederasyonların faaliyetleri Sendikalar Kanununun 32 ve 33. maddelerinde gösterilmiştir. Davada dayanılan davacıya ait faaliyetler az önce zikredilen maddelerle açıklanan faaliyetlerden değildir. Bu itibarla Sendikalar

⁹⁷ Yarg. HGK., 27.02.2002, E. 2001/9-95, K. 2002/102 (Akyiğit, 2008: 755-756).

⁹⁸ Yarg. 9. HD., 21.11.2000, E. 2000/17505, K. 2000/17086 (Akyiğit, 2008: 730).

⁹⁹ Yarg. HGK., 10.11.1999, E. 1999/9-22, K. 1999/943 (Dönmez, 2008: 173-175).

¹⁰⁰ Yarg. 9. HD., 10.11.1977, E. 1977/10839, K. 1977/16224 (Usta, 1998: 950).

Kanunu'nun 31/6 maddesinde öngörülen yaptırımın olayda uygulanma yeri bulunmamaktadır”¹⁰¹ demiştir.

Ancak sendikal faaliyet Sendikalar Kanunu'nun 32 ve 33. maddelerinde sayılan faaliyetlerle sınırlandırılmamalıdır. Böyle bir yorum yapılması hem sendikaların sosyolojik tanımına aykırı olur, hem de Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanan sendika kavramına ve sendikaların amacı olarak belirtilen “İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek” hükmüne aykırılık oluşturmaktadır. Bu durumda sendikal faaliyet, sendika üyesi olan veya olmayan kişilerce sendikaların ortak ekonomik sosyal hak ve menfaatlerini gerçekleştirmek için düzenlenen herhangi bir etkinliğe katılma şeklinde tanımlanmalıdır (Özveri, 2005).

b. Sendikal Tazminatın Miktarı ve Hesaplanması

Asgari miktarı itibariyle, sendikal tazminat götürü bir tazminat olup; hakim en az işçinin bir yıllık ücretleri tutarında olmak üzere bu tazminata hükmeder. Bir yıllık ücretin üzerinde bir tazminata hükmedilmesi hakimnin takdirindedir.

Sendikal tazminat zararın varlığı, miktarı ve ispatlanması yönünden teknik anlamda tazminat koşullarını içermemekle beraber hakim, bir yıllık ücretin üzerinde bir miktarı tespit ederken genel hükümleri (BK. m. 43/I) dikkate almalıdır (Mollamahmutoğlu, 2008).

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin altıncı fıkrasında “... işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir...” denilerek, bu hükümde, işçinin çıplak ücretinin mi, yoksa giydirilmiş ücretinin mi hesaplamada esas alınacağı belirtilmemiştir. Ancak hem öğretide hem de Yargıtay kararlarında kabul edilen görüşe göre sendikal tazminat tespit edilirken, işçinin en son aldığı aylık brüt çıplak ücret esas alınmalıdır. Yargıtay'ın sendikal tazminatın hesaplanması ile ilgili bir kararına göre,

“2821 Sayılı Sendikalar Kanunu 31/son maddesinde öngörülen sendikal tazminatın çıplak ücret üzerine hesaplanması gerekir. Yasada giydirilmiş ücret üzerinden ödenmesi gereken teminatlar ayırık biçimde ve sınırlı olarak

¹⁰¹ Yarg. HGK., 09.12.1987, E. 1987/9-661, K. 1987/915 (Özveri, 2005: 1533).

düzenlenmiştir. Bu ayrık durumda bulunmayan sendikal tazminatın giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması hatalıdır.¹⁰²».

c. Sendikal Tazminat Davalarında İspat ve Zamanaşımı

2821 sayılı Sendikalar Kanununda iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğinin ispat yüküne ilişkin olarak, 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesi kapsamındaki işçilerle iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler arasında ayırım yapılmıştır.

Sendikal tazminat talebi ile iş güvencesi kapsamı dışındaki işçi tarafından açılacak davada ispat yükü Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin yedinci fıkrasında “854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanır.” şeklinde yer alan hükmüne göre işverenin üzerinde bulunmaktadır.

Bu düzenleme aynı zamanda Türkiye'nin onayladığı “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı ILO Sözleşmesi”ne de uygundur. Anılan sözleşmeye göre de iş sözleşmesinin feshinin sendikal nedenlere dayanmadığını işveren ispat etmekle yükümlüdür (Okur, 2005).

Daha önce belirtildiği gibi Medeni Kanunun 6. maddesi gereğince hakkın kötüye kullanıldığını iddia eden işçinin bu iddiasını kanıtlaması gerekir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi de aslında bir hakkın kötüye kullanılması hali olduğu için, normalde bunu iddia edenin kanıtlaması beklenebilir. Nitekim 4773 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan evvel 2821 sayılı Kanunda ispat yüküne ilişkin bir düzenleme yer almadığı için genel kural uygulanıyordu. Ancak 2821 sayılı Kanun 4773 sayılı Kanunla değiştirilince 31. maddede Medeni Kanunun 6. maddesinde yer alan ispat kuralı tersine çevrilmiştir (Ertürk, 2006).

¹⁰² Yarg. 9. HD. 15.09.1997, E. 1997/14061, K. 1997/15247 (Dönmez, 2008: 177).

İş güvencesi kapsamındaki işçiler için durum farklıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiğinin işveren tarafından ispat edilmesi gerektiği hükmünden sonra, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia eden işçinin; bu iddiasını ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir (İK. m. 20/II). Böylece işveren feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat edemediği takdirde işçi İş Kanununun 21. maddesindeki iş güvencesi tazminatının işçinin bir yıllık ücretinden az olmayacak tutarını (SK. m. 31/VI) talep edebilmek için iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğini ispat etmekle yükümlü olur (Okur, 2005).

Ancak iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin işçi tarafından ispat edilmesi pek kolay değildir. Bu sebeple böyle bir durumda işçi yararına yorum yapılarak ispat yükünün kolaylaştırılması ve işçinin sadece sendikal nedenlerle iş sözleşmesinin feshedildiği yönünde emareleri ispatlaması yeterli kabul edilmelidir. İşçi belli olayları ispat ettikten sonra işverenin iş sözleşmesini sendikal nedenler olmadan feshettiğini ispat etmesi gerekecektir (Okur, 2005).

Mahkeme sendikal tazminata karar verirken tanık ifadeleri yanında iş müfettişi tahkikat evrakı, işyeri bilançosu incelenmeli, iş sözleşmesi feshedilmeden önceki ve sonraki aylarda sendikal ve sendikasız kaç işçinin işten çıkarılmış olduğu, yeni işçi alınıp alınmadığı araştırılmalı ve gerektiği takdirde bilirkişiden rapor almalıdır (Dönmez, 2008).

Sendikal tazminat için özel bir zamanaşımı müddeti öngörülmediği için, Borçlar Kanununun 125. maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresinin bu tazminat içinde uygulanması gerekmektedir (Usta, 1998). Yargıtay'ın bu konu hakkındaki bir kararına göre,

“Hiçbir araştırma ve inceleme yapılmadan 31. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmeden ve Yargıtay kararına da yanlış anlam verilmek suretiyle sonuca varılması ve diğer taraftan bu tazminatın bir yıllık zaman aşımına tabi olduğunun kabulü hatalıdır. İstek sonucu itibariyle tazminata ilişkin bulunduğu göre dava bir yıllık değil 10 yıllık zamanaşımına tabidir”¹⁰³.

¹⁰³ Yarg. 9. HD., 20.05.1996, E. 1995/36676, K. 1996/10780 (Dönmez, 2008: 179-180).

d. Sendikal Tazminat ve Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi

Sendikal tazminat istenilebilmesi için iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi gerektiği Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde belirtilmiştir. Ayrıca işveren işçinin iş sözleşmesini feshetmeden, sendikal nedenle işçiyi eşit davranma borcuna aykırı bir işleme tabi tutarsa, sendikal tazminat ödemek zorunda kalabilir (Dönmez, 2008).

İş Hukukunda eşit davranma borcu, işçiler arasında işverenin herhangi bir ayırım yapmaması şeklinde bir borç olarak somutlaşmaktadır. İşverenin haklı nedenler olmadan işçilerini farklı işlemlere tabi tutmaması, yani; haksız ayırimda bulunmaması, keyfi hareketlerden kaçınması; haklı nedenlerin varlığı halinde ayırimda bulunması ve farklı davranması yükümlülüğünü ifade etmektedir (Mollamahmutoğlu, 2008).

Eşit davranma borcu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrası Anayasanın 10. maddesine paralel genel bir düzenlemedir. Madde hükmüne göre, "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.". Sözü geçen maddenin altıncı fıkrasında ise işverenin eşit davranma borcunu ihlal etmesi halinde, aynı zamanda sendikal tazminatı da gerektirebileceği öngörülmüştür.

Bu durumda sendikal nedenlerle işçiler arasında ayırım yapan işveren için hem 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin hem de 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin ihlali gündeme gelebilecektir. Böylece işverenin sendikal nedenle eşit davranma borcuna aykırı olan bir davranışına karşı işçinin sendikal tazminat ile beraber İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatını talep edebilip edemeyeceği tartışılmıştır. Ancak iki tazminatında ayrı ayrı talep edilebilmesi için bunu açık olarak mümkün kılan bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu unutulmamalıdır. Diğer yasal hükümlerin saklı olduğuna dair düzenlemeler, koşullar olduğu takdirde işçinin biri yerine öbürünü tercih etmesine olanak verip, her iki tazminatın aynı anda istenebileceğini ortaya koymamaktadır (Çil, 2005).

İşçilerin sendikal tercihlerini diledikleri şekilde yaşama geçirebilmelerini için, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin üçüncü fıkrasında bireysel sendika özgürlüğüne güvence getirilmiştir (Özveri, 2005). Anılan hükme göre, "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.” (SK. m. 31/III). Aynı maddenin beşinci fıkrasına göre de, “İşçiler sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar.” (SK. m. 31/V).

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkralarındaki hükümlerden de anlaşıldığı gibi, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi sendikal tazminatın talep edilebilmesi için şart olmayıp, işverenin ayırmacı davranışlarda bulunması da yeterli olmaktadır. Yargıtayın da aynı yönde kararları mevcuttur.

Yargıtay'ın bu konudaki bir kararında işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olan davacı işçi işverenin sendikaya üye olmayan işçilerin aylık ücretlerine toplu iş sözleşmesi ile karşılaştırılan ücretin üzerinde zam yaptığını ve bu durumda 2821 sayılı Kanun'un 31/son maddesine aykırı davrandığını ileri sürerek sendikal tazminat talep etmiştir. İşveren bunun üzerine, toplu iş sözleşmesinde öngörülen zamlar yetersiz olduğu için sendika üyesi olmayan işçilerin ücretlerine zam yapıldığını ve yapılan zammın fahiş olmadığını, bu uygulamanın Kanuna aykırı olmadığını savunmuştur.

Yerel mahkeme davacı halen işyerinde çalıştığı ve bir fesih söz konusu olmadığı için sendikal tazminat isteme hakkının doğmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, işverenin sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında ücret bakımından bir ayırım yapamayacağını, aksi halde işçinin aynı maddenin son fıkrası hükmüne dayanarak bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminata karar verilmesini isteyebileceğini ve bu hükmün uygulanmasının işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi ile sınırlandırılmadığını belirtmiş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁰⁴

¹⁰⁴ Yarg. 9. HD., 08.11.1993, E. 1993/6484, K. 1993/15794 <<http://www.kazanci.com/>>.

Maddede açıkça ifade edilmesine ve Yargıtay kararlarında iş sözleşmesinin devam etmesinin sendikal tazminat talep edilmesine engel olmadığı belirtilmesine rağmen, işçilerin işini kaybetme korkusu içinde olmasından dolayı uygulamada iş sözleşmesi devam ederken açılan davalara birkaç istisnanın dışında rastlanmamaktadır (Özveri, 2005).

7- Kötüniyet Tazminatı ve İş Güvencesi Tazminatı İlişkisi

İş güvencesinden yararlanan işçilerin kötüniyet tazminatı talep edemeyecekleri İş Kanununda belirtilmiştir (İK. m. 17/IV). Zira, iş güvencesinden yararlanan işçiler feshin geçersizliği ve işe iade imkanına sahiptirler.

İş güvencesi işverenin fesih hakkını kullanırken geçerli bir nedene dayanması, uyuşmazlık halinde bunun işveren tarafından ispat edilme yükümlülüğü ve bununla beraber işçinin işe iadesi ya da mahkemece belirlenecek miktarda bir tazminatın ödenmesini kapsayan bir güvencedir (Kutal, 2002). İş güvencesinden yararlanan bir işçinin iş sözleşmesi geçersiz nedenle feshedildiği takdirde işçi işverenden işe iadesini talep edebilecektir. İşçinin işe başlamak için başvurusu üzerine bir ay içerisinde işveren işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (İK. m. 21/I). Bu tazminat 4773 sayılı Kanunla değişik eski İş Kanununda (m. 13/D, I) en az işçinin altı aylık en çok bir yıllık ücreti tutarı olarak gösterilmişti (Mollamahmutoğlu, 2008).

Görüldüğü üzere iş sözleşmesi feshedilen işçi tazminat talebinde bulunmayıp, sadece işe iadesini isteyebilecektir. Bunun üzerine işveren seçim hakkına sahip olup, istediği takdirde işçiyi işe başlatacak, işe başlatmak istemez ise işçiye en az dört aylık, en çok sekiz aylık tutarında iş güvencesi tazminatı ödeyecektir (Dönmez, 2008).

Feshin geçersizliğine karar verildiğinde iş güvencesi tazminatı miktarı mahkemece belirlenmelidir (İK. m. 21/II). Maddenin gerekçesine göre, işçinin işe başlatılmaması durumunda yeni bir davanın açılması ile zaman kaybının önlenmesi amaçlanarak, iş sözleşmesinin feshedilmesinin nedenleri ve işçinin kıdemi gözönüne alınıp tazminat miktarı belirlenecektir (Mollamahmutoğlu, 2008). İşçinin talebi olmasa da iş güvencesi tazminatı mahkemece hüküm altına alınmalıdır (Dönmez, 2008).

Bu konudaki bir Yargıtay kararında davacı işçi mahkemeden feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, işçinin talebi doğrultusunda karar vermiştir. Yargıtay feshin geçersizliğine, işe iadeye dair verilen kararın dosya içeriğine uygun olduğunu, ancak işçiye boşta geçen süre için ödenecek ücret ve tazminatın süre itibarıyla belirlenmesinin yeterli olacağını kabul etmiştir. Zaten Yargıtay'a göre işe başlatmama tazminatı ve dört aya kadar boşta geçen süre için öngörülen ücret alacağı feshin geçersizliğine bağlanmış tespit mahiyetinde hükümlerdir ve talep edilmese bile yasanın hükmü gereği mahkeme tarafından hüküm altına alınması gerekir¹⁰⁵.

Kanunkoyucu ihbar ve kötünîyet tazminatının hesaplanmasında geniş anlamda ücreti dikkate aldığı için, iş güvencesi tazminatında işçinin çıplak brüt ücreti üzerinden hesaplama yapılacaktır (Mollamahmutoğlu, 2008). Yargıtay bir kararında tazminat miktarının belirlenmesinde işçinin brüt ücreti üzerinden hesaplama yapılması, ikramiye ve diğer sosyal hakların da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁶. Ancak brüt ücretin içinde diğer ücret ekleri de olabildiği için, yapılan değerlendirmelerde kastedilenin çıplak brüt ücret olduğu belirtilmiştir (Çalık, 2005).

II) İhbar Tazminatı

İhbar tazminatı iş sözleşmesini sona erdiren işçi veya işverenin usulsüz fesih yapmaları halinde, sözleşmesi feshedilen diğer tarafa, İş Kanunu (m. 17/IV) hükmüne göre ödemekle yükümlü oldukları tazminattır (Mollamahmutoğlu, 2008). İşçi iş sözleşmesini kendisi feshederse işverenden ihbar tazminatı isteyememektedir (Esener, 1978). Çünkü, ihbar tazminatı, iş sözleşmesinin bildirim sürelerine uyulmadan feshedilmesi durumu için öngörülmüştür. Başka bir deyişle, ihbar tazminatı bildirim sürelerine saygı gösterilmesini emredici olarak düzenleyen İş Kanunumuzun 17. maddesi hükmüne aykırı davranılmasının sonucu olarak öngörülmüştür (Soyer, 1991). Ayrıca İş Kanununda (İK. m. 17/IV) bu hak işçiye zararını kanıtlama koşuluna bağlanmadan tanındığı için, işçi bildirim süresi içindeki ücretini zararı olmasa da isteyebilir (Tunçomağ ve Centel, 2008).

¹⁰⁵ Yarg. 9. HD., 13.05.2004, E. 2004/733, K. 2004/11649 (Dönmez, 2008: 326).

¹⁰⁶ Yarg. 9. HD., 06.11.2003, E. 2003/18733, K. 2003/18729 (Çalık, 2005: 196-197).

Yargıtay'ın bir kararında davacı işçi 11.11.2002 ve 09.12.2002 tarihlerinde Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne verdiği dilekçelerde, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini beyan etmemiş, iş şartlarından yakınmış ve fazla mesai ücretinin ödenmediğini belirterek iki ayrı işten çıkış tarihi yazmıştır. Davalı işveren 06.11.2002 tarihinde işçinin çalışmayacağını bildirerek haklarını istediğine ilişkin tutanak ibraz etmiş, mahkemede dinlenen imzası bulunan tanıklar tutanağı doğrulamışlardır.

Fazla mesai ücreti ödenmeyen işçinin iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay' a göre iş sözleşmesini haklı nedenle de olsa kendisi fesheden işçi ihbar tazminatı talep edemez¹⁰⁷.

İhbar tazminatı İş Kanununun 17. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin feshedilmesine bağlı olarak doğmaktadır. Örneğin bir işyerinin devredilmesi halinde iş sözleşmesi feshedilmediği ve işveren değişikliği iş sözleşmesini sona erdiren bir sebep olmadığı için işçi ihbar tazminatı talep edemez (Ekmekçi, 1991).

Belirtildiği gibi ihbar tazminatını iş sözleşmesini usulsüz fesheden taraf ödemekle yükümlü olduğu için, işçinin bildirim sürelerine uymaması halinde bu tazminata işveren de hak kazanabilecektir.

Bu konu hakkında Yargıtay kararına konu olan bir olayda davalı işçi, davacı bankada yaklaşık 5 yıl çalıştıktan sonra işverene verdiği 28.01.1988 tarihli dilekçe ile 01.02.1988 tarihi itibarıyla iş sözleşmesini feshetmiştir. Fakat, 02.02.1988 tarihinde istifadan vazgeçtiğini bildirerek istifa dilekçesini geri istemiştir. İşveren bu isteğin üzerine, istifa dilekçesini işçiye geri vermiş ve işçi çalışmaya devam etmiştir. Ancak işçi 22.04.1988 tarihli dilekçe ile 25.04.1988 tarihi itibarıyla tekrar istifa ettiğini bildirmiş ve bu tarihte de işyerinden ayrılmıştır. Yargıtay işçinin hizmet süresi itibarıyla Kanunda öngörülen süreye uyması gerektiğini, işçinin bu süreye uymadığı için işverene süreye ilişkin ücret tutarında tazminat ödemesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁰⁸.

İş sözleşmesini usulsüz fesheden tarafın ihbar tazminatını ödemekle yükümlü olması için kusur ve zarar aranmaz. Bu durumda ihbar tazminatının teknik anlamda bir tazminat olmadığı açıktır (Mollamahmutoglu, 2004: 528). İhbar tazminatı Kanunda kesin

¹⁰⁷ Yarg. 9. HD., 12.05.2005, E. 2004/26398, K. 2005/16337 (Legal İHSGHD., 2005, Temmuz: 1257-1258).

¹⁰⁸ Yarg. 9. HD., 21.03.1991, E. 1990/12595, K. 1991/6272 (Kazancı İHD., 1991, Temmuz: 455).

ve maktu olarak belirlendiği için fesih bildirim süresine uyulmadan iş sözleşmesinin derhal veya daha kısa sürede feshedilmiş olduğunun ispatı, ihbar tazminatının doğumu için yeterlidir (Çelik, 2009). Ayrıca ihbar tazminatı Kanuna aykırı olarak işten çıkarılan işçi fesih bildiriminden kendisine yapılmasından kısa süre sonra bir iş bulmuş ya da işveren hemen bir işçi bulmuş olup hiçbir zarara uğramamış olsa bile, tam olarak istenilebilmektedir (Çelik, 2009; Esener, 1978).

İş Kanunumuzun 17. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, “Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir”. Bu durumda kötüniyetle yapılan fesih sırasında, fesih bildirim şartına uyulmamış ise, bu tazminatın yanında bildirim sürelerine ilişkin ücret miktarında tazminatın ayrıca ödenmesi gerektiği İş Kanununda hüküm altına alınmıştır (Çalık, 2005). Örneğin işçi işverene karşı fazla mesai alacak davası açtığı için bildirim sürelerine uyulmadan işten çıkarılmış ise işveren hem usulsüz fesihte bulunduğu için ihbar tazminatı hem de fesih hakkını kötüye kullandığı için kötüniyet tazminatı ödemek zorundadır (Süzek, 2008).

İhbar tazminatı Kanunda kesin ve götürü bir miktar olarak belirtildiği için bu tazminatı elde edebilmek için zararın ispat edilmesine gerek olmamakla beraber, bildirim koşuluna uyulmadan iş sözleşmesinin feshedildiğinin ispat edilmesi yeterlidir (Süzek, 2008). Ancak, iş sözleşmesinin karşı tarafça feshedildiği ispat edilemez ise ihbar tazminatına hak kazanılamaz.

Davacı işçi iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı neden bulunmaksızın feshedildiğini iddia etmiş, işveren ise işyerinde ekonomik sebeplerden ötürü ücret indirimine gidildiğini davacının bunu kabul etmeyerek iş sözleşmesini davacının fesih ettiğini savunmuştur. Mahkeme gerekçe bile göstermeden işçinin ihbar tazminatı isteğini hüküm altına almıştır.

Ancak işçide de işverende de iş sözleşmesinin feshedildiğine dair bir belge yoktur. İşçinin tanıkları fesih konusunda bilgi vermemişlerdir. İşverenin tanıkları da ücret indirimini kabul etmeyen işçinin işyerinden kendisinin ayrıldığını açıklamışlardır. Yargıtay bu durumda ihbar tazminatı isteğinin reddedilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Yarg. 9. HD., 28.04.2004, E. 2003/19825, K. 2004/10090, (Legal İHSGHD., Nisan 2005: 801-802).

III) Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı, işçinin işyerine bağlılığı dikkate alınmakla, çalıştığı yıl sayısına göre, yasal şartları bulunduğu takdirde işverenin işçiye ödemekle yükümlü olduğu, işten çıkış ve ayrılış tazminatı olarak tanımlanmaktadır (Aktay ve diğerleri, 2009).

Kıdem tazminatının kendine özgü bir karakteri vardır. Bu tazminata genel ve teknik anlamdaki tazminat ile ilgili kurallar uygulanmamaktadır. Zaten kıdem tazminatı işverenin kusuruna dayanmadığı gibi işçinin kusursuzluğu şartına da dayanmayıp, ihbar tazminatında olduğu gibi işçinin bir zarara uğraması şartına bağlı değildir (Çil, 2009). Esener'e göre,

“... kıdem tazminatı, hizmet akdinin feshedilmesi sebebiyle işçinin, üzerinde hak sahibi olduğu işini kaybetmiş olması sebebiyle uğramış olduğu zararın hakkaniyet gereği tazmin edilmesidir. O halde işçinin işini kaybetmiş olması hakkaniyet icabı kendisine bir tazminatın verilmesini gerektirir niteliktedir. Ayrıca teknik anlamda bir kusur veya zarar aranmaz” (1978: 246).

Nitekim süreli fesih hakkı kötüye kullanılarak iş sözleşmesi feshedilen işçi de kıdem tazminatı isteyebilmektedir.

Kıdem tazminatı talep edilebilmesinin koşulları 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde sayılmıştır. Anılan madde uyarınca, iş kanunlarına tabi olan bir işçinin, iş sözleşmesinin Kanunda belirtilen sebeplerle ya da işçinin ölümü ile sona ermesi ve işçinin en az bir yıllık kıdemi olması gerekmektedir. İşverenin iş sözleşmesini fesih bildirimini ile sona erdirmesi ile ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık ve benzeri nedenlerle derhal feshetmesi hali dışında (İK. m. 25/II) sağlık nedenleri ve zorlayıcı nedenlerle (İK. m. 25/I-II), veya işçinin tutuklanması veya gözaltına alınması nedeniyle (İK. m. 25/IV) derhal feshetmesinde, işçi kıdem tazminatına hak kazanır (Aktay ve diğerleri, 2009; Esener, 1978). Bu durumda iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanan işverene karşı, işyerinde bir yıldan fazla çalışmış olan işçi kıdem tazminatına hak kazanabilmektedir. Çünkü burada işveren iş sözleşmesini ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık ve benzeri nedenlerle (İK. m. 25/II) feshetmemiştir (Süzek, 2008; Tunçomağ ve Centrel, 2008).

İş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle (İK. m. 24), muvazzaf askerlik sebebiyle, yaşlılık aylığı (emeklilik) ya da toptan ödeme almak için ve kadın işçinin de

evlenmesi sebebiyle feshedilmesi kıdem tazminatının doğumuna yol açmaktadır (m. 14/I). Yargıtay da işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda kıdem tazminatı talep edebileceğini kabul etmektedir.

Yargıtay'ın bu konu hakkındaki bir kararında işçi ütüculük yaptığı işyerinde çalışırken işverence fazla mesai yaptırılmak istenmiştir. İşçinin fazla mesaiye kalmak istememesi üzerine işveren işçiyi bahçe işlerinde çalıştırmış ve iş şartlarını da ağırlaştırmıştır. Tanık beyanlarıyla da işçinin istifaya zorlandığı anlaşılmıştır. Yargıtay'a göre burada işçinin iş sözleşmesini feshi haklı nedenle fesih kabul edilerek kıdem tazminatına karar verilmesi gerekmektedir¹¹⁰.

Bununla birlikte, 1475 sayılı Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına 4447 sayılı Kanunla 5. bent olarak ilave edilen hüküm uyarınca "506 sayılı Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanununun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleriyle işten ayrılmaları nedeniyle" feshedilmesi durumunda işçi için kıdem tazminatı hakkı doğar.

İşçinin ölümü sebebiyle iş sözleşmesi sona ermiş ise, kıdem tazminatı hakkı doğmaktadır (m. 14/I). İşçinin nasıl ve ne sebepten dolayı öldüğünün kıdem tazminatı hakkının doğumu için bir önemi yoktur. Ancak Ceza Kanununa göre cürümü oluşturan kendi eylemi ile ölümüne sebep olan işçinin kıdem tazminatı hakkının doğduğu kabul edilemez (Mollamahmutoğlu, 2009).

Kıdem tazminatının hesaplanmasında işçinin son ücreti esas alınmaktadır. Son ücretten kastedilen, iş sözleşmesi feshedildiği anda geçerli olan ücrettir. Ödenecek olan son ücret işçinin brüt ücretidir. Başka bir deyişle, kıdem tazminatı hesaplanırken işçinin fiilen eline geçen ücreti değil, sigorta primi, vergi sendika aidatı gibi kesintiler yapılmadan belirlenen brüt ücret dikkate alınır. Ayrıca artırılmış ücret döneminde işçi bir gün dahi çalışmış olsa, bu son ücret olarak kabul edilir (Çil, 2009). İşçinin son ücreti asgari ücretin altındaysa, kıdem tazminatının hesaplanmasında asgari ücret esas alınacaktır (Tunçomağ ve Centel, 2008).

¹¹⁰ Yarg. 9. HD., 23.06.2005, E. 2004/28033, K. 2005/22645, (Legal İHSGHD., Ekim 2005: 1672-1673).

Kısmi süreli çalışma olduğu takdirde ise, kıdem tazminatı hesaplanırken işçiye kısmi süreli çalışma karşılığında ödenen aylık ücreti esas alınır.

Yargıtay'ın bir kararında işyeri hekimi işçi iş sözleşmesine göre haftada beş gün yaklaşık iki saatten ayda toplam 41 saat çalışmaktadır. Bu şekilde çalışmanın kısmi süreli çalışma olduğu açıktır. Yargıtay kısmi süreli çalışma hallerinde, kıdem tazminatı hesabında işçiye kısmi süreli çalışma karşılığı olarak ödenen aylık ücretin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹¹¹.

1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin birinci fıkrasına göre, kıdem tazminatının her yıl için ödenecek miktarı işçinin hesap edilecek bir günlük ücretinin otuz katıdır. Bu miktar kıdem tazminatının tabanını oluşturmaktadır.

Kıdem tazminatı iş sözleşmesi ile belirlenmiş ise, bunun yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uyarınca bir hizmet yılı için ödenecek emeklilik ikramiyesini geçemez. Kıdem tazminatı için belirlenen bu üst sınıra öğretide “genel tavan” denilmektedir. Genel tavan için, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki tavan esas alınmaktadır (Çil, 2009). Yargıtay’a göre işçi daha sonra sözleşmeli personel statüsüne geçirilmiş ise, kıdem tazminatı hesaplanırken statü değişikliğinin yapıldığı tarihteki tavan sınırı dikkate alınmalıdır¹¹². Ancak, bizim de katıldığımız görüşe göre, böyle bir durumda işçi statüsünden ayrıldığı tarihteki değil, işten ayrıldığı tarihteki tavan sınırının esas alınması hak kaybının önlenmesi açısından daha yerinde olacaktır (Ulucan, 1991).

IV) Maddi ve Manevi Tazminat

4857 sayılı İş Kanunu iş sözleşmesinin 17. maddeye giren bir feshi sonucu maddi veya manevi zarar gören kimsenin bu zararın ayrıca tazminini isteme imkanından söz etmemektedir. 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce eski İş Kanununun 12. maddesinin son fıkrasında “Tarafların ayrıca tazminat isteme hakları saklıdır” ifadesine yer verilmiştir. Bahsedilen son fıkra 4773 sayılı Kanun ile madde metninden çıkarılmış, yeni İş Kanununda da benzer bir hükme yer verilmediği için iş sözleşmesi usulsüz veya kötüniyetli feshedilen işçinin zarara uğraması durumunda genel hükümlere göre tazminat

¹¹¹ Yarg. 9.HD., 13.12.2004, E.2004/9961, K.2004/27728 (Legal İHSGHD.,Nisan 2005: 731-732).

¹¹² Yarg. 9. HD., 27.09.1990, E. 1990/5890, K. 1990/9679 (Ulucan, 1990: 101-102).

talep edebilip edemeyeceği akla gelebilir (Mollamahmutoğlu, 2008). Fakat bu konuda İş Kanununda bir hüküm bulunmaması, kötünietli fesih nedeniyle örneğin kişilik hakları zarar gören bir kimsenin bunun telafi edilmesini isteyemeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira maddi veya manevi tazminat konusu İş Kanununda düzenlenmesi gereken bir olgu da değildir. Bu nedenle İş Kanununda yer almamış olmasına rağmen anılan tazminatlar genel hükümlere göre (MK. m. 25, BK. m. 49) talep edilebilmektedirler (Akyiğit, 2008). Böylece iş sözleşmesi kötünietle feshedilen işçi, koşulları bulunduğu takdirde kötüniet tazminatının yanında maddi veya manevi tazminat da talep edilmektedir.

Ancak Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere ayrıca tazminat talep edilebilmesi için feshin kötünietli yapılmış olması gerekmektedir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda işçi, bir bankanın kambiyo şubesinde görevli iken adı usulsüz bir işe karışmış ve bu nedenle iş sözleşmesi 14.05.1982 tarihinde feshedilmiştir. İşçi hakkında kamu davası açılmış ve bu dava süre yönünden ortadan kaldırılmıştır. Ceza Mahkemesi tarafından görüşüne başvurulmuş bilirkişi, işçinin usulsüz işlemlerle ilgili belgelerde rumuz ve parafının olduğunu, ancak imza yetkisinin olmadığını, bu sebeple sorumluluk yüklenilemeyeceğini bildirmiştir. İşçi 09.10.1986 tarihinde açtığı dava ile iş sözleşmesinin feshinden 01.12.1984 tarihine kadar boşta geçen süre için uğradığı zarar karşılığı ücret ve ücrete bağlı haklarını istemiştir. Yerel Mahkeme bilirkişiye yaptırdığı hesap sonucuna göre 20.07.1982 ile 01.12.1984 tarihleri arası için gerçekleşen ücret ve ücrete bağlı haklara karar vermiştir. Yargıtay ise işçinin ayrıca tazminat talep edebilmesi için işverenin kötünietle hareket etmiş olması ya da başkaca gerektirecek bir nedenin bulunması gerektiğini belirterek anılan olayın oluş tarzına göre işverenin ihbar ve kıdem tazminatı dışında, fesihden sonraki boşta geçen süre için herhangi bir tazminat ödemesini gerektiren sebepler olmadığı için yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹¹³.

Maddi veya manevi tazminat talep edilebilmesi için yapılan fesih sonucunda işçinin uğradığı zararın kötüniet ve ihbar tazminatı ile giderilemeyecek derecede olması gerekmektedir. Ancak burada sözleşmeyi feshedenin bildirim kötünietinin dışında başka

¹¹³ Yarg. 9. HD., 19.06.1990, E. 1990/4384, K. 1990/7523 (Akyiğit, 2008: 769).

bir kusurlu tutumunun da olması gerektiğine dikkat edilmelidir (Akyiğit, 2008; Mollamahmutoğlu, 2008). Örneğin işverenin bildirim sürelerine uyumsuzluk yaptığı kötüniyetli fesih işçinin kişilik haklarına açıkça bir saldırı niteliği taşıyarak manevi bir zarar doğuruyorsa veya işçinin yeni bir iş bulmasını işveren kusurlu olarak engelleyerek maddi bir zarara sebep oluyorsa ancak işçi maddi veya manevi tazminat talep edebilir (Çalık, 2005). Yargıtay da işçinin kişiliğine karşı ağır bir tecavüz olması halinde işçiye manevi tazminat ödenmesini kabul etmektedir.

Bu konu hakkındaki bir olayda işçi işverenin kendisine tokat atması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiştir. Yerel mahkeme bu durumu kabul etmesine rağmen işçinin manevi tazminat isteğini reddetmiştir. Borçlar Kanununun 40. maddesi “Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı icap ettiği surette manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ itasını dava edebilir ...” şeklindedir. Yargıtay işverenin işyerinde ve diğer işçilerin yanında işçiye tokat atmış olmasının işçinin şahsına karşı ağır bir tecavüz mahiyetinde olduğunu, işverenin de bu kasıtlı ve haksız hareketi nedeniyle kusurlu olduğunu belirterek işçinin manevi tazminat talep etme hakkı doğacağı için yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹¹⁴.

¹¹⁴ Yarg. 9. HD., 09.10.2000, E. 2000/8819, K. 2000/13296 (Çalık, 2005: 157).

SONUÇ

İş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması İş Kanununda sadece işverenin fesih hakkını kullanması bakımından yaptırıma bağlanmıştır. Zaten iş ilişkisinde işverene bağlı olarak edimini yerine getiren işçinin özgürlüğüne kavuşmak istemesi dahi iş sözleşmesini feshetmesini haklı kılmaktadır. Bu nedenle işçinin fesih hakkını kötüye kullandığı ileri sürülerek tazminat ödemekle cezalandırılmasının istenmesi iş ilişkisinin karakterine de uygun düşmemektedir.

İşveren ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan bir işçinin belirli süreli iş sözleşmesini herhangi bir sebep göstermeden tek taraflı irade beyanı ile feshetme imkanına sahiptir. İşverene tanınan bu hak ise, onun işyerini idare etme yetkisini kullanırken gerekli gördüğü durumlarda bazı işçilerin iş sözleşmelerini sona erdirebilmesini sağlamaktadır. Ancak, işveren süreli fesih hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına uygun hareket etmelidir. Örneğin işçinin sahip olduğu bir hakkını kullanmasından dolayı iş sözleşmesini fesheden işverenin kötünietli olmadığı düşünülemez.

Ayrıca bu gibi durumlarda sendikal nedenle yapılmış bir fesih olduğu takdirde, ispat yükü genel kuralın tersine çevrilerek feshi kötünietle yaptığı iddia edilen işveren tarafından ispat edilecektir. Kötünietli fesih yapıldığı kabul edilen diğer hallerde ise Medeni Kanunun 3. maddesinde öngörülen “Kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır” kuralı uygulama alanı bulacak ve kendisine karşı kötünietli fesih yapıldığını iddia eden işçi bu iddiasını ispat edecektir. Kötünietli fesih halini oluşturan sebepler arasında böyle bir ayırıma gidilmesi isabetli olmamakla beraber uygulamadaki durum bu şekildedir.

İş sözleşmesi kötünietle feshedilen işçiye kötüniet tazminatı ödenmesi onun ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, maddi ve manevi tazminata hak kazanmasına da engel olmamaktadır. Sözü geçen tazminatlar için koşullar mevcut ise işçi ayrı olarak bu tazminatlara da hak kazanmaktadır. Zaten kötüniet tazminatı iş sözleşmesinin kötünietle feshedilmesinin yaptırımı olarak öngörülmüştür. Bu tazminat ne ihbar tazminatı ile, ne kıdem tazminatı ile, ne de maddi ve manevi tazminat ile aynı amaca hizmet etmemektedir.

KAYNAKÇA

Akipek, J. G., Akıntürk, T. 2007. **Kişiler Hukuku**. İstanbul.

Aktay, A. N., Arıcı, K., Kaplan/Senyen, E. T. 2009. **İş Hukuku**. Ankara.

Akyiğit, E. 2008. **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**. Ankara.

Aral, F. 2007. **Borçlar Hukuku Özel İlişkileri**. Ankara.

Ayan, S. 2005. Belirli Süreli İş Sözleşmesi. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Cilt: 54. 431-485.

Çalık, Ş. 2005. **İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**. İstanbul.

Çelik, N. 2009. **İş Hukuku Dersleri**. İstanbul.

Çelik, N. 2006. İş Güvencesi-Kötüniyet Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi), **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**. Güz: 1-6.

Çenberci, M. 1984. **İş Kanunu Şerhi**. Ankara.

Çil, Ş. 2005. Sendikal Tazminat (Karar İncelemesi). **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**. Nisan: 666-678.

Çil, Ş. 2009. Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret. **Sicil İş Hukuku Dergisi**. Mart: 59-75.

Deakin, S., Morris, G. S. 2005. **Labour Law**. Oxford.

Dedeoğlu, E. 2009. İşveren Tarafından İşçiye Ödenen Kıdem Tazminatı ve bu Tazminatın Gelir Vergisi ve Damga Vergisi Karşısındaki Durumu. **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**. Mayıs: 267-271.

Demircioğlu, A.M. 2008. **Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası**. İstanbul.

Dönmez, K. Y. 2008. **İş Hukukunda Tazminatlar**. Ankara.

Edis, S. 1983. **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**. Ankara.

Ekmekçi, Ö. 1991. İşyerinin Devri-Kıdem Tazminatı (Karar İncelemesi). **Kazancı İş Hukuku Dergisi**. Temmuz: 421-423.

Ertürk, Ş. 2006. 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih Hakkı. **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**. Ankara: 243-282.

Esener, T. 1978. **İş Hukuku**. Ankara.

Eyrenci, Ö., Taşkent, S., Ulucan, D. 2005. **Bireysel İş Hukuku**. İstanbul.

Güler, M. 2005. Belirli Süreli İş Sözleşmesi. **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**. Ocak: 27-83.

Günay, C. İ. 2004. **İş Hukuku (Yeni İş Yasaları)**. Ankara.

Günay, C. İ. 2005. Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi. **A. Tuncay'a Armağanı**. İstanbul. 181-201.

Günay, C. İ. 2007. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması**. Ankara.

İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 1997. **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1995**. İstanbul.

Kazancı Hukuk Otomasyon Programları. Ekim 2009. <<http://www.kazanci.com/>>.

Kaplan/Senyen, E. T. 1987. **İşverenin Fesih Hakkı**. Ankara.

Kar, B. 2005. İş Güvencesi Kavramı. **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**. Nisan: 559-568.

Kılıçoğlu, M. 2005. **İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**. Ankara.

Köprülü, B. 1984. **Medeni Hukuk**. İstanbul.

Kutal, M. 2002. İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları. **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**. İstanbul. 15-35.

Mollamahmutoğlu, H. 2008. **İş Hukuku**. Ankara.

Narmanlıoğlu, Ü. 1993. Bir Yılın Bitimine İki Gün Kala Hizmet Sözleşmesinin Feshi (Karar İncelemesi). **Kazancı İş Hukuku Dergisi**. Nisan: 247-256.

Narmanlıoğlu, Ü. 2005. İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi (Karar İncelemesi). **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**. Ocak: 240-251.

Oğuzman, M. K. 1955. **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi**. İstanbul.

Oğuzman, M. K. 1978. **Medeni Hukuk Dersleri**. İstanbul.

Okur, Z. 2005. İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü. **A. Can Tuncay'a Armağan**. İstanbul. 743-768.

Öztan, B. 2004. **Medeni Hukukun Temel Kavramları**. Ankara.

Özveri, M. 2005. Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları. **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**. Ekim: 1522-1544.

Pitt, G. 2004. **Employment Law**. London.

Rideout, R. W. 1972. **Principles of Labour Law**. London.

Saymen, F. H. 1956. **Türk Medeni Hukuku**. İstanbul.

Soyer, P. 1991. İşçinin İşyerinin Değiştirilmesi (Karar İncelemesi). **Kazancı İş Hukuku Dergisi**. Nisan: 251-257.

Subaşı, İ. 1993. Bildirim Öneline Ait Ücreti Peşin Ödenmesi Suretiyle Fesih (Karar İncelemesi). **Kazancı İş Hukuku Dergisi**. Nisan: 235-246.

Süzek, S. 1976. **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**. Ankara.

Süzek, S. 2008. **İş Hukuku**. İstanbul

Şahlanan, F. 2002. Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması. **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**. İstanbul: 143-161.

Şen, M. 2009. Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması (Karar İncelemesi). **Sicil İş Hukuku Dergisi**. Mart: 101-116.

Tunçomağ, K., Centel, T. 2008. **İş Hukukunun Esasları**. İstanbul.

Uçum, M. 2002. Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması. **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**. İstanbul. 161-227.

Ulucan, D. 1991. Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilen İşçinin Kıdem Tazminatı (Karar İncelemesi). **Kazancı İş Hukuku Dergisi**. Ocak: 101-110.

Usta, O. 1998. **İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları**. Ankara.

Yavuz, C. 2007. **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**. İstanbul.