

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

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE
ŞEKİL VE YÖNTEM

BARIŞ ERTEM

Danışman
Prof. Dr. Mustafa ALP

İZMİR – 2021



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “*İş Sözleşmesinin Feshinde Şekil ve Yöntem*” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

08/02/2021

Bariş ERTEM

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
İş Sözleşmesinin Feshinde Şekil ve Yöntem
Barış ERTEM

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

“İş Sözleşmesinin Feshinde Şekil ve Yöntem” başlıklı bu tez çalışmasında, öncelikle iş sözleşmesinin tanımı, unsurları ele alınmış, benzer nitelikteki diğer sözleşmelerle arasındaki farklara değinilmiştir. Devamında, iş sözleşmesinin süreli feshi, haklı nedenle derhal feshi ve anılan iki fesih türüne ilişkin şekil kuralları İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu’na tabi işçiler açısından ayrı ayrı ele alınarak, ilgili kanunlarda boşluk bulunması durumunda izlenmesi gereken yol haritası sunulmaya çalışılmıştır. Ardından süreli feshin ve haklı nedenle derhal feshin şekline ilişkin kurallara uyulmaması durumunda karşılaşılabilecek yaptırımlara yer verilmiştir. Konular ele alınırken, öğretilerde sıkça tartışılan noktalara ekseriyetle değinilmeye çalışılmış, bu hususlardaki yüksek yargı uygulamalarına da yer verilerek, çözüm önerileri getirilmiştir.

Anahtar kelimeler: İş sözleşmesi, İşçi, İşveren, Süreli fesih, Haklı nedenle derhal fesih, Fesihte şekil.

ABSTRACT
Master's Thesis
Procedure And Method For Termination Of Labour Contract
Barış ERTEM

Dokuz Eylül University
Social Sciences Institute
Department of Private Law
Private Law Master's Program

This thesis study is titled as “Procedure And Method For Termination Of Labour Contract”, includes definition of labour contract, elements of the labour contract and comparing with other similar contracts, at first. Afterwards, notice of termination of the labour contract, termination of the contract for just cause and the procedural rules regarding the two types of termination shall be examined under the Labour Law, Turkish Code of Obligations, The Maritime Labour Law and The Press Labour Law and the solutions shall be tried to determined in case of an unclear regulation in these codes regarding the above-mentioned issue. In this study, the sanctions in case of breach of the procedural rules of notice of termination and the termination of the contract for just cause shall be examined. While discussing the issues, the most discussed points in the doctrine shall tried to be determined, and shall be tried to proposed solutions in the light of high judicial practices in these matters.

Keywords: Labour contract, Employee, Employer, Notice of termination, Termination of the contract for just cause, Procedure of termination.

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE ŞEKİL İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ, FESİH ve ŞEKİL KAVRAMLARI

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI	5
II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	6
A. İŞ GÖRME (ÇALIŞMA) UNSURLARI	6
B. ÜCRET UNSURLARI	7
C. BAĞIMLILIK UNSURLARI	8
III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	11
IV. GENEL NİTELİKLİ TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN İŞ İLİŞKİLERİNE ETKİSİ	12
V. GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE FESİH TÜRLERİ	15
VI. ŞEKİL KAVRAMI	19
A. GENEL OLARAK	19
B. GEÇERLİLİK (SİHHAT) ŞEKLİ	20
1) Genel Olarak	20
2) Kanuni Şekil	22
a) Yazılı Şekil	22
i. Genel Olarak	22
ii. Metin	22
iii. İmza	22
iv. Sözleşme Değişikliklerinde Uyulması Gereken Kurallar	24
b) Resmi Şekil	24
3) İradi (Kararlaştırılmış) Şekil	25
C. İSPAT ŞEKLİ	25

İKİNCİ BÖLÜM

SÜRELİ FESİHTE ŞEKİL

I. SÜRELİ FESİH KAVRAMI	26
II. SÜRELİ FESİH HAKKININ KULLANILMASI VE ŞEKLİ	27
A. GENEL OLARAK	27
B. SÜRELİ FESHE İLİŞKİN ORTAK HÜKÜMLER	28
1) <i>Fesih Beyanının Muhataba Yöneltilmesi</i>	28
2) <i>Fesih Bildirim Süreleri</i>	30
3) <i>Peşin Ödeme Suretiyle Fesih</i>	35
C. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLMAYAN İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SÜRELİ FESHİNDE ŞEKİL	37
D. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SÜRELİ FESHİ	42
1) <i>Genel Olarak İş Güvencesi Hükümleri</i>	42
2) <i>İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin İş Sözleşmelerinin Sürelî Feshinde Şekil</i>	49
c) İhtar Kurumu	50
d) İşçinin Savunmasının Alınması Mekanizması	52
e) Fesih Hakkının Kullanılabileceği Süre	56
f) Yazılılık, Açıklık ve Kesinlik Unsurları	57
i. İş Sözleşmesinin E-Tebliğat Yoluyla Sona Erdirilmesi	60
g) Feshin Son Çare Olması İlkesi (Ultima Ratio İlkesi)	61
E. BASIN İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SÜRELİ FESHİ	64
F. DENİZ İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SÜRELİ FESHİ	65
G. TOPLU İŞÇİ ÇIKARMA	67
III. SÜRELİ FESİHTE ŞEKLE UYULMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI	71
A. SÜRELİ FESİHTE ŞEKLE UYMAMANIN GENEL SONUÇLARI	71
1) <i>Genel Olarak</i>	71
2) <i>İhbar Tazminatı</i>	72
3) <i>Kötü Niyet Tazminatı</i>	81
B. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİLER BAKIMINDAN SONUÇLARI	84

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKLI NEDENLE FESİHTE ŞEKİL

I. GENEL OLARAK	103
II. HAKLI NEDEN KAVRAMI	105
III. HAKLI NEDENLE FESİH HAKKININ KULLANILMASI VE ŞEKLİ	108
A. GENEL OLARAK	108
B. FESİH BEYANININ MUHATABA YÖNELTİLMESİ	109
C. HAKLI NEDENLE FESİH HAKKININ KULLANILABİLECEĞİ SÜRE	111
D. HAKLI NEDENLE FESİHTE SAVUNMA ALINMASI SORUNU	116
E. FESİH NEDENİNİN YAZILI OLARAK BİLDİRİLMESİ SORUNU	122
F. HAKLI NEDENLE FESİHTE FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ	130
G. BASIN İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ VE DENİZ İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN HAKLI NEDENLE FESHİ	132
IV. HAKLI NEDENLE FESİHTE ŞEKLE UYULMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI	134
A. GENEL OLARAK	134
B. İŞVERENİN HAKLI NEDENLE FESİHTE ŞEKLE UYMAMASI	135
1) <i>Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri Bakımından</i>	135
a) İş Güvencesi Kapsamına Giren İş Sözleşmelerinde	135
b) İş Güvencesi Kapsamına Girmeyen İş Sözleşmelerinde	136
2) <i>Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Bakımından</i>	137
C. İŞÇİNİN HAKLI NEDENLE FESİHTE ŞEKLE UYMAMASI	147
D. İSPAT YÜKÜ	149
 SONUÇ	 150
KAYNAKÇA	160

KISALTMALAR

AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
dn.	Dipnot
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
f	Fıkra
HD.	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ILO	International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İBGK	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı
İK	4857 Sayılı İş Kanunu
İSGHD	Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
K.	Karar
m.	Madde
R.G.	Resmî Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
SETİSK	6353 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay

GİRİŞ

“İş sözleşmesi” veya “Hizmet Sözleşmesi” en temel anlamıyla, işçi olarak değerlendirilebilecek nitelikteki bir gerçek kişinin, gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluş niteliğindeki işverene, bağımlı olarak iş görmeyi taahhüt ettiği, işverenin de bu bağımlı çalışmanın karşılığı olarak işçiye belirli yahut belirlenebilir bir ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. İş Kanunu m.2/1’de, İş Kanunu m.8/1’de ve TBK m.393’te yer alan tanımlardan yola çıktığımızda, iş sözleşmesinin ayırt edici unsurlarının iş görme, ücret ve bağımlılık unsurları olduğu, iş sözleşmesinin temelde bu üçlü sacayağı üzerine kurulduğu gözlemlenebilecektir. Bu bağlamda iş sözleşmesi, karşılıklı borç doğuran sözleşmeler kategorisinde yer alır. İş sözleşmesini diğer benzer sözleşme türlerinden ayıran en önemli unsur ise işçinin bir işverene *bağımlı* olarak iş görmesi, işverene bağımlı bir şekilde emeğini sunmasıdır.

İş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işverenin, sözleşme gereği yüklendikleri iş görme borcu, ücret ödeme borcu ve bunların dışında iş sözleşmesinin yüklediği diğer borçlar, nitelikleri gereği süreklilik arz ettiğinden, iş sözleşmesi, sürekli borç doğuran sözleşmeler kategorisinde yer alır. Taraflar üzerlerine düşen bu borçları zamanında yerine getirmedikleri takdirde, belirli şartlar altında temerrüde düşeceklerdir. İş sözleşmesi gibi sürekli borç doğuran ilişkilerde, borçlanılan edimlerin belirli bir kısmının, sözleşmenin başından temerrüt anına kadar ifa edilmesinden dolayı, iş sözleşmesinden temerrüt sebebiyle geçmişe etkili olarak dönmek bazı sakıncalı sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle bu tarz sözleşmelerden geçmişe etkili olarak dönmek yerine ileriye etkili olarak sözleşmeyi feshetmek hakkı gündeme gelmekte, dolayısıyla fesih kurumu devreye girmektedir. Nitekim yasa koyucu da TBK m.126 hükmünde bu hususa işaret ederek, sürekli edimli sözleşmelerin ifasına başlanmış ise bu sözleşmelerin ancak fesih yoluyla sona erdirilebileceğini, sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkı yerine fesih hakkının kullanılabileceğini belirtmiştir.

İş sözleşmesinin feshi, iş hukuku mevzuatına dahil olan kanunlarda, iş sözleşmesinin süreli feshi ve iş sözleşmesinin derhal (Haklı Nedenle) feshi olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu fesih türleri, sözleşmeyi feshedecek tarafa, kanuni bazı yükümlülükler yüklemektedir. Sözgelimi, sözleşmeyi süreli olarak

feshetmek isteyen işverenin, işçinin tabi olduğu kanuna göre değişecek ihbar sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilmesi, bunun en tipik örneklerindendir. İş sözleşmesinin ileriye etkili olarak feshinin gündeme gelmesindeki temel husus, iş sözleşmesi gibi sürekli borç doğuran sözleşmelerin, belirli bir süreyle yapılmaması yahut yapılamamasının sonucu olarak, uzunluğu belirsiz bir süre ile tarafların fesih hakkını hakkaniyete aykırı olacak şekilde kısıtlamasının önüne geçilmesinin istenmesidir.

Şekil, bir iradeyi dış dünyaya bildirmek amacıyla kullanılan araçlardır. Şekil, sözlü veya yazılı olabileceği gibi yerine göre işaret veya susma şeklinde de karşımıza çıkabilecektir. Şekil şartı içeren hukuk kuralının koruma amacı, özel koruma ve genel koruma olarak iki biçimde karşımıza çıkar. Özel koruma amacı, sadece sözleşmenin yahut hukuki işlemin taraflarının menfaatinin korunması iken, genel korumanın hizmet ettiği amaç ise sözleşmenin yahut hukuki işlemin taraflarından ziyade, sözleşme dışı üçüncü kişilerin veya kamunun menfaatlerinin korunmasıdır. Şekil kurallarının belirli getirileri vardır. Her şeyden önce şekil, sözleşmeye ispat kolaylığı, kesinlik ve açıklık sağlar, sözleşmenin yorumlanmasını kolaylaştırır, lakin bunlardan ziyade şeklin temel amacı sözleşmenin taraflarını etraflica düşünmeye sevk etmektir. Bu sayede sözleşmenin müstakbel tarafları, acele ve dikkatsizce karar almaktan korunmuş olacaktır. Şekil kurallarının getirilerinin yanında bazı sakıncaları da olabilecektir. Örneğin ticari hayatta hız ve zaman kavramları çok önemlidir, şekle bağlanmış bazı sözleşmelerde ihtiyaç duyulan hıza, şekil kuralları nedeniyle erişilemeyebilecektir. Öte yandan örneğin resmi yazılı şekilde yapılması gereken taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde olduğu gibi, şekil kuralları ekonomik açıdan da taraflara güçlükler çıkarabilecektir.

Yasa koyucumuz şekil hususunda, temel olarak “*Şekil Serbestisi*” sistemini benimsemiştir. Nitekim TBK m.12/1’de eğer yasada aksi öngörülmemişse sözleşmelerin geçerliliğinin herhangi bir şekle bağlı olmadığı hususuna yer verilerek, Türk Hukuku’nda şekil özgürlüğünün esas, şekil zorunluluğunun ise istisna olduğu ifade edilmiştir. TBK m.12/2 ve TBK m.17’nin birlikte yorumlanmasının sonucu olarak, bir hukuki işlemin belirli bir şekilde yapılmasının zorunlu olması için ancak kanunla öngörülmüş yahut tarafların iradeleriyle kararlaştırılmış olması gerekir. Bu nedenle kanunla açıkça yetki verilmediği sürece şekil, yönetmelikle yahut genel tebliğ

ile zorunlu kılınamayacağı gibi, yargıcın yarattığı hukuk ile veya örf ve adet hukuku ile de şekil şartı zorunlu kılınamaz.

Maddi hukuk kurallarının yahut usule ilişkin kuralların, hukukun diğer bazı alanlarında olduğu gibi istisnasız bir şekilde uygulanması bazen İş Hukuku'nun özel niteliğine ve güttüğü koruma amacına ters düşebilecektir. Bu amaca ulaşabilmek maksadıyla bazı normlar İş Hukuku'nun kendine özgü nispi emredici yapısına entegre edilerek, işçi lehine yumuşatılmaya çalışılmıştır. Bu noktada öğretilerde ve uygulamada “İşçi Lehine Yorum”, “İşçinin Korunması”, “İş Hukuku'nun İşçi Lehine Nispi Emrediciliği” ilkeleri ortaya atılmış ve maddi hukuk ya da usul hukukuna ilişkin bazı kuralların yumuşatılabilmesi için bu ilkeler araç olarak kullanılmıştır. Özellikle ispat hukukunda, işçi lehine getirilen istisnalar bu durumun en güncel ve göz önündeki örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çerçevede; iş sözleşmelerinin kurulması ve sona ermesi sürecindeki hukuki işlemlerin kanunen bağlandığı geçerlilik şekilleri bakımından şeklin koruma amacının özellikle işçinin korunması muvacehesinde ele alındığı ifade olunmalıdır. Nitekim bazı yabancı hukuk sistemlerinde şekle aykırılığın “nispi butlan” sebebi olarak tanınması eğilimi de; şeklin koruma amacı doğrultusunda ve koruduğu taraf lehine değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu doğrultuda biz de özellikle sözleşmenin feshi aşamasında getirilen şekil kurallarını bu amaç çerçevesinde değerlendirmeye çalıştık.

Çalışmamız temel olarak üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde iş sözleşmesinin özü, unsurları ve tarafların iş sözleşmesinden doğan borçları genel olarak ele alınmış, iş sözleşmesinin gösterdiği özelliklere yer verilmiş, iş mevzuatına dahil olan kanunlarda boşluk bulunması hususunda izlenecek yol haritası belirlenmeye çalışılmış, iş sözleşmesinin fesih türlerine yer verilmiş ve son olarak da şekil kavramı genel manada ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, süreli feshe ilişkin İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümleri bir arada ele alınarak incelenmeye çalışılmış, özellikle İş Kanunu'na tabi olup iş güvencesi hükümleri kapsamına giren işçilerin sözleşmelerinin süreli feshinde uyulması gereken şekil kurallarına yer verilmeye çalışılmış, bazı noktalarda boşlukların nasıl doldurulacağı

hususunda çözüm önerileri getirilmiş, son olarak da bahsedilen şekil kurallarına uyulmamasının yaptırımlarına yer verilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise, iş sözleşmesinin derhal feshine ilişkin İş Kanunu hükümleri ile Türk Borçlar Kanunu hükümleri bir sentez şeklinde sunulmuş, özellikle derhal feshin şekline ilişkin öğretide oldukça tartışmalı noktalara geniş bir şekilde yer vermeye, bu hususlara çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır. Son olarak şekle aykırılığın yaptırımlarına yer verilmiştir. Çalışmamızın genelinde, öğreti görüşleri yanında uygulamadan uzaklaşmamak adına Yargıtay kararlarına da sık sık yer vermeye çalışılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ, FESİH ve ŞEKİL KAVRAMLARI

I. İş Sözleşmesinin Tanımı

İş sözleşmesi İK m.8/1 uyarınca en temel anlamıyla, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesi yoluyla kurulabilen sözleşme türü olarak karşımıza çıkmaktadır, bu tanımdan yola çıktığımızda iş sözleşmesi iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır¹. Ayrıca İş Kanunu'nun ikinci maddesinin birinci fıkrasında da yasa koyucu iş sözleşmesini işveren ve işçi arasında bağıtlanan ilişki olarak tanımlamıştır.

Aynı zamanda TBK m.393 uyarınca hizmet sözleşmesi, bir işçinin bir işverene bağımlı olmak suretiyle belirsiz yahut belirli bir süreyle iş görmeyi taahhüt ettiği, işverenin de bunun karşılığında sarf edilen zaman yahut görülen işe göre ücret ödemeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da görüldüğü üzere hizmet sözleşmelerine ilişkin Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu'ndaki tanımın aksine zaman unsuruna yer vermiştir. Tanımda bulunan zaman unsurunun, iş sözleşmesinin temel unsurlarından biri olup olmadığı hususunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre zaman unsuru, iş sözleşmesinin varlığı noktasında belirleyici unsur olmayıp, işçinin işverene bağımlılığı hususunda yardımcı bir kriter olarak değerlendirilmelidir². Diğer görüşe göre, zaman unsuru iş sözleşmesini benzer sözleşmelerden ayırt etmeye yeten bir unsur olmamakla birlikte, hukuki nitelikleri bakımından iş sözleşmelerini belirli yahut belirsiz süreli olarak ikiye ayıran ve bu ayırma göre bilhassa fesih hususunda farklı hukuk kurallarının uygulanmasına yol

¹ Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Beta, Yenilenmiş 18.Baskı, İstanbul, 2019, (İş Hukuku), s.223; Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, Beta, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5.Bası, İstanbul, 2014, (İş Hukuku), s.165; Nuri ÇELİK/Nurşen CANIKLIOĞLU/Talat CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, Beta, Yenilenmiş 30.Bası, İstanbul, 2017, s.145; Fevzi DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11.Baskı, İzmir, 2018, (İş Hukuku), s.73; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU/Muhittin ASTARLI/Ulaş BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, Lykeion, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara, 2018, s.104; Öner EYRENCİ/Savaş TAŞKENT/Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, Beta, 8.Baskı, İstanbul, 2017, s.57; Cevdet İlhan GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2015, (Şerh), s.353; Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku, Seçkin, Gözden Geçirilmiş Yirmi İkinci Baskı, Ankara, 2017, (İş Hukuku), s.37.

² SÜZEK, İş Hukuku, s.223.

açan bir unsur olduğundan, zaman unsuru da iş sözleşmesinin temel unsurlarından biridir³.

II. İş Sözleşmesinin Unsurları

A. İş Görme (Çalışma) Unsuru

Hem İK m.8 hem TBK m.393 uyarınca bir iş ilişkisinin var olabilmesi için taraflardan birinin iş görme⁴ edimini üstlenmiş olması gereklidir⁵, söz konusu iş görmekten kasıt ise işçi vasfı taşıyan bir gerçek kişinin ekonomik açıdan iş olarak değerlendirilebilecek her türlü çalışması olup iş görme borcunun konusu oluşturan eylemler düşünsel, sanatsal, teknik, ticari, sınai olabileceği gibi bedensel yahut bilimsel de olabilecektir⁶. Salt bir çekinme hali yahut katlanma hali, iş edimi olarak kabul edilemez, iş ediminin pozitif bir eylem olması gerekir lakin bu pozitif eylemin mutlak harici bir hareket gerekliliği yoktur örneğin bir ressama modellik yapan kişi yahut bir şeyin korunmasının üstlenilmesi ve hatta iş ifasına hazır beklenilmesi harici bir hareket olmamakla birlikte olumlu eylemlerdendir⁷.

Şunu da belirtmek gerekir ki -aşağıda⁸ da üstünde duracağımız üzere- iş görme unsuru, bağımlılık unsurunun aksine, iş sözleşmesinin ayırt edici özelliği değildir zira iş görme unsuru tek başına iş sözleşmesine özgü olmayıp başka sözleşmelerin de

³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.106.

⁴ İş görme ediminin temelde insan emeğine dayanması gerektiği lakin işin görülürken herhangi bir makine yahut hayvan kullanılmasının iş görme ediminin niteliğini değiştirmeyeceği yönünde bkz. Aydın ZEVLİLİLER/K. Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 19. Baskı, Ankara, 2019, s.426.

⁵ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.166; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.148; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.105; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.59; GÜNAY, Şerh, s.352; Sümer, İş Hukuku, s.37; Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, 2019, s.481; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s.426; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2019, (Özel Hükümler), s.542; Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 4. Baskı, Ankara, 2019, s.731; Betül ERKANLI-BAŞBÜYÜK, İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Seçkin, Ankara, 2020, s.3-5.

⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 223.

⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.105.

⁸ Bkz. Birinci Bölüm- II- C.

konusunu oluşturabilmektedir⁹. Eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi bunun en bariz örneklerindendir.

B. Ücret Unsuru

İş sözleşmesinin önemli unsurlarından bir diğeri, işçinin iş görme ediminin karşılığı olan ve temelde işçinin iş görmesinin sebebi olan ücrettir¹⁰. İK m.8 ve TBK m.433 tanımlarından da bu anlaşılmakta, bu bağlamda ücret kararlaştırılmadan iş sözleşmesi kurulamadığı sonucuna ulaşılabilmektedir¹¹. İK m.32’de ücret bir kişiye, yaptığı iş karşılığı işveren yahut üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para¹² ile ödenen meblağ olarak düzenlenmiş olup ücretin para dışında örneğin emre yazılı senet olan bono ile veya diğer herhangi bir şekilde ödenemeyeceği hüküm altına alınmış, en geç ayda bir ödeneceği belirlenmiştir. Yine İK m.32/8 uyarınca ücret alacağının zamanaşımı beş yıldır.

Ücretin iş akdinin zorunlu unsurlarından biri olması, ücretin sözleşmede mutlaka açık ve kesin bir biçimde belirlenmesi gerektiği anlamına gelmemektedir, yapılacak iş karşılığında taraflardan birinin ücret ödeme yönünde iradesi diğer tarafın ise para kazanma amacı varsa ve bu işin ücret karşılığı yapılacağı olağan karşılanıyorsa kural olarak taraflar arasında zımnen de olsa bir ücret kararlaştırıldığından söz edilebilir¹³. Nitekim TBK m.431’de de işveren işçiye bireysel iş sözleşmesinde yahut toplu iş sözleşmesinde belirlenen tutarı veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesinde bu şekilde bir belirleme yoksa, asgari ücretten az olmamak kaydıyla emsal işçinin o işten kazanabildiği ücreti ödemekle yükümlüdür¹⁴. Ücretin bu şekilde iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesi ile belirlenmediği durumlarda, ücret tayini hususunda ne gibi

⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.105.

¹⁰ SÜZEK, İş Hukuku, 224; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.173; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.149; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.107; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.60-61; GÜNAY, Şerh, s.352; SÜMER, İş Hukuku, s.38; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 482; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s.427-428; EREN, Özel Hükümler, s. 544-545; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.731.

¹¹ SÜZEK, İş Hukuku, 224; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.107.

¹² Hizmet sözleşmelerinde ücretin para yahut eşya biçiminde belirlenebileceğine yönelik bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 482.

¹³ SÜZEK, İş Hukuku, 224; SÜMER, İş Hukuku, s.38.

¹⁴ Yarg. İBGK 1964/2 E. 1964/4 K. 18.11.1964 T.: “Çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olupta bu ücretin belli edilmemiş bulunmasını birbirinden şüphesiz ayırt etmek gerekir. İkinci halde şayet diğer unsurlar varsa, salt ücretin belli edilmemesinden ötürü iş sözleşmesinin yokluğundan söz edilemez. Böyle bir durumda ücret, asgari ücretten az olmamak üzere, rayiç esas üzerinden belli edilir.”.

kriterlerin göz önüne alınacağını Yargıtay: “...İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin 2.fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, iş yerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, iş yerinin özellikleri, emsal işçiler o iş yerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir...” şeklinde belirtmiştir¹⁵.

Ücret noktasında ayırt edici hususlardan biri de iş sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi ayırımında karşımıza çıkmaktadır. TBK m.502/3 uyarınca ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biri değildir¹⁶. Vekalet sözleşmesinin tarafları kararlaştırdıysa yahut teamül gereği¹⁷ ücret ödenmesi gerekiyorsa vekile ücret ödenir. Dolayısıyla bir iş görme edimi ücret karşılığı yapılmıyorsa, o hukuki ilişkiyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmek doğru olacaktır¹⁸.

C. Bağımlılık Unsuru

İK m.8/1 ve TBK m.393 tanımlarında iş görme ediminin bir ücret karşılığı ve bağımlı olarak sunulması öngörüldüğüne göre, bağımlılık unsuru da iş sözleşmesinin temel vazgeçilmez (*Sine Qua Non*) unsurlarından biridir¹⁹. Anayasa Mahkemesi de bir

¹⁵ Yarg. 22. HD. 2017/7805 E. 2017/11442 K. 18.05.2017 T.; Yarg. 9.HD. 2014/7803 E. 2014/29474 K. 13.10.2014 T.; Yarg. 7.HD. 2013/19844 E. 2014/1181 K. 28.01.2014 T.

¹⁶ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.175; GÜNAY, Şerh, s.365; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 643-644; M. Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul, 2017, (Kısa Ders Kitabı), s. 410.

¹⁷ Roma Hukuku temelli bu hükmün, vekaleti bir dostluk yahut hatır işi olarak gördüğü lakin uygulamayla artık paralellik göstermediği, günümüzde vekaletin daha çok ücreti mukabilinde yapıldığı hususunda fiili bir karinenin mevcut olduğu yönünde bkz. Fahrettin ARAL/Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Tıpkı 12. Baskı, Ankara, 2019, s. 438; aynı yönde bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.606; EREN, Özel Hükümler, s.727.

¹⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 224; Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.: II, Vedat Kitapçılık, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, İstanbul, 2010, s. 364-365.

¹⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.150 vd.; Demir, İş Hukuku, s.74; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.107; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.59; GÜNAY, Şerh, s.353, 357; SÜMER, İş Hukuku, s.38; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s.431; EREN, Özel Hükümler, s.543; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 731; Şeyhmus DARCAN, Ürün Kirası Sözleşmesi,

kararında “...Hizmet akdi 3 unsuru kapsar: 1- İş unsuru, 2- Ücret unsuru, 3- Bağıllık unsuru. Bu akdi, iş görmeye ilişkin diğer akidlerden ayıran, bu bağıllık unsurdur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağılıdır. Yani o, çalışmasını, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapar...” bağıllık unsurunun varlığına ve ayırt edicilik özelliğine bu şekilde işaret etmiştir²⁰.

Bahsi geçen bağıllık unsurunun ne açıdan bağıllık olduğunu açıklığa kavuşturmak gerekir. Bu bağıllığın ekonomik yahut teknik bağıllıktan ziyade kişisel/hukuki bağıllık olduğu ileri sürülmekte ve bunun sebebi olarak işverenin otoritesi altında çalışan, iş görme hususunda işverenin vereceği emir ve talimatlara uymak zorunda olması gösterilmektedir²¹. İşveren diğer sözleşmelerden farklı olarak işçinin kişiliği üzerinde yetkilere sahiptir, işçi iş gücünü işverenin faydasına sunar, işçinin iş gücü işçinin kişiliğinin vazgeçilmez bir parçasıdır, işçinin iş sözleşmesindeki

Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.100-101; İş hukukunda bağıllık unsurunun varlığı hususunda öğretide görüş birliği olduğuna yönelik bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.225, dn.7.

²⁰ AYM 1963/336 E. 1967/29 K. 27.09.1967 T.; Aynı yönde Yarg. 9.HD. 2008/10530 E. 2010/4617 K. 22.02.2010 T.: “Ücret, iş görme (emek) ve bağıllık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.”.

²¹ Yarg. HGK. 2017/9-2516 E. 2019/360 K. 28.03.2019 T.: “İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukukî-kişisel bağıllıktır. Gerçek anlamda hukukî bağıllık işçinin işin yürütümüne ve iş yerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirir. İşçinin işverene karşı kişisel bağıllığı ön plana çıkmaktadır. İş sözleşmesinde bağıllık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait iş yerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, işçinin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli, kişisel bağıllığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin ölçüt teşkil etmez. İşçinin işverenin belirlediği koşullarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanması ve işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bağıllık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın iş yerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kâr ve zarara katılıp katılmaması, karar verme özgürlüğüne sahip bulunup bulunmaması bağıllık unsuru açısından önemlidir”; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2008/10530 E. 2010/4617 K. 22.02.2010 T.: “İş sözleşmesini belirleyen kriter hukukî-kişisel bağıllıktır. Gerçek anlamda hukukî bağıllık, işçinin işin yürütümüne ve iş yerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işveren karşı kişisel bağıllığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukukî, işçiye kişisel olarak işveren bağıladığı için kişisel bağıllık söz konusudur. İş sözleşmesinde bağıllık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait iş yerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağıllığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağıllık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın iş yerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağıllık unsuru açısından önemlidir.”.

temel borcu olan iş görme edimini, işverenin gözetimi ve denetimi altında ifa edeceği, işverenin bu yöndeki talimatlarına itaat etme borcu olduğunu ve bu şekilde işçinin işverene kişisel olarak bağımlılığı olduğu söylenebilir²².

Şüphesiz işçinin bağımlılık unsuru iş yerindeki yaptığı işin niteliğine, hiyerarşik konumu ve mesleğine göre değişecektir, bu açıdan bağımlılık unsuru mutlak değil göreceli bir kavramdır, bu bağımlılık nispeten gevşek olabileceği gibi nispeten daha sıkı da olabilecektir²³.

Önemi nedeniyle belirtilmelidir ki, bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini, konusu iş görme edimi olan diğer sözleşmelerden ayıran en belirleyici özelliktir²⁴, örnek vermek gerekirse eser sözleşmesinde önemli olan çalışmanın bizzat kendisinin dışında bu çalışma sonrası ortaya çıkacak sonuç olup²⁵, iş sözleşmesindeki gibi bir bağımlılık yoktur, ücret belirli bir süre çalışıldığı için değil çalışma sonucu ortaya çıkacak edim için ödenir, müteahhit işin yapılması sırasında iş sahibinin bağımlılığı altında olmadan dilediği araç yahut yöntemlerle istediği saatlerde çalışabilir²⁶. Başka bir örnekte ise adi ortaklık sözleşmesinde ortakların birbirine eşit konumları dikkat çeker, işçi ile işveren

²² SÜZEK, İş Hukuku, s.225-226; EREN, Özel Hükümler, s.543; aynı yönde Yarg. 9.CD. 1981/725 E. 1981/889 K. 05.03.1981 T.: “Hizmet akdinde, işin yürütümü ve gözetimi işverene ait olup ve hukuki nitelikte bağımlılık söz konusudur. Diğer bir deyimle işin yerine getirilmesi, işçinin inisiyatifine bırakılmamıştır. İşçi, işin yerine getirilmesi sırasında, verdiği emirler, direktifler, gözetim, kontrol ve hatta cezalandırılma yetkisiyle donatılmış şekilde işverenin otoritesi altındadır. Burada, işçinin işin yapılması sırasında, işverene tabi ve onun emir ve talimatlarına bağlı olması ve denetlenmesi bahis konusudur. Yani hizmet akdinde işçi bağımlıdır. Bu bağımlılık, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, işçinin bunun dışında çalışma olanağı bulunmayan nitelikte bir bağımlılıktır.”.

²³ SÜZEK, İş Hukuku, s.227; SÜMER, İş Hukuku, s.38.

²⁴ AYM 1963/336 E. 1967/29 K. 27.09.1967 T.: “Bu akdin bir yanında işveren, öteki yanında işçi vardır. Söz gelişi, istisna akdinin ise, bir yanında iş sahibi, öteki yanında müteahhit, vekalet akdinde de bir yanda vekalet veren, öteki yanında vekil vardır. Müteahhit ve vekil işçi değildirler. Hizmet akdinden başka akitlerde bağımlılık unsuru yoktur; bulunduğu iddiasında olan davacı dahi bir tek örnek verememiştir.”; aynı yönde Yarg. HGK. 2017/9-2516 E. 2019/360 K. 28.03.2019 T.: “İş sözleşmesini eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayıran en önemli ölçüt bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede, iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağımlılığı vardır.”; aynı yönde bkz. Turhan ESENER, İş Hukuku, Sevinç Matbaası, 3. Bası, Ankara, 1978, s.126 vd.; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.167; SÜMER, İş Hukuku, s.38; Kübra DOĞAN-YENİSEY, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, 2015, (Değerlendirme 2013), s. 21; EREN, Özel Hükümler, s.543.

²⁵ EREN, Özel Hükümler, s.543.

²⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.230-231; Melda SUR, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, onikilevha, İstanbul, 2019, s.13; Damla GÜRPINAR, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, (Eser Sözleşmesi), s.41-43.

arasındaki bağımlılık ortaklar arasında yoktur²⁷. Diğer dikkat çeken bir örnekte ise Yargıtay, avukat ile şirket arasındaki ilişkinin bağımlılık unsuru yönünden ele alarak avukatın iş sözleşmesine dayalı değil vekalet sözleşmesine dayalı olarak çalıştığını hüküm altına almıştır²⁸.

III. İş Sözleşmesinin Özellikleri

İş sözleşmesi, taraflar arasında -örneğin satış sözleşmesinde olduğu gibi- bir mal ilişkisi değil kişisel ilişki kurar. Her ne kadar iş sözleşmesinin temel ve olmazsa olmaz unsurlarından biri ücret olsa da iş sözleşmesinin daha çok öne çıkan yönü işçinin kişiliği ve işveren ile arasındaki kişisel bağımlılıktır, bunun sonucu olarak iş sözleşmesinde taraflar arasında bozulmaması gereken bir güven temelının varlığı şarttır ve bu nedenle de iş sözleşmesinde iş görme ve ücret borçları dışında işverene gözetim ve eşit işlem yapma borcu, işçiye de sadakat ve itaat borcu yüklenir²⁹.

İş sözleşmesi taraflara başta iş görme ve ücret borçları olmak üzere karşılıklı borçlar yükler bu sebeple karşılıklı borç doğuran sözleşmeler kategorisinde yer alır³⁰. Örneğin işçinin sadakat borcunun karşılığında işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu vardır.

Ani edimli sözleşmelerde tarafların edimlerini yerine getirmesiyle borcun sona erme anı aynı zamana denk gelmektedir. Tarafların iş sözleşmesinden doğan temel

²⁷ Töre GÜNSAY, Adi Ortaklık Sözleşmesinde Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkisi ve Temsil, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018, s.7.

²⁸ Yarg. HGK. 2015/22-3235 E. 2017/381 K. 01.03.2017 T.: “Somut olayda, davacının serbest avukat olarak ayrı ve bağımsız bir bürosunun bulunduğu, kendisine verilen iş ve işlemleri aldıktan sonra, kendi belirlediği iş organizasyonu ve çalışma programı içerisinde, işverenin çalışma dönemi, mesai ve iş konusunda herhangi bir talimatı olmadan takip edip sonuçlandırdığı, sadece iş sahibi davalıya yapılan iş ve işlemlere dair olarak bilgi ve raporlar verdiği, bu durumun iş sahibi davalıya bağımlı iş görme olarak değerlendirilmeyeceği; ayrıca, taraflar arasında yapılan sözleşmelerde davacının başka iş almasını yasaklayan hüküm bulunmaması ve davalı şirketin kendi bünyesinde çalıştırdığı sigortalı avukatlarının da bulunması dikkate alındığında, taraflar arasındaki hukuki ilişkide iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan hukuki ve kişisel bağımlılığın varlığından söz edilemeyeceği açıktır. Bu durumda, davacı ile davalı arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisine dayandığı anlaşılmakla, taraflar arasındaki uyumsuzluğun çözüm yeri genel mahkemeler olduğundan, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekir.”; aynı yönde SUR, s.12-13.

²⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.232.

³⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.232; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.107, 130; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.61-62; GÜNAY, Şerh, s.353; SÜMER, İş Hukuku, s.39; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 485; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.730. İş hukukunda giderek gelişen işçi ve işveren arasındaki maddi ve hukuki eşitlik ilkesinin, hizmet sözleşmesinde tarafların birbirlerine karşı özen ve saygı gösterme borcunu ortaya çıkardığı yönünde bkz. EREN, Özel Hükümler, s.548.

borçları olan iş görme ve ücret borçları ve bunların dışında iş sözleşmesinin yüklediği diğer borçlar, nitelikleri gereği süreklilik özelliği gösterdiğinden, iş sözleşmesi sürekli borç doğuran sözleşmeler kategorisinde yer alır³¹, taraflar sözleşmenin başında, o anki elde edecekleri değil ileride de sürecek edimlerin ifa edileceğine güvenerek taahhüt altına girmekte, sürekli borç yaratan niteliği gereği bu da iş sözleşmesinde güven temelini zorunlu kılmaktadır³². Önemi nedeniyle belirtilmelidir ki, iş sözleşmesinin belirli süreli yahut belirsiz süreli olarak akdedilmesinin, sözleşmenin sürekli borç doğurması niteliği ile alakalı olmayıp, sözleşmenin devam edeceği süre ile bağlantılı bir husus olduğuna dikkat edilmelidir, iş sözleşmesinin süresi ne olursa olsun, sürekli borç yaratan sözleşme özelliği kaybolmaz.

IV. Genel Nitelikli Türk Borçlar Kanunu’nun İş İlişkilerine Etkisi

İş Kanunu m.8 lafzındaki “İş Sözleşmesi”, Deniz İş Kanunu m.5 lafzındaki “Hizmet Akdi”, Basın İş Kanunu m.4 lafzındaki “İş Akdi”, Türk Borçlar Kanunu m.393 lafzındaki “Hizmet Sözleşmesi” kurumları, birbirinden farklı olmayan, sadece kanunların kodifike edildiği dönemlerdeki kullanımlardan dolayı farklı isimlerle anılan, aynı içerikteki kurumlardır³³, bir hukuki ilişkinin hangi kanunda düzenlendiği yahut hangi isimlerle anıldığına bakılmaksızın, yukarıda saydığımız ücret, iş görme ve bağımlılık unsurlarını barındırması halinde, o hukuki ilişki iş sözleşmesi olarak nitelenir³⁴.

Türk Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmelerine ilişkin m.393 vd. hükümleri, iş mevzuatına dahil olup, iş hukukunun temel kaynakları arasında yerini almaktadır, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu, geniş ölçüde İsviçre Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin çevirisi yapılmak suretiyle kodifike edilmiştir, bu şekilde iş ilişkilerine ilişkin hükümlerin yeni Türk Borçlar Kanunu’na entegre edilmesi ile 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’na göre hizmet ilişkileri daha detaylı olarak yer almaya başlamıştır³⁵.

³¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.131; SÜMER, İş Hukuku, s.38; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 485; EREN, Özel Hükümler, s.548.

³² SÜZEK, İş Hukuku, s.232.

³³ SÜZEK, İş Hukuku, s.233; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.163; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.730.

³⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.233.

³⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.233.

İş Kanunu'nda boşluk bulunması durumunda, TMK m.5 yollamasıyla Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır, bu halde ilk etapta Türk Borçlar Kanunu'ndaki hizmet sözleşmelerine ilişkin özel hükümler uygulanacak, burada da bir boşluk bulunması durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri devreye girecektir³⁶. Örneğin aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz, İş Kanunu'na tabi belirli süreli bir iş ilişkisinin haksız feshi durumunda İş Kanunu'nda bu hususta boşluk bulunduğundan, TBK m.438 ve m.439 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Başka bir örnek verecek olursak fahiş görülen cezai şartın tenkisi hususunda İş Kanunu'nda boşluk vardır, bu hususta hizmet sözleşmelerine ilişkin cezai şartın düzenlendiği (genel kanunun özel hükmü) TBK m.420'de de cezai şartın tenkisine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır, o halde genel hüküm niteliğindeki (genel kanunun genel hükmü) TBK m.182 uygulama alanı bulacaktır. Yine önemi nedeniyle belirtilmelidir ki, İş Kanunu'nda boşluk bulunması durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun özel yahut genel hükümlerinde de bir düzenleme mevcut değilse yahut mevcut düzenleme olmakla birlikte İş Hukuku'nun özel niteliğine, amaç yahut ilkelerine aykırı olup da uygulanabilir nitelikte değilse, TMK m.5 yollamasıyla TMK m.1/2 uygulanacak, hakim sorunun çözümü hususunda örf ve adet hukukuna başvuracak, örf ve adet hukukunda da bir çözüm bulunamaması durumunda, hakim hukuk yaratma yoluna gidecektir.

Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu karşısında genel lakin yeni kanun olma özelliğini göstermekte, İş Kanunu ise Türk Borçlar Kanunu karşısında eski lakin özel kanun olma özelliği taşımaktadır. Bu durumda İş Kanunu'nda boşluk olmamasına rağmen sonradan yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nda da aynı konuda farklı ve birbiriyle çelişen, ek bir sonuç yahut ek bir hak içeren³⁷ düzenleme getirildiğinde hangi

³⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.233. Kanunların olaya uygulanması hususunda ayrıca bkz. Ernst E. HİRŞ, Pratik Hukukta Metot, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Güncellenmiş 8.Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2018, s.44-53.

³⁷ Örneğin iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshi durumunda, İK m.17 gereği bu işçilere ihbar tazminatı ödenmelidir, aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshi durumunda TBK m.438 gereği ihbar tazminatı (Türk Borçlar Kanunu'ndaki ihbar süreleri daha kısa olduğundan dolayı her ne kadar miktar olarak daha az olsa da ihbar tazminatı olma niteliğini kaybetmeyecektir.) ödenecektir. Buraya kadar problem yoktur lakin sonraki tarihli genel kanun olma niteliğini haiz TBK'nun m.438/3 hükmünde, sözleşmenin haksız feshi durumunda yargıç tarafından takdir edilirse haksız fesih tazminatına da hükmedilebilecektir. Bu durum Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler açısından bir duraksama yaratmasa da İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından bu tazminatın talep edilebilirliği hususunda genel kanun- özel kanun ikilemine düşülmekte, İş Kanunu'ndaki düzenlemede boşluk olup olmadığı, dolayısıyla İş Kanunu'na tabi işçilerin haksız fesih tazminatını talep edip edemeyecekleri hususunda öğretide

kanunun uygulanacağı hususunda ortaya problemler çıkmaktadır³⁸. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerinin kodifike edilmesinin temel amacı esas itibarıyla İş Kanunlarına tabi olmayan işçilerin akdettiği hizmet sözleşmesi hükümlerinin geniş ve ayrıntılı, pozitif bir temele oturtulmasıdır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun genel gerekçesi de bu yöndedir³⁹. Lakin buradan İş Kanunu'na tabi işçilere yukarıda da belirtilen iş mevzuatına dahil Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin hiç uygulanmayacağı yahut uygulanamayacağı anlamı da çıkarılmamalıdır, aksine bir değerlendirme salt subjektif tarihi yorum açısından önemli olan gerekçede yer alan genel bir cümleye, haddinden ve hakkettiğinden fazla anlam yüklemekten öteye geçemeyecektir⁴⁰.

Aynı konuda hem genel kanunda hem özel kanunda düzenleme öngörülmesi durumunda, ilke özel kanunun uygulanması, genel kanun hükümlerinin ise özel kanunda hüküm bulunmaması durumunda devreye girmesidir. Bunun dışında bir kanun yürürlükteyken aynı konuya ilişkin yeni bir kanun kodifike edilmesi durumunda, yeni tarihli kanunun eski tarihli kanunu ilga ettiği (*Lex Posterior Derogat Priori*) kabul edilir⁴¹. Bu genel ilkeler ışığında, hem İş Kanunu'nda hem Türk Borçlar Kanunu'nda hüküm bulunması halinde, genellik-özellik kriteri mi uygulanacak yoksa eski kanun-yeni kanun kriteri mi devreye girecektir, şüphesiz bu soruların net bir yanıtı olmadığı gibi bu sorulara iş hukukunun kendine özgü yapısı göz ardı edilerek gelişigüzel cevap vermemek gerekir. Her somut olayın kendi özelliğine göre yasa koyucunun amacı yorumlanıp⁴² ona göre bu kriterlerin hangisinin uygulanacağına karar verilmesi gerekmektedir. Örneğin yukarıda da bahsettiğimiz üzere bir konuda hem İş Kanunu'nda hem Türk Borçlar Kanunu'nda hüküm bulunması halinde, sonraki tarihli kanun Türk Borçlar Kanunu olduğundan, uygulama alanı bulacak hükmün

tartışmalar yaşanmaktadır, bu husus aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağından daha fazla açıklama yapmaktan imtina etmekteyiz.: Bkz. Üçüncü Bölüm- IV- B- 1- b.

³⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.234.

³⁹ “Hizmet sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanunun kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır.”.

⁴⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.234-235.

⁴¹ Bazen bu ilga yasa koyucu tarafından açık bir hükümle yeni kanunda belirtilirken, bazen yeni kanun eski kanun hükümlerini açıkça yürürlükten kaldırmaz, eski kanunun yürürlüğünü yitirdiği dolaylı şekilde de yeni kanun tarafından açıklanır.: Adnan GÜRİZ, Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş On Beşinci Baskı, Ankara, 2013, s.158; Kanunların uygulanması hususunda geniş bilgi için bkz. GÜRİZ, s.158-160; Muhammet ÖZEKES, Temel Hukuk Bilgisi, Yetkin Yayınları, 5. Bası, Ankara, 2014, (Temel Hukuk Bilgisi), s.105.

⁴² “Yazılı olsun ya da olmasın her yasanın yorumuna ihtiyacı vardır.”: Thomas HOBBS. “En sarıh gözüken metin (*texte clair*) bile yorumlanmaya muhtaçtır. Çünkü bizatihi sarahatin kendisi de yorumla açıktır...”: Rona SEROZAN, Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.101.

tespitinde yorum ilkelerinden bilhassa amaçsal yoruma (*Ratio Legis*) uygun hareket edilerek, sonraki yasa hükmünün getirilişinde yasa koyucunun amacı değerlendirilmeli, yasa koyucunun bu hükmü kaleme almasında ne gibi ihtiyaçları karşılamak istediğine dikkat edilmelidir, yasa koyucunun İş Kanunu'ndaki hükmü bertaraf etmek amacı ile yeni hüküm getirdiği söylenebileceği gibi duruma göre İş Kanunu'ndaki hükmü muhafaza ederek birbirlerini tamamlatma amacını da güttüğü söylenebilecektir⁴³.

Çalışmamızın devamında, bahsettiğimiz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu çatışmaları ile boşluk durumunda nasıl bir yol haritası izlenmesi gerektiği⁴⁴, bu kısımda belirttiğimiz esaslar ışığında ve önderliğinde çözüme kavuşturulmaya çalışılacaktır.

V. Genel Olarak İş Sözleşmesinin Feshi ve Fesih Türleri

İş sözleşmesini fesih dışında sona erdiren haller, tarafların ikale suretiyle iş sözleşmesini anlaşılarak sona erdirmesi, belirli sürenin sona ermesi ve işçinin yahut işverenin vefat etmesidir⁴⁵. İş sözleşmesini sona erdiren bu haller çalışma kapsamımızda yer almadığından, bu haller için daha fazla açıklama getirmekten imtina etmekteyiz.

İş sözleşmesinin feshi iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır: Süreli fesih ve süresiz (haklı nedenle) fesih. Hem Süreli fesih hem süresiz (haklı nedenle) fesih, hukuki nitelikleri açısından bozucu yenilik doğuran haklar kategorisinde yer alır dolayısıyla bu hakların kullanılması bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olup, bozucu yenilik doğuran hak rejimine tabidir⁴⁶. Fesih hakkı, karşı tarafın kabulüne yahut onayına gerek kalmaksızın, tek taraflı irade beyanı ile iş akdini

⁴³ SÜZEK, İş Hukuku, s.235. Kural çokluğu durumunda hangi kuralın uygulanması gerektiği hususunda geniş bilgi için bkz. SEROZAN, s.143-150.

⁴⁴ Yarg. 1.HD. 1976/9370 E. 1976/13138 K. 31.12.1976 T.: "*Hâkim insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyusmazlığa "insan kokusu" taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır.*".

⁴⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.497-502; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.334-349.

⁴⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.502, 504; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.352; DEMİR, İş Hukuku, s.359; Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, Beta, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9.Bası, İstanbul, 2018, s.203; SÜMER, İş Hukuku, s.94; Arzu ARSLAN-ERTÜRK, İş Sözleşmesinde Şekil, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.271.

– eğer süresiz (haklı nedenle) fesihse- derhal yahut -eğer süreliyse- bildirim sürelerinin sonunda, geleceğe yönelik olarak sonuç doğuracak şekilde, sona erdiren bir haktır⁴⁷.

Süreli feshe gelirsek, hukukumuzda iş güvencesine ilişkin hükümler yer aldığından, iş güvencesine tabi iş sözleşmelerinin süreli feshi hususu ile iş güvencesine tabi olmayan iş sözleşmelerinin süreli feshi hususunda önemli farklar bulunmaktadır. Farklarına geçmeden önce bu iki grup iş sözleşmesinin feshinde ortak yönü belirtmekte fayda vardır. Hem iş güvencesine tabi belirsiz süreli iş sözleşmeleri hem iş güvencesine tabi olmayan belirsiz süreli iş sözleşmeleri, İK m.17'deki bildirim sürelerine uyularak feshedilebileceği gibi bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin ödenmesi (İK m.17/5) suretiyle de feshedilebilir⁴⁸.

Bahsettiğimiz iki grubun farklarına gelecek olursa öncelikle şunu belirtmek gerekir ki fesih hakkının doğumu ve kullanılabilmesi açısından iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek konumda olmayan işçilerin sözleşmelerinin salt belirsiz süreli akdedilmesiyle fesih hakkı doğmasına⁴⁹ ve kullanılabilmesine rağmen, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek konumda olan işçilerin sözleşmelerinin feshedilebilmesi için, İK m.18'de belirtilen geçerli nedenlerin⁵⁰ varlığına ihtiyaç vardır ve hatta salt bu nedenlerin varlığı yeterli olmayıp örneğin işçiye fesih nedeninin yazılı olarak açık ve kesin biçimde belirtilmiş olması, fesihten önce işçiye ihtar çekilmiş olması veya işçinin sergilediği davranışı yahut işçinin verimi ile alakalı sebeplerle işçinin iş sözleşmesi feshedilecekse, yine fesihten önce işçinin savunmasının alınmış olması gerekir⁵¹. Geçerli nedenlerin neler olabileceği İK m.18'de yer almaktadır.

⁴⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.503; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.349-350; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.226, Nizamettin AKTAY/Kadir ARICI/E. Tuncay SENYEN-KAPLAN, İş Hukuku, Gazi Kitapevi, Yenilenmiş 5.Baskı, Ankara, 2012, s. 204; Gaye BAYCIK, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin, Ankara, 2011, (Yenilik Doğuran Haklar), s.25 vd., 44 vd., 55 vd., 253 vd.; Vedat BUZ, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.55 vd., 193-195.

⁴⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.503, 517; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.369; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.433; DEMİR, İş Hukuku, s.362; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.271; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.187; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.167; SÜMER, İş Hukuku, s.98.

⁴⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.504; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.352; DEMİR, İş Hukuku, s.359; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.203; SÜMER, İş Hukuku, s.94; ARSLAN-ERTÜRK, s.271.

⁵⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 552 vd.; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.511 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.465; DEMİR, İş Hukuku, s.325; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s.283; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.176; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.210-211; SÜMER, İş Hukuku, s.98; Ercan GÜVEN/Ufuk AYDIN, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Genişletilmiş Güncellenmiş 5.Baskı, Eskişehir, 2017, s.171; Kübra DOĞAN-YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta, İstanbul, 2014, (Emredici Yapı), s.350.

⁵¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.503.

Maddeye göre geçerli nedenler işçinin yeterliliğinden (yeterlilik yerine öğretide performans, verim terimleri de kullanılmaktadır), işçinin davranışlarından yahut işletmenin, iş yerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan, iş sözleşmesinde olması gerek güven temelini çökertecek ağırlıkta olmayan lakin iş yerindeki akışı bozabilecek ağırlıktaki nedenlerdir.

Farklardan bir diğeri ise, bu iki grup işçinin sözleşmelerinin yasaya aykırı olarak (usulsüz) feshedilmesinin hukuki sonuçları hususunda kendisini göstermektedir. İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek konumda olmayan işçilerin, iş sözleşmelerinin feshinde kanun koyucu bildirim süreleri ve hakkın kötüye kullanılması teorisi dışında bir sınırlama öngörmediğinden⁵², bu gruptaki işçilerin sözleşmeleri İK m.17'deki bildirim sürelerine uyulmaksızın yahut bu bildirim sürelerine ilişkin ücret peşin ödenmeksizin feshedilmişse burada usulsüz fesih söz konusu olur ve bu işçilere ihbar tazminatı ödenmesi gerekir, ayrıca bu gruptaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshi, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmekteyse, kötü niyet tazminatı (yahut sendikal tazminat) da ödenmesi gereken kalemler arasında yerini alır, bu iki kalem haricinde eğer koşulları oluştuysa işçi işverenden kıdem tazminatı talep edebilecek, ayrıca işçi usulsüz fesihten dolayı maddi veya manevi zarara uğramışsa, maddi veya manevi tazminat da talep edebilecektir⁵³. İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek konumda olan işçiler ise daha çok koruma sağlayan iş güvencesi hükümlerinden yararlanarak feshin geçersizliğine ilişkin dava açarak işe iade edilmek isteyebilecekler, işe iade edilmedikleri takdirde işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı isteyebilecekler bunun haricinde işverence işe başlatılmasından bağımsız olarak boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklarını da talep edebileceklerdir, ayrıca koşulları varsa ihbar tazminatı talep edebilecekler ve yine koşulları varsa kıdem tazminatı da talep edebileceklerdir⁵⁴.

⁵² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.439; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.272.

⁵³ SÜZEK, İş Hukuku, s.503, 520-524; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.377, 389, 394; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.364, 369; DEMİR, İş Hukuku, s.364-369; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.267, 274; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.190-191; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.168-169; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.206- 208; SÜMER, İş Hukuku, s.106-107; GÜVEN/AYDIN, s.193-194.

⁵⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.503-504, 700; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.465; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.247,250; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 204,206; SÜMER, İş Hukuku, s.120; GÜVEN/AYDIN, s.217.

Bahsedilmesi gereken diğer bir fark ispat yükü hususundadır. İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek konumda olmayan işçilerin yukarıda belirttiğimiz tazminat kalemlerine hak kazabilmeleri için bu tazminat kalemlerinin koşullarının gerçekleştiğini ispat etmeleri gerekirken, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek konumda olan işçiler için, feshin geçerli nedene dayandığının işveren tarafından ispat edilmesi gerekecektir (İK m.20/2)⁵⁵.

Süresiz (haklı nedenle) feshe gelecek olursak, süreli fesihten farklı olarak sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde değil belirli süreli iş sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacak bir fesih türüdür, süresiz (haklı nedenle) fesih hem iş güvencesi hükümlerine tabi olan iş ilişkileri için hem iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan iş ilişkileri için uygulama alanı bulur⁵⁶. Süreli fesihte iş sözleşmesi, fesih bildirim sürelerinin sonunda son bulurken⁵⁷, süresiz (haklı nedenle) fesihte iş sözleşmesi derhal son bulur⁵⁸. Süreli fesih için gerekli olan geçerli nedenler sadece İş Kanunu'na tabi ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek konumdaki işçilerin iş sözleşmesi için gereklidir ve bunun haricinde İş Kanunu'na tabi yahut Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için geçerli neden varlığına ihtiyaç yoktur, süresiz (haklı nedenle) feshin kullanımı için "Haklı Neden"lerin varlığına ihtiyaç vardır, bu haklı nedenler İK m.24 ve m.25'in bazı bentlerinde tahdidi bazı bentlerinde ise tadadi olarak sayılmış, TBK m.435/1'de ise sözleşmenin karşılıklı iki tarafının da haklı nedenlerle sözleşmeyi hemen feshedebileceği düzenlenmiş, İş Kanunu'nun aksine örnekleme yoluna gidilmemiştir.

⁵⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.504, 596; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s.413; DEMİR, İş Hukuku, s.382; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.298; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.218; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.184; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.216; SÜMER, İş Hukuku, s.104; GÜVEN/AYDIN, s.182.

⁵⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.504; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.406. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s.439; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.221; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s.232; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 193; SÜMER, İş Hukuku, s. 110; Mustafa KILIÇOĞLU/İlayda KILIÇOĞLU-ADA, İş Kanunu Yorumu, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019, s. 649.

⁵⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.513; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.364; DEMİR, İş Hukuku, s.360; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.264; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.186; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.166; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.204-205; SÜMER, İş Hukuku, s.97; Ali Rıza OKUR, "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi", https://www.mess.org.tr/media/files/6331_XW1BOXYI2P12.pdf, (20.09.2020), s.109.

⁵⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.504; ARSLAN-ERTÜRK, s. 294; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2016/17914 E. 2020/6119 K. 22.06.2020 T.: "...Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltmesi gereken bir haktır..."

Bahsettiğimiz haklı nedenler olmaksızın iş sözleşmesi feshedilirse, haksız fesih rejimi devreye girer. İşveren tarafından gerçekleştirilen haksız fesihlerde, işçi İş Kanunu'na tabi lakin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek konumda değilse ve sözleşmesi belirsiz süreli ise, İK m.17 gereği ihbar tazminatı, eğer koşulları varsa kıdem tazminatı ve öğretide tartışmalı olmakla birlikte TBK m.438/3 uyarınca yargıcın takdirine bağlı olarak haksız fesih tazminatı talep edebilecektir, İş Kanunu'na tabi olup belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi ise, sözleşmenin niteliği gereği ihbar tazminatı talep edemeyecek, koşulları varsa kıdem tazminatı talep edebilecek ve İş Kanunu'nda bu konuda boşluk olduğundan genel hüküm olan TBK m.438 gereğince bakiye sürelerle ilişkin ücret ile yine yargıcın takdirine bağlı olarak haksız fesih tazminatı talep edebilecektir, İş Kanunu'na tabi olup iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek konumdaki işçiler ise, İK 25/son yollaması gereği iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanacaklardır⁵⁹. Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan işçiler ise, sözleşmelerinin belirli süreli yahut belirsiz süreli olması fark etmeksizin TBK m.438 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Bozucu hak doğuran özelliği hususunda ortak özellik gösteren süreli yahut süresiz (haklı nedenle) fesih arasındaki farklara, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında daha ayrıntılı değinileceğinden, bu kısımda daha fazla açıklamaya yer vermekten imtina etmekteyiz.

VI. Şekil Kavramı

A. Genel Olarak

Tarihsel süreç içerisinde geçmişten günümüze, bir akdin geçerli olarak kurulabilmesi veya ispat edilebilmesi için açıklanması gereken iradenin belirli bir şekle tabi olup olmadığı sorunu tartışıl原因lmış ve farklı hukuk sistemleri bu sorunu farklı çözümlere bağlamıştır⁶⁰.

İradenin açıklamasının hukuk sistemlerinde belirli şekillere bağlanması yararlı yönleri olacağı gibi, hiç şüphesiz zararlı yönleri de bulunacaktır. Bir iradenin

⁵⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.504.

⁶⁰ REİSOĞLU, s.80.

dış dünyaya açıklanırken şekle bağlanmasının yararları arasında, sözleşmenin kapsadığı alanı kolaylıkla tespit edebilme, sözleşmenin müstakbel taraflarını daha dikkatli davranmaya sevk etme ve nihayetinde taraflara ispat kolaylığı sağlaması gösterilebilir⁶¹. Fakat şeklin bu yararları haricinde belli başlı zararları da bulunabilecektir. Hukuki işlemlerin şekle bağlı olması (bilhassa geçerlilik şeklinde bu durum ile karşı karşıya kalınma ihtimali daha yüksektir.), uygulamada büyük zorluklar yaratabilecek (örneğin ticari hayatın hızlı akışını engelleme), basit şekil eksiklikleri nedeniyle sözleşmelerin hükümsüzlüğü ortaya çıkabilecek, kötü niyetli kişiler şekil eksikliğine bağlı geçersiz sonuçlardan lehlerine sonuçlar çıkarabileceklerdir⁶².

Çağdaş hukuk sistemleri, yukarıda örnekleme yöntemiyle gösterilen zararları göz önünde bulundurarak, şekil zorunluluğunu belirli hukuki işlemlerle sınırlı olarak kabul etmişler, “*Şekil Serbestisi*” esasını kural olarak benimsemişlerdir⁶³.

B. Geçerlilik (Sıhhat) Şekli

1) Genel Olarak

Yasa koyucu, TBK m.12/1 vasıtasıyla, “*Şekil Serbestisi*” prensibinin Türk Hukuku’na hâkim olduğunu düzenlemiştir. İlgili maddeye göre eğer aksi kanunda açıkça öngörülmemişse, sözleşmeler hiçbir şekle bağlı değildir. Böylelikle taraflar iradelerini sözlü dahi açıklayabilecekler bu şekilde TBK m.1 uyarınca sözleşmeler karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının birleşmesiyle herhangi bir şekle bağlı olmaksızın, geçerli olarak kurulmuş olacaklardır⁶⁴.

Yasa koyucu, TBK m.12/2 uyarınca, kanunda herhangi bir sözleşmenin açıkça şekle bağlı olduğu düzenlenmişse, bu şeklin o sözleşmenin geçerlilik (sıhhat) şekli

⁶¹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuk Genel Bölüm, C.:1, 5.basıdan tıpkı 6.bası, İstanbul, 2014, s.271-272; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.Baskı, Ankara, 2019, (Genel Hükümler), s. 279 vd.; REİSOĞLU, s.80; Erol CANSEL/Çağlar ÖZEL, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.: I, Seçkin, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara, 2017, s.198-199.

⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C.: I, s.272; EREN, Genel Hükümler, s. 281 vd.; REİSOĞLU, s.80; CANSEL/ÖZEL, s.199.

⁶³ EREN, Genel Hükümler, s. 282 vd.; REİSOĞLU, s.80.

⁶⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C.: I, s.273; EREN, Genel Hükümler, s. 283 vd.; REİSOĞLU, s.81; Haluk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, Onbeşinci Bası, İstanbul, 2017, s.112; CANSEL/ÖZEL, s.200-201.

olduğunu, ilgili şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin TBK m.27 uyarınca kesin olarak hükümsüz olacağını düzenlemiştir. Görüldüğü üzere, yasa koyucu belirli bir sözleşmenin şekle bağlı olduğunu “*Emretmişse (Emredici Hüküm)*”, taraflar aralarında anlaşarak ilgili şekle aykırı bir şekilde sözleşmeye geçerli hüküm ve sonuç doğurtamazlar, sözleşme kesin olarak hükümsüzdür⁶⁵. Bir sözleşmenin şekle aykırı olarak yapıldığını hakim resen dikkate alır, bunun gibi taraflar da sözleşmenin şekle aykırı olarak akdedildiğini, yargılamanın her aşamasında ileri sürebilirler⁶⁶. Sözleşmenin şekle aykırı olduğunu iddia etmek, kural olarak ahlaka ve iyi niyet kurallarına aykırı bir davranış olmadığı gibi haksız fiil de değildir⁶⁷. Lakin Yargıtay iki durumda, şekle aykırılığı ileri sürerek sözleşmenin hükümsüz olduğunu iddia eden tarafın hakkını kötüye kullandığını, bu nedenle sözleşmenin şekle uygun yapılmışçasına geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul etmektedir: Bunlardan ilki eğer taraflar kendi rızaları ile sözleşmenin asli nitelikteki borçlarını ifa etmişler ise (Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılmamasına rağmen, arsa yükleniciye teslim edilmiş ve yüklenici de büyük ölçüde inşaatı tamamlamışsa) şekil eksikliğini ileri sürmek, TMK m.2 bağlamında açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, sözleşme geçerli şekilde yapılmışçasına hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁶⁸. İkinci durumda sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunu iddia eden taraf, şekle aykırılığa kendi hileli davranışı ile kasten sebebiyet vermiş ise artık bu şekle aykırılığı yaratan tarafın, şekle aykırılığı ileri sürerek sözleşmenin geçersizliğini iddia edemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁹. Bu duruma örnek olarak, kanuni şartları sağlamamasına rağmen sözleşmenin başında sözleşmenin belirli süreli olarak yapılmasını dikte eden işverenin, belirli süreden önce sözleşmeyi haksız olarak feshetmesi durumunda, işçinin sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı yahut bakiye ücreti talep ettiği yargılamada, işverenin belirli süreli sözleşmenin oluşum şartlarının gerçekleşmediğinden bahisle, sözleşmenin aslında belirsiz süreli olduğunu bu nedenle cezai şart yahut bakiye süre ücretinin talep edilemeyeceğini iddia etmesini, hukuk düzeni korumayacaktır.

⁶⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 284 vd.; REİSOĞLU, s. 82.

⁶⁶ EREN, Genel Hükümler, s. 284 vd.; REİSOĞLU, s. 82.

⁶⁷ REİSOĞLU, s. 82.

⁶⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C.: I, s.314 vd.; REİSOĞLU, s. 82-83.

⁶⁹ REİSOĞLU, s. 83.

2) Kanuni Şekil

Yasa koyucunun yasalarda öngördüğü şekil çeşitlerini beş grupta inceleyebiliriz. Bunlar yazılı şekil, resmi şekil, tescil, ilan ve sözlü şekildir. Bu bölümde çalışmamızın amacıyla sınırlı olarak sadece yazılı ve resmi şekli alacağız.

a) Yazılı Şekil

i. Genel Olarak

Yasa koyucu, kanunlarda bazı sözleşmelerin hukuken geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, bunların yazılı şekilde yapılmış olmaları gerektiğini düzenlemiş, yazılı şekle ilişkin açıklamaları ise TBK m.13 vd. maddelerinde düzenlemiştir. TBK ve diğer kanunlarımızda yer alan ve yazılı şekle tabi tutulan sözleşmelere örnek olarak şunlar gösterilebilir: Cari hesap sözleşmeleri, rekabet yasağı sözleşmeleri, alacağı temlik sözleşmeleri, ivazsız bir biçimde borcun iç üstlenilmesi sözleşmeleri (bağışlama niteliği taşıdığından), ön alım sözleşmeleri...

ii. Metin

Sözleşme metni, sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını kapsadığı sürece, el yazısıyla yahut herhangi bir araç vasıtasıyla yazılmış olması sorun teşkil etmeyeceği gibi metnin Türkçe olması zorunluluğu Türk Borçlar Kanunu bağlamında zorunlu değildir⁷⁰.

iii. İmza

Yazılılık şeklinin diğer bir unsuru olan “İmza”, TBK m.14 ve m.15’te yer almaktadır. TBK m.14’e göre eğer kanunda bir sözleşmenin yazılı olarak yapılması öngörülmüşse, o sözleşme ile borç altına giren taraf yahut taraflar, sözleşmeye

⁷⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C.: I, s.277-279; EREN, Genel Hükümler, s. 288-289; REİSOĞLU, s.89; NOMER, s.113-115; CANSEL/ÖZEL, s.204-205.

imzalarını atmalıdırlar⁷¹. TBK m.15 uyarınca imza, borç altına giren tarafın el yazısıyla atılmış olmalıdır. Yine güvenli elektronik imza ile atılmış bir imza, el yazısıyla atılmış gibi muamele görecektir. TBK m.15/2 uyarınca imza el yazısı dışında bir alet ile atılmak isteniyorsa, bu husus ancak örf ve adetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle miktar bakımından fazlaca kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli ve geçerli olarak kabul edilebilecektir. Görme engellilerin imza atması gereken durumlarda, görme engellinin talebi var ise imzalarında şahit aranır, bu nedenle kural olarak görme engelliler talep etmediyse şahit bulunmaksızın imza atabileceklerdir.

İmzanın metnin altına atılması gerektiği, böylelikle metnin bütününe benimsendiğinin gösterilmesi gerektiği öğretide savunulmaktadır, bu görüşe göre metnin yanına yahut üstüne atılan imzalar yetersizdir⁷². Yargıtay’a göre eğer metne sonradan ilave yapılmış veya çıkıntı yapılmışsa, bunlar ayrıca imza edilmediği sürece geçerli değildirler⁷³. Metin birden çok sayfadan oluşmaktaysa, potansiyel uyumsuzlukları önlemek bakımından her sayfanın imzalanması yararlı olacaktır⁷⁴.

İmza atamayanların durumları ise TBK m.16 ve HMK m.206’da düzenlenmiştir. Anılan düzenlemelere göre objektif bir nedenle imza atma kudretinde bulunmayan bir kişi imza yerine usulüne uygun onaylanmak kaydıyla, parmak izi, el vasıtasıyla yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabileceklerdir. İmza yerine geçen işaretlerin hukuki işlemlerde sonuç doğurabilmesi, HMK m.206 uyarınca bu işaretlerin noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmuş olmaları koşuluna bağlanmıştır.

⁷¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C.: I, s.280 vd.; EREN, Genel Hükümler, s. 289 vd.; REİSOĞLU, s.90; NOMER, s.115-116; CANSEL/ÖZEL, s.205 vd.

⁷² REİSOĞLU, s.91.

⁷³ Yarg. 13.HD. 2004/10331 E. 2005/1278 K. 03.02.2005 T.: “Çıplak gözle de, görüldüğü üzere, davacının ibraz ettiği kira sözleşmesindeki bu ilavelerin davalı tarafından ibraz edilen kira sözleşmesinde bulunmadığı gibi, bu ibarelerin taraf imzaları ile de paraf edilmediği, yazıların yan tarafında bulunan davalı imzasının da, bu yazıların teyidi anlamına gelemeyeceği gibi, davacının ibraz ettiği sözleşmenin 2. sayfasındaki kazıntı ve ilavelerinde bulunması bu ilave ve değişikliğin sonradan yapıldığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davacının dayandığı belge, davalıyı bağlama ve muteber bir belge olarak kabul edilemez.”.

⁷⁴ REİSOĞLU, s.91.

iv. Sözleşme Değişikliklerinde Uyulması Gereken Kurallar

TBK m.13 uyarınca, yasa koyucu bir sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasını öngörmüşse, ilgili sözleşmeye ilişkin yapılacak değişikliklerin de yazılı şekilde yapılması gerektiğini emretmiştir. Ancak yasa koyucu bu hususu bir noktada yumuşatmıştır: Eğer sözleşmede yapılmak istenen değişiklik, sözleşme metniyle çelişmeyecek nitelikteki bir yan hüküm ise, bu hükümlerin değişikliğinin yazılı şekilde yapılması zorunlu değildir. Yine TBK m.13/2 uyarınca, yukarıdaki kural, yazılı şekil dışındaki diğer geçerlilik şekilleri için de caridir.

TBK m.132 uyarınca, borcu doğuran işlem örneğin taraflar arasındaki sözleşme, kanunen yahut tarafların iradesiyle belirli bir şekle bağlanmış olsa bile, bu sözleşmeden doğan borç tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları bir ibra sözleşmesiyle tamamen yahut kısmen ortadan kaldırılabilecektir.

b) Resmi Şekil

Türk Hukuku'nda birtakım sözleşmelerin geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, resmi şekilde yapılımları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Resmi şekil terimiyle kastedilen mana ise işlemin yetkili bir makam yahut kişi önünde, yasaların düzenlendiği usul ve kurallara uyulması suretiyle yapılmasıdır⁷⁵. Resmi şekle örnek olarak taşınmaz satım sözleşmeleri, alım sözleşmeleri, geri alım sözleşmeleri, miras sözleşmeleri, mal rejimi sözleşmeleri, ölünceye kadar bakma sözleşmeleri gösterilebilir.

Noterlik Kanunu'nun 60.maddesinde, yasa koyucunun resmi şekle bağladığı işlemlerde, bu işlemin hangi resmi makam tarafından gerçekleştirilebileceği belirtilmemişse, yetkili makamın noterler olduğu hüküm altına alınmıştır. Yine TBK m.13 uyarınca, resmi şekilde yapılan sözleşmelerde yapılacak değişiklikler de resmi şekle tabidir.

⁷⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C.: I, s.303; EREN, Genel Hükümler, s. 298 vd.; REİSOĞLU, s.95; NOMER, s.123 vd; CANSEL/ÖZEL, s.209-210.

3) İradi (Kararlaştırılmış) Şekil

TBK m.17 uyarınca, yasa koyucunun şekle bağlamadığı sözleşmelerin, taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmış yahut öngörülmüş ise, bu şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeler tarafları bağlamaz. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, taraflarca iradi olarak şekle bağlanmış bir sözleşmenin, herhangi bir belirleme yapılmaksızın yazılı olarak yapılacağı kararlaştırılmışsa, yani kararlaştırılan şeklin sonuçlarını yahut geçerlilik şekli mi ispat şekli mi olduğunu belirlememişlerse, bu şekle yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanacak, karineten geçerlilik şekli olduğu kabul edilecektir⁷⁶.

C. İspat Şekli

Yasa koyucunun herhangi bir şekil şartı öngörmediği sözleşmeler, bir senede bağlanmaksızın geçerli olarak kurularak, hüküm ve sonuçlarını doğururlar. Fakat bu sözleşmelerin kuruldukları tarihteki değerleri, HMK m.200’de belirtilen sınırı⁷⁷ aştığı takdirde, bu sözleşmelere ilişkin potansiyel uyuşmazlıkların ispatında, senet (kesin delille) sunulması gerekmektedir⁷⁸. Yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun iki yüzüncü maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre, bu hukuki işlemlerin değeri veya miktarı, herhangi bir nedenle bu sınırın altına düşmüş olsa bile, senetsiz ispat olunamaz. HMK m.200/2’ye göre, değindiğimiz hukuki işlemlerden doğması muhtemel uyuşmazlıkların ispatında, karşı tarafın açık muvafakati ile, tanık yahut diğer takdiri deliller kullanılabilir. HMK m.201’e göre, herhangi bir şekle bağlı olmayan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların ispatında, sözleşme HMK m.200’deki sınırı aşmıyor olsa bile senede bağlanmış ise, tanık yahut diğer takdiri deliller kullanılamaz.

⁷⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C.: I, s.330-332; EREN, Genel Hükümler, s. 284-285; REİSOĞLU, s.96; CANSEL/ÖZEL, s.200-201.

⁷⁷ Bu sınır HMK m.200’de “İki bin beş yüz TL” olarak belirlenmiş olmakla birlikte, her yıl bu miktar güncellenmektedir. Bu miktar 2021 yılında “4880 – TL” olarak belirlenmiştir.

⁷⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C.: I, s.273-274; EREN, Genel Hükümler, s. 286 vd.; REİSOĞLU, s.97; NOMER, s.130-132; CANSEL/ÖZEL, s.201-202.

İKİNCİ BÖLÜM

SÜRELİ FESİHTE ŞEKİL

I. Süreli Fesih Kavramı

Öğretide, “Bildirimli Fesih”, “Önelli Fesih”, “İhbarlı Fesih”, “Olağan Fesih” adlarıyla da⁷⁹ ifade edilen süreli fesih, iş ilişkisinin tarafları olan işçi yahut işverene, belirsiz süreli iş sözleşmesini, bildirim süresi⁸⁰ olarak anılan süreye riayet ederek, adı geçen sürenin bitiminde sona erdirmeye yetkisi veren, tek taraflı varması gereken bir irade beyanı olarak tanımlanabilecektir⁸¹. Bu fesih türü, derhal fesihten farklı olarak, belirsiz süreli sözleşmelerin yapısından meydana gelmekte olup, İK m.18 ve TBK m.431’de belirsiz süreli iş sözleşmelerine özgü olarak kabul edilmiştir^{82,83}. Bu yönüyle işçi ve işverenin sürekli borç doğuran bu sözleşmeyi kurarken, belirli bir süre öngörmeyerek, bu sözleşmeden her zaman tek yanlı olarak cayabilecekleri iradesine sahip olduklarını ifade etmektedir⁸⁴. Süreli feshin belirsiz süreli iş sözleşmelerine özgü olmasının tek istisnasını ise TBK m.430/3 hükmü oluşturmaktadır. Maddeye göre taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli belirli süreli iş sözleşmesini, on yıl geçmesinin ardından altı aylık fesih bildirim süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilecektir⁸⁵.

⁷⁹ Öğretide bazen süreli fesih kavramı yerine “Geçerli Nedenle Fesih” kavramı kullanılmakla birlikte bu kavramın süreli feshi tam olarak karşılamadığını belirtmek gerekir. Gerçekten de süreli feshin farklı kanunlara tabi olma bakımından değişen türleri bulunmakta ve süreli feshin her türü için geçerli nedene ihtiyaç duyulmamaktadır. Bu bakımdan “Geçerli Nedenle Fesih” kavramı süreli fesih kavramını tam olarak karşılayamamakta, süreli feshin bir türünü belirtmekten öteye geçememektedir. Örnek vermek gerekirse Türk Borçlar Kanunu’na tabi hizmet sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından, sözleşmelerinin süreli feshi için geçerli bir nedene ihtiyaç duyulmamakta, bildirim sürelerine uyarak bu işçilerin sözleşmeleri “Süreli” olarak feshedilebilmektedir, bu açıdan “Geçerli Nedenle Fesih” kavramı Türk Borçlar Kanunu’na tabi işçilerinin iş sözleşmelerinin süreli feshi kavramına eş değer olamamaktadır.

⁸⁰ Öğretide “İhbar Süresi”, “İhbar Müddeti”, “İhbar Mühleti” adlarıyla da anılmaktadır.

⁸¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.504; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.258; ARSLAN-ERTÜRK, s.271; OKUR, s.109.

⁸² SÜZEK, İş Hukuku, s.504; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.353; DEMİR, İş Hukuku, s.358; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.258; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.184; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.163; SÜMER, İş Hukuku, s.95; OKUR, s.109.

⁸³ Süreli feshin, başta belirli süreli iken İK m.11/2 uyarınca sonradan belirsiz süreliye dönüşen iş sözleşmelerinde de uygulanacağı hususunda bkz. AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.163.

⁸⁴ ARSLAN-ERTÜRK, s.271.

⁸⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.353; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.259; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.184; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.163-164; SÜMER, İş Hukuku, s.95; ARSLAN-ERTÜRK, s.271.

Sürelî fesih hakkı, tek taraflı olarak kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır, hakkın doğum anı ise sözleşmenin akdedildiği andır⁸⁶. Sürelî fesih hakkı, sözleşmenin her iki tarafına da tanınmakla birlikte, bu hakların hizmet ettiği amaç, sözleşmenin her iki tarafı için de farklıdır, işçi tarafından kullanıldığında “istifa” anlamında, işveren tarafından kullanıldığında ise “işten çıkarma” olarak karşımıza çıkacaktır⁸⁷. Haklı nedenle fesihten farklı olarak, işçi ve işveren açısından ayrı maddelerde değil (İK m.24 ve İK m.25) İK m.17’de tek hükümde düzenlenen sürelî fesih, işçi ve işveren açısından yer yer farklı esaslara tabi olacaktır, bunun sonucu olarak yasa koyucu, iş sözleşmesi ile daha çok kişisel sorumluluk altına giren işçinin, kişi özgürlüklerinin korunması amacına hizmet eden sürelî fesih hakkının işçi tarafından kullanımını bir sınırlama değil bir usul meselesi olarak düzenlenmekte, işveren açısından işletmenin iş gücü devamlılığına hizmet eden sürelî fesih hakkının işveren tarafından kullanımını sınırlamaya tabi tutma yoluna gitmektedir⁸⁸.

II. Sürelî Fesih Hakkının Kullanılması ve Şekli

A. Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, her ne kadar sürelî fesih hakkı İK m.17’de tek hükümde düzenlenmişse de bu hakkın kullanımı bakımından kısıtlamalar, iş güvencesine tabi olma bakımından değişmektedir. İş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından bu hakkın kullanımı -dürüstlük kuralının bir tezahürü olarak addedebileceğimiz- bildirim süreleri getirilerek sınırlanmış ve İK m.17’deki bildirim sürelerine uymak koşuluyla sürelî fesih hakkının kullanılabileceği belirtilmiştir. Öte yandan iş güvencesine tabi olan işçiler bakımından sürelî fesih hakkının kullanımı, yukarıda bahsettiğimiz bildirim sürelerine ek olarak, geçerli nedenlerin varlığı açısından da kısıtlanmıştır. Bu nedenle iş güvencesine tabi işçisinin iş sözleşmesini feshetmek isteyen işverenin sürelî fesih hakkını kullanabilmesi için İK m.18’deki geçerli nedenlerin varlığına da ihtiyacı vardır.

⁸⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.504; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.352; DEMİR, İş Hukuku, s.359; TUNÇOMAG/CENTEL, s.203; SÜMER, İş Hukuku, s.94; ARSLAN-ERTÜRK, s.271.

⁸⁷ ARSLAN-ERTÜRK, s.272.

⁸⁸ ARSLAN-ERTÜRK, s.272.

İş Kanunu'na tabi olmayıp Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler bakımındansa TBK m.431 ve m.432 hükümleri, Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshinde uygulama alanı bulacaktır. Adı geçen hükümlerin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alması ve Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmeleri açısından genel nitelikli kanun olması hasebiyle, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan süreli feshe ilişkin hükümler, İş Kanunu'nda boşluk bulunması durumunda, İş Kanunu'na tabi işçiler açısından da uygulama alanı bulabilecektir⁸⁹.

B. Süreli Feshe İlişkin Ortak Hükümler

1) Fesih Beyanının Muhataba Yöneltilmesi

Hem İK m.17 uyarınca hem de TBK m.432 uyarınca, iş sözleşmesini süreli olarak feshetmek isteyen taraf, fesihden önce durumu karşı tarafa bildirmelidir yani iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin irade beyanını karşı tarafa yöneltilmelidir⁹⁰. Feshe ilişkin irade beyanı, yenilik doğuran bir hakkın kullanımı olduğundan ve karşı tarafın hukuki dünyasını etkilediğinden, açık ve belirgin olması gerekir, bu bağlamda feshe ilişkin olarak yapılan teklifler yahut sorular fesih bildirimi sayılmayacaktır⁹¹. Tarafların fesih iradelerini yazılı, sözlü yahut aynı yönde bir takım davranış sergileyerek⁹² ortaya koymaları da mümkündür, tarafların davranışlarından biri, “güven teorisi” gereği iş sözleşmesini fesih iradesini yeterince açık bir şekilde ortaya koymaktaysa, fesih yapılmış sayılabilecektir⁹³. Şarta bağlı fesih bildirimi ise, yenilik

⁸⁹ ARSLAN-ERTÜRK, s.272-273.

⁹⁰ DEMİR, İş Hukuku, s.359; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.260; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.203; SÜMER, İş Hukuku, s.94; ARSLAN-ERTÜRK, s.273; aynı yönde Yarg. 22.HD. 2013/14712 E. 2013/4107 K. 28.02.2013 T.: “Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.”.

⁹¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.182; SÜMER, İş Hukuku, s.94; ARSLAN-ERTÜRK, s.273.

⁹² Yarg. İBGK 1958/31 E. 1959/26 K. 24.06.1959 T.: “Bu davalarda iş sahibi müddeti belli olmayan hizmet aktini ihbar mehline riayet etmeden feshetmiş veyahut her hangi bir fesih beyanında bulunmaksızın işçinin yerine girmesini yasak etmek gibi bir hareketle onun çalışmasına gerçekten engel olmuştur.”.

⁹³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.183; SÜMER, İş Hukuku, s.95; ARSLAN-ERTÜRK, s.273; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2009/1551 E. 2011/1493 K. 31.01.2011 T.: “Fesih bildiriminde fesih sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi

doğuran hakların doğası gereği, yapılamayacaktır⁹⁴. Bu durumun istisnası ise iradi şartın en tipik örneğini oluşturan değişiklik feshidir⁹⁵.

İş ilişkisinin taraflarından biri eğer iş ilişkisini süreli olarak feshetmek istiyorsa bu iradesini yukarıda anlatılan şekilde ortaya koymalı ve bu fesih iradesinin muhatabı olan karşı tarafa yöneltilmelidir aksi takdirde feshe ilişkin bir işlem söz konusu olmayacaktır⁹⁶. Fesih beyanının karşı tarafa yöneltilmesi durumunda feshin hangi anda gerçekleşmiş olacağı sorusunun cevabını TBK m.5 yollamasıyla Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerinde aramamız gerekmektedir. Nitekim yüz yüze yapılan fesihlerde (hazırlar arası), fesih beyanının derhal hüküm doğuracağı konusunda şüphe yoktur zira varma ile öğrenme arasında zaman farkı yoktur. Bir vasıta kullanılması durumunda (hazır olmayanlar arası) fesih beyanı karşı tarafa varmasıyla hüküm doğurur, karşı tarafın daha sonra öğrenmesi bu sonucu değiştirmez, karşı tarafın egemenlik alanına fesih iradesinin girmesiyle, fesih hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁹⁷. Öğretide baskın olarak kabul edilen bu görüşün aksine, fesih iradesinin ulaşma anından itibaren değil, feshin muhatabının fesih iradesini öğrendiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı da ileri sürülmektedir⁹⁸. Bu noktada, varma teorisi, öğrenmeye kıyasen

halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygulama, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir.”; Yargıtay bir kararında ücretsiz izine çıkarmayı, işverenin fesih iradesi olarak yorumlamış ve bunun sonuçlarını hüküm altına almıştır: Yarg. 9.HD. 2007/31333 E. 2008/33412 K. 04.12.2008 T.: “Belirtilen deliller birlikte değerlendirildiğinde; kökleşmiş içtihatlarımıza göre işverenin işçiye ücretsiz izin vermesi fesih niteliğindedir. Ücretsiz izne çıkarılan davacı işçinin bir başka yerde iş bulması bu somut hukuki olguyu değiştirmez. Öte yandan, davalı şirketin davacı işçiye başka bir iş bulamamasının külfeti işçiye yüklenemez. Ücretli izin belgesinin işçi tarafından imzalanması, tebliğ niteliğindedir. Yoksa kabul anlamına gelmez.”.

⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.260; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.182-183; OKUR, s.109; aynı yönde Yarg. 22.HD. 2013/14712 E. 2013/4107 K. 28.02.2013 T.: “Fesih bildirimi bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimi geçerli değildir.”.

⁹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.260.

⁹⁶ Yarg. 9.HD. 2016/17914 E. 2020/6119 K. 22.06.2020 T.: “İş sözleşmesi taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasıyla ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür. Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldıracı yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.”.

⁹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.505; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.358; DEMİR, İş Hukuku, s.359; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.183; Osman Güven ÇANKAYA/Cevdet İlhan GÜNAY/Seracettin GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2006, s.41; ARSLAN-ERTÜRK, s.274.

⁹⁸ Fesih bildiriminin ekseriyetle iş yerinde yapıldığı, bundan dolayı da varma ve öğrenme anının aynı ana denk geldiği durumlarda bu tartışmanın pratikte bir anlamı olmadığı lakin iş yeri dışında yapılacak fesihlerde ise ulaşma anının esas alınması gerektiği yönünde bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.350.

daha yararlı olacak ve ispat kolaylığı sağlayacaktır, ayrıca karşı tarafın öğrenmeden imtina etmesinin önüne de geçilebilecektir. Nitekim, TBK. m.11/2 hükmüyle kanun koyucunun da öğrenme teorisini değil varma teorisini benimsediği, yine aynı yönde İK m.17 hükmünün lafzında “durumun diğer tarafa bildirilmesi”, “bildirimin diğer tarafa yapılması” ifadeleri ile de varma teorisini benimsediğini ifade edebiliriz⁹⁹. Öte yandan Tebligat Kanunu m.21’de muhatabın adreste bulunmaması yahut tebligat almaktan imtina etmesi durumlarında da ulaşma anını tebligat tarihi olarak addetmektedir.

Fesih beyanı belirli koşullar altında geri de alınabilecektir¹⁰⁰. Bu konuda İş Kanunu’nda özel bir düzenleme bulunmadığından, TMK m.5 yollamasıyla TBK m.10’a ulaşmaktayız. TBK m.10 uyarınca geri alma fesih beyanından önce karşı tarafa ulaşmışsa yahut aynı anda ulaşması koşuluyla karşı taraf geri alma beyanını daha önce öğrenmişse, geri alma beyanı geçerli olarak kabul edilecektir¹⁰¹. Fesih beyanı, geleceğe etkili olarak sözleşmeyi sona erdirecektir. Bu sebeple fesih anına kadar doğmuş olan sözleşme hükümleri, fesihden etkilenmeyecek fesih hüküm ve sonuçlarını ileriye etkili olarak doğuracaktır.

2) Fesih Bildirim Süreleri

Bilhassa İş Kanunu’na tabi olmayan işçilerin iş sözleşmeleri feshedilirken ve İş Kanunu’na tabi olup da iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmeleri feshedilirken hem Türk Borçlar Kanunu’nda hem İş Kanunu’nda düzenlenen bildirim süreleri¹⁰²’nin önemi büyüktür. Zira bahsedilen iki grup işçinin sözleşmesi süreli olarak feshedilecekse, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek işçilerden farklı olarak, herhangi bir sebebe ihtiyaç duyulmamaktadır (örneğin geçerli neden). Bu durumda da bahsi geçen işçilerin bir anda işsiz kalmalarını engellemek¹⁰³,

⁹⁹ ARSLAN-ERTÜRK, s.275.

¹⁰⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.261.

¹⁰¹ İcabin geri alınması hususunda ayrıca bkz. EREN, Genel Hükümler, s.274; M. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.: I, Vedat Kitapçılık, 16.Bası, İstanbul, 2018, s.58; Safa REİSOĞLU, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2014, s.67; NOMER, s.50; CANSEL/ÖZEL, s.113-118.

¹⁰² Bildirim süreleri öğretide, “İhbar Öneli”, “İhbar Müddeti”, “İhbar Mühleti” adlarıyla da anılmaktadır.

¹⁰³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.185.

kendilerine yeni bir iş aramak¹⁰⁴ ve sürenin sonuna kadar ekonomik durumlarını gözden geçirebilmek adına, bildirim süreleri gerekli bir kurumdur. Öte yandan işveren içinse, bu süre içinde yeni bir işçi bulabilmek fırsatı sağlamaktadır¹⁰⁵. BİK m.6 ve m.7 ve DİK m.16/B hükümlerinde de bildirim sürelerine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Bildirim süreleri içerisinde, sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmekte ve taraflar edimlerini ifa etmekle yükümlü olmaya devam etmektedirler. Bu sebeple sözleşme askıda değildir. Süreli fesih bildirim sürelerinin sonunda hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır¹⁰⁶, dolayısıyla fesih bildirim süreleri içerisinde tarafların üzerlerine düşen borçlarını yerine getirmemesi borca aykırılık meydana getirecek, bu da diğer tarafa haklı nedenle sözleşmeyi derhal feshetmek hakkı verebilecektir¹⁰⁷. Fesih bildirim süreleri, feshin muhatabının hukuki alanına girdiği andan itibaren işlemeye başlar ve bildirim süreleri içerisinde iş sözleşmesi askıya alınırsa, askı hali ortadan kalkıncaya kadar bildirim süreleri işlemez¹⁰⁸.

Süreli fesih için öngörülen bildirim süreleri İK m.17’de yükselen kıdeme oranla artarak düzenlenmektedir¹⁰⁹. Örneğin işçinin iş sözleşmesi altı aydan az sürmüştse, işverenin sözleşmeyi süreli olarak feshetmek istemesi durumunda işçiye vereceği fesih bildirim süresi, fesih bildiriminin işçiye varmasından itibaren iki hafta olup, fesih varmadan itibaren iki hafta sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Başka bir örnekte ise işçinin iş sözleşmesi üç yıldan fazla sürmüştse, işçinin sözleşmeyi süreli olarak feshetmek istemesi durumunda işverene vereceği fesih bildirim süresi, fesih bildiriminin işverene varmasından itibaren sekiz hafta olup, fesih varmadan itibaren sekiz hafta sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Görüldüğü üzere, İK m.17’deki bildirim süreleri hem işçi açısından hem de işveren açısından geçerlidir¹¹⁰. Fesih

¹⁰⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.508; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.165; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.213; SÜMER, İş Hukuku, s.95.

¹⁰⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.259; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.185; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.165; SÜMER, İş Hukuku, s.96; ARSLAN-ERTÜRK, s.276.

¹⁰⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.513; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.364; DEMİR, İş Hukuku, s.360; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.264; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.186; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.166; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.204-205; SÜMER, İş Hukuku, s.97; OKUR, s.109.

¹⁰⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.264.

¹⁰⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.508-509; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.261; EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN, s.186-187; SÜMER, İş Hukuku, s.96.

¹⁰⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.508; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.360; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s.355; DEMİR, İş Hukuku, s.358; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.165; SÜMER, İş Hukuku, s.96.

¹¹⁰ ARSLAN-ERTÜRK, s.276.

bildirim süreleri, iş sözleşmesindeki işe başlangıç tarihi değil, işçinin fiilen işe başladığı, emeğini işverene sunmaya başladığı gün göz önüne alınarak hesaplanmalıdır¹¹¹.

Bildirim sürelerinin hesabı hususunda, İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığından, bu süreler TMK m.5 yollaması ile TBK m.92/1 uyarınca hesaplanır¹¹².

Sürelili fesih için öngörülen diğer bildirim süreleri ise TBK m.432'de düzenlenmiştir. Yine artan kıdem sürelerine oranla artarak öngörülmüş bildirim süreleri olsa da İş Kanunu'ndan farklı olarak burada daha kısa süreler öngörülmüştür¹¹³.

İK m.59/2 uyarınca yeni iş arama izni süreleri ile fesih bildirim süreleri içerisinde yıllık izin kullandırılmaz¹¹⁴.

Tüm iş kanunları ve Türk Borçlar Kanunu açısından öngörülen bildirim süreleri asgari nitelikte süreler olup, daha kısa sürelerin sözleşmelerle öngörülmesi¹¹⁵ mümkün değilken daha uzun bildirim sürelerinin öngörülmesi mümkündür¹¹⁶. Bildirim sürelerinin sözleşme ile ne kadar artırılabilmesi hususunda kanunda bir

¹¹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.509; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.362; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.262; SÜMER, İş Hukuku, s.96.

¹¹² SÜZEK, İş Hukuku, s.509; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.355; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.165; SÜMER, İş Hukuku, s.96.

¹¹³ Fesih sürelerine ilişkin işin niteliğinden kaynaklanmayan böyle bir farklılığın yaratılmasının isabetsiz olduğu yönünde bkz.: ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.355; Nuri ÇELİK, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri", https://www.mess.org.tr/media/files/6314_QD8652Z9M625.pdf, (11.03.2020), s.6.

¹¹⁴ Aynı yönde Yarg. 7.HD. 2016/17771 E. 2016/17890 K. 31.10.2016 T.: "Yıllık izin ile ihbar öneli iç içe geçemeyeceğinden yıllık izinin ihbar önelinden önce kullandırılması asıl olup hiçbir şekilde ihbar öneli ile yıllık izin iç içe girmemelidir."; SÜZEK, İş Hukuku, s.509; SÜMER, İş Hukuku, s.96.

¹¹⁵ Bu durumda kanundaki asgari sürelerin uygulanacağı yönünde bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.358.

¹¹⁶ Nitekim İK m.17 gerekçesinde de "...Kuşkusuz, bu süreler en az olup, bunların sözleşmelerle artırılmaları mümkündür..." şeklinde belirtilmiştir; aynı yönde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.509; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.361; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.356; DEMİR, İş Hukuku, s.358; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.262; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.185; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.165,169; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.204; SÜMER, İş Hukuku, s.96; ARSLAN-ERTÜRK, s.277; Emine Tuncay KAPLAN, "Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının Üst Sınırı Sorunu", https://www.mess.org.tr/media/files/6339_YL82664B4V9.pdf, (04.04.2020), (Üst Sınır), s.11; Yarg. 9.HD. 2009/1551 E. 2011/1493 K. 31.01.2011 T.: "Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir."

sınırlama öngörülmemiştir^{117,118}. Yargıtay, yerel seçimler sonucunda seçimi kazanarak görevi devralacak yeni yönetimi ağır bütçe yükü ile yüz yüze bırakmak ve işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesini zorlaştırmak amacıyla, toplu iş sözleşmeleri ile kabul edilen aşırı yüksek bildirim sürelerini hakkaniyete uygun bir indirime tabi tutmaktadır¹¹⁹.

İşverence, bahsettiğimiz bildirim sürelerine uyulmadan süreli fesih hakkı kullanılması durumunda, işçi bildirim süreleri içinde doğacak tüm haklarını işverenden talep edebilecektir¹²⁰.

¹¹⁷ Sözleşme serbestisi kılıfı altında sözleşme ile bildirim sürelerinin fahiş artırılması durumunda, hakkın tanınış amacı dışında kullanılmasını yasaklayan TMK m.2/2 aracılığıyla yargıcın sözleşmeye müdahale edebileceği yönünde bkz. KAPLAN, Üst Sınır, s.13.

¹¹⁸ Yarg. 9.HD. 2009/1551 E. 2011/1493 K. 31.01.2011 T.: “Bildirim önellerinin arttırılabileceği yasada belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hakim belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Üst sınırın en çok ihbar ve kötü niyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir.”.

¹¹⁹ Yarg. 9.HD. 2006/2630 E. 2006/9547 K. 11.04.2006 T.: “Davalıya ait iş yerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 23. maddesinde bildirim önelleri, 6 aydan az çalışan işçiler için 10 hafta, 6 ay - 1.5 yıl arası çalışan işçiler için 20 hafta, 1.5-3 yıl arası çalışanlar için 40 hafta ve 3 yıldan fazla hizmeti olanlar için 65 hafta olarak belirlenmiştir. Toplu iş sözleşmesinin aynı hükmünde bildirim şartına uyulmadığı taktirde, arttırılmış ihbar önelleri üzerinden ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği de açıkça kurala bağlanmıştır. Davacı işçi ihbar tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkemece anılan toplu iş sözleşmesi hükmü uygulanmak suretiyle davacı işçinin çalıştığı süreye göre belirlenen 65 hafta üzerinden hesaplanan ihbar tazminatı hüküm altına alınmıştır. Davalı işveren küçük bir belde belediyesi olup, eski belediye başkanı ile sendika arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinde ihbar önelleri fahiş şekilde belirlenmiştir. Yasal ihbar önellerinin 5 katından daha fazla.önel öngörülmüştür ki, toplu iş sözleşmesinin anılan düzenlemesinin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde korunmak istenen hukuki menfaatlerle de açıklanması mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde ihbar önellerinin arttırılmasına dair bir üst sınır olmaması, bu artışın sınırsız olarak yapılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksine düşünce tarzı, toplu iş sözleşmesi ile ihbar önelinin 10 yıl olarak belirlenmesine ve uygulanmasına da imkan verebilir. Yine, işverence kötü niyete dayanan bir fesih durumunda hesaplanması gereken kötü niyet tazminatının tutan da dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinde fahiş şekilde belirlenen ihbar önellerine hakim müdahalesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bunun karşısında yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile çözüme gidilmesi, zaman zaman hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde, "Herkes, haklarını açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" kuralı mevcuttur. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ihbar önelinin yüksek oluşu ve buna uyulmadığı taktirde ödenmesi gereken ihbar tazminatının tutarı, işverenin fesih hakkını önemli ölçüde sınırlandırmıştır. Aynı zamanda, işçi yönünden de bahsi geçen arttırılmış önellere göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının talebi, iyi niyetli bir davranış olarak değerlendirilemez. Gerçekten toplu iş sözleşmesinin anılan düzenlemesinin, iş güvencesi sağlayan kurumlardan biri olan ihbar tazminatı İş Kanundaki düzenlenme amacını açtığı açıktır. İşçilere yasanın tanıdığı koruma sınırları aşılmış ve işçilerin olağanüstü haklar edinmeleri sağlanmak istenmiştir.”.

¹²⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.520; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.267; aynı yönde Yarg. İBGK 1958/31 E. 1959/26 K. 24.06.1959 T.: ““...Halledilecek mesele, müddeti belli olmayan hizmet aktinin ihbar müddetleri beklenmeksizin veya ihbar şartı yerine getirilmeksizin ve haksız yere iş sahibi tarafından feshi halinde işçinin uğradığı zararların, kaide olarak, en önemlisi bulunan ücret alacağından mahrum kalma şeklindeki zararın karşılığının ne kadar müddete ait ücret üzerinden hesaplanacağı meselesidir. Kararların bir kısmında bu tazminatın o hadiselerde feshi ihbar müddeti

Öğretide TBK m.432/5 hükmünün İş Kanunu kapsamına giren iş ilişkileri bakımından uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Bir görüşe göre bu hüküm iş ilişkilerinde de geçerli olacak, işçi ve işveren tarafı için farklı bildirim süreleri öngörülmüşse, iki taraf için de daha uzun olan bildirim süresi uygulanacaktır¹²¹. Diğer görüşe göre ise, Türk Borçlar Kanunu'ndaki eşitlik sisteminin İş Hukuku'nda mutlak olarak uygulanamayacağı, genel hükümlerin İş Hukuku'nun niteliğine ve özelliğine uygun düşmediği takdirde iş ilişkilerine aynen aktarılmayacağı¹²², İK m.17/3'de yer alan özel hükmün karşısında TBK m.432/5 hükmünün, İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde geçerli olamayacağını, İK m.17'nin nispi emredici niteliği gereği bildirim sürelerinin sözleşmelerle aynı uzunlukta artırılabilmesi gibi işverenin tabi olacağı bildirim süresinin işçininkinden daha uzun olabileceğinin kararlaştırılabileceğini kabul etmektedirler¹²³. Biz de bu görüşü benimsemekteyiz¹²⁴. Nitekim Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır¹²⁵. Somut olayda işverenin uyması gereken süre, işçinin uyması gerekenden daha kısa ise, işverenin tabi olduğu sürenin işçinin tabi olduğu süreye çıkarılmasının uygun olacağı belirtilmektedir¹²⁶.

olan onbeş günlük iş parası (ücret) üzerinden hesaplanacağı kabul edildiği halde, diğer kararlarda işçinin yeni bir iş buluncaya kadar geçireceği müddete ait iş paraları üzerinden veya daha sonraki müddetlere ait iş paraları üzerinden tazminatın hesaplanacağı esası benimsenmiştir... müddeti belli olmayan bir hizmet aktinin iş sahibi tarafından haksız yere feshi halinde işçinin mahrum kaldığı ücrete karşılık olarak Borçlar Kanununun 96. maddesi hükmünce isteyeceği tazminatın hesabında ancak Borçlar Kanunu hükümlerince feshin ihbarı halinde beklenmesi gereken müddetin sonuna kadar olan zamana ait iş parasının esas alınacağına.”; Yarg. 9.HD. 1978/15693 E. 1978/3379 K. 28.02.1978 T.: “Bu takdirde ihbar öneli içinde...kıdem tazminatının hesabında...yeni haklar tanıyan toplu sözleşme yürürlüğe girmişse bunun da nazara alınması gerekir.”.

¹²¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.509; DEMİR, İş Hukuku, s.358; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s186; SÜMER, İş Hukuku, s.96; Polat SOYER, “İş Sözleşmesinin Feshinde İhbar Önellere Eşitliği İlkesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/316362>, (06.08.2019), (İhbar Önellere Eşitliği), s.670-674.

¹²² SÜZEK, İş Hukuku, s.510.

¹²³ SÜZEK, İş Hukuku, s.510; Erdem ÖZDEMİR, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, https://www.mess.org.tr/media/files/6316_LQKTESD7N24.pdf, (09.09.2020), (Eleştirel Bakış), s.109.

¹²⁴ İstisnai olarak işçinin tabi olacağı bildirim süresinin işverenin tabi olacağı bildirim süresinden daha uzun olarak kararlaştırıldığı bazı iş ilişkilerinde, bu kararlaştırmanın işçi lehine sonuçlar doğurabilecek nitelikte olması halinde, kararlaştırılan sürelerin İş Hukuku'nun özüne uygun düştüğü ölçüde geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

¹²⁵ Yarg. 9.HD. 2001/20615 E. 2002/6928 K. 30.04.2002 T.: “Oysa Dairemizin yerleşik kararları uyarınca ihbar tazminatı sosyal kamu düzeni ile ilgili olup artırılmış ihbar önellere ait ücrete sadece işveren mahkum edilebilir. Davalı işçinin ihbar öneli tanımıksızın hizmet akdini feshetmiş olması nedeniyle sekiz haftalık yasal ihbar tazminatı yerine yazılı şekilde daha fazla ihbar tazminatından sorumlu tutulmuş olması hatalıdır.”.

¹²⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.510-511. Eğer işçinin daha lehine olacak ise; işçinin uyması gereken bildirim süresinin, en az işverenin uyması gereken bildirim süresine kadar kısaltılabilemesinin de uygun bir çözüm olarak karşımıza çıkacağı kanaatindeyiz.

3) Peşin Ödeme Suretiyle Fesih

İK m.17/5 uyarınca, bildirim süreleri boyunca işçiye çalıştırmak istemeyen işveren, bu sürelerle ilişkin tutarı peşin vermek suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilme imkanına sahiptir¹²⁷. İş Kanunu ile sadece işverene tanınmış bu hakkın mantığında, sözleşmesi feshedilen işçinin veriminin ve bağlılığının düşeceği realitesi vardır¹²⁸. Nitekim Yargıtay da “...işveren dahi, ilgisi ve verimi azalabilecek bir işçinin çalıştırılmasından doğabilecek zararlardan korunmuş olacaktır...” şeklinde hüküm kurarak, hükmün mantığını açıklamaya çalışmıştır¹²⁹. Diğer yandan, bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin alan işçi de, kendisine yeni bir iş aramaya tam olarak konsantre olabilecek, bu süreçte de eline toplu bir meblağ geçtiği için daha sürdürülebilir bir maddi kaygı yaşayacaktır¹³⁰.

İşverenler, süreli fesih hakkını kullandığında, bildirim sürelerini bölüp, bir kısmını peşin ödeyip bir kısmını kullandıramaz, bildirim süreleri tam uygulanmalı ve sürenin kısmen kullandırıldığı durumlarda, tüm süre üzerinden ihbar tazminatı ödenmelidir¹³¹. Kanımızca bu içtihadı bütün süreli fesiHLere aynı şekilde uygulamak sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. Sözgelimi, sekiz haftalık ihbar süresi olan üst düzey kalifiye bir yazılımcının sözleşmesini süreli feshetmek isteyen bir işveren yazılım şirketi olduğunu varsayalım, yazılımcının bahsedilen düzeyde yetenekleri gereği, işveren aynı nitelikte yazılımcı bulmanın zor olabileceğini doğal olarak düşünecektir ve sekiz haftalık ihbar süresini aynı düzeyde bir yazılımcı bulmak için kullanmak isteyecektir. İşveren aradan geçen dört haftanın ardından hala istediği düzeyde yazılımcı bulamamakta ve yazılımcı da sözleşmesi süreli olarak feshedildiği için, işini -haklı nedenle fesih seviyesinde bir kusur derecesinde olmasa da- önemli

¹²⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.517; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.369; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.362; DEMİR, İş Hukuku, s.362; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.271; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.187; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.167; SÜMER, İş Hukuku, s.98.

¹²⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.517; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.362; MOLLAMAHMUT OĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.271.

¹²⁹ Yarg. HGK. 1963/4-39 E. 1963/59 K. 29.05.1963 T.

¹³⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.517; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.363; DEMİR, İş Hukuku, s.362.

¹³¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.517-518; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.361; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.262,269; Uğur OCAK, İşçilik Alacakları, 2. Kitap, Ankara, 2015, s.863; aynı yönde Yarg. HGK. 1991/9-338 E. 1991/426 E. 25.09.1991 T.: “1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin (A) bendinde öngörülen önellerin bütünlük arzettiği bu nedenle bunların bölünerek uygulanamayacağı görüşü tartışmasız kabul edilmektedir.”.

ölçüde savsaklamaktadır. İşveren, yazılımcının işini önemli ölçüde aksatması üzerine kalan dört haftalık bildirim süresine ilişkin ihbar tazminatını peşin olarak ödeyerek bu ilişkiyi sona erdirebilmelidir zira artık bu sözleşmenin devamı işverene önemli ölçüde zarar verecektir. İşini önemli derecede aksatan işçiye, “İhbar Önelllerinin Bölünmezliği İlkesi”nin gereği olarak bir de bildirim sürelerinin tamamına ilişkin ihbar tazminatı verilirse, işçinin kusurlu davranışı ödüllendirilmiş olacaktır ki bu da “Kimse kendi kusurlu davranışından kendi lehine hak çıkaramaz.” ilkesi ile çelişecektir. Lakin verdiğimiz örnek genişletici yoruma tabi tutulmamalı, bu ve bunun gibi durumlara has olarak işletilmelidir, aksi takdirde yine İş Hukuku gayesinden uzaklaşılacaktır.

Yine Yargıtay, fesih bildirim süresi bölünemeyeceğinden, işçinin işverene Kanun’dakinden daha az bildirim süresi tanınmasını, süre hiç tanınmamışçasına yapılan fesihle aynı hüküm ve sonuçlara bağlamıştır¹³².

Yargıtay, yerleşmiş içtihadı gereği, bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi durumunda, işçinin bildirim süreleri içerisinde gerçekleşebilecek haklarını talep edemeyeceği yönünde hüküm kurmakta¹³³ lakin bu hükmü işverenlerin peşin ödeme yolunu kötüye kullanarak, bildirim süreleri içerisinde gerçekleşecek haklardan yararlanırmamak maksadıyla yaptığı durumlarda, işçinin bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklarını talep edebileceğine hükmetmektedir¹³⁴.

¹³² Yarg. 9.HD. 1996/17132 E. 1996/24194 K. 25.12.1996 T.: “Davalının verdiği önel çalışma süresine göre 14/5 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinde öngörülen 8 haftayı bulmamaktadır. Ayrıca ihbar öneli bölünemeyeceğinden yapılan fesih önelsiz bir nitelik taşımaktadır.”.

¹³³ Yarg. 9.HD. 2005/25001 E. 2005/13861 K. 20.04.2005 T.

¹³⁴ Yarg. 9.HD. 2014/12673 E. 2014/15344 K. 12.5.2014 T.: “Dairemizin “davacıya davalı ... Belediyesi tarafından iş akdinin feshi üzerine kıdem ve ihbar tazminatı toplamının taksitler halinde ödenmesine karar verildiği ve ilk taksitin 21.12.1999 tarihinde ödendiği, ihbar tazminatının tamamının ödenmemekle birlikte tarafların rızası ile taksitler halinde de olsa ödenmeye başlandığından davacının kıdem tazminatı tavan farkı talep etmesinin mümkün olmadığı” gerekçesi ile verilen karara karşı yerel mahkemece “yerleşmiş Yargıtay içtihatları uyarınca ihbar öneli tanınmaksızın yapılan bildirimli fesihlerde ihbar tazminatının peşin ödenmediği hallerde ihbar öneli içerisinde meydana gelen her türlü artış ve zamlardan işçinin yararlanacağına öngörüldüğü, davacının tazminatlarının da peşin ödenmediği, davacının 8 haftalık ihbar önelinin 16.01.2000 tarihinde sona erdiği, 01.01.2000 tarihinde ise kıdem tazminatı tavan miktarının arttığı, davacıya işverence ilk taksidin 21.12.1999 tarihinde son taksidin 22.09.2000 tarihinde ödendiği, alacakların taksitle ödenmesinin davacının iradesi dışında davalı işveren tarafından gerçekleştirildiği, davacının kıdem tazminatı tavan farkını talep edebileceği” gerekçesi ile direnilmiş olup, taksitli ödemelerin davalı tarafından tek taraflı alındığı, ihbar önelinin peşin ödenmediği, direnme gerekçesinin Dairemizin yerleşik içtihadına uygun olduğu, bu nedenle direnmenin doğru olduğu, yerel mahkemesince bu hususun düzeltilmesi anlaşıldığından, dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun geçici ek ikinci maddesi uyarınca ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 12.05.2014 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”; aynı yönde Yarg. 9.HD. 1991/4473 E. 1991/7311 K. 08.04.1991

Yargıtay, işçinin TİS ile peşin ödeme halinde fesih bildirim süreleri içerisinde gerçekleşecek haklardan yararlanması kararlaştırılmışsa, bu haklardan yararlanılacağını hüküm altına almaktadır¹³⁵.

Şunu da belirtmek gerekir ki, her ne kadar İK m.17/5 ile peşin ödeme suretiyle fesih hakkı sadece işverene tanınmışsa da işçiye de iş sözleşmesi yahut Toplu İş Sözleşmesi ile bu hak tanınabilecektir¹³⁶. Buna karşılık iş sözleşmesi yahut Toplu İş Sözleşmesinde böyle bir kararlaştırma yoksa, işçi iş sözleşmesini peşin ödeme suretiyle feshedemez¹³⁷, işverenden de bildirim süreleri yerine peşin ödeme talep edemez¹³⁸.

C. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Süreli Feshinde Şekil

İş sözleşmesinin taraflarının, fesih bildiriminde bulunmaları konusunda belirli bir zaman kısıtlaması bulunmamakla beraber, dürüstlük kuralı gereği, tarafların süreli fesih hakkını uygun bir zamanda kullanmaları gerekir¹³⁹. Örneğin siparişin çok arttığı bir süreçte salt işvereni zarara uğratmak maksadıyla işçinin süreli fesih hakkını kullanması, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. TBK m.432/6 gereği iş sözleşmesinin askıda olduğu dönemlerde de fesih beyanında bulunulabilirse de, askı süreleri içerisinde bildirim süreleri işlemeyecektir¹⁴⁰.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçiler açısından, İK m.18 hükmü -İK m.19 hükmü uygulama alanı bulamayacağından- süreli feshin kullanılması

T.; Fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, işçinin sözleşmesi peşin ödeme suretiyle feshedilmiş dahi olsa, fesih bildirim süreleri içerisindeki gerçekleşecek haklardan yararlanması gerektiğini yönünde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.519.

¹³⁵ Yarg. 9.HD. 1998/21690 E. 1998/2377 K. 24.02.1998 T.

¹³⁶ DEMİR, İş Hukuku, s.362; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2000/296 E. 2000/561 K. 26.01.2000 T.: “*Davalı işverence ihbar öneli verilerek hizmet aktinin feshedildiğinin bildirilmesi üzerine davacı işçi ihbar önelini kullanmak istemediğini kıdem tazminatının kendisine ödenmesini talep ettiğine ve Toplu İş Sözleşmesinde ihbar önelini kullanmaktan vazgeçme halinde ihbar tazminatının ödeneceği şeklinde bir hüküm bulunmadığına göre davacı lehine ihbar tazminatına karar verilmesi hatalıdır.*”.

¹³⁷ Gazetecilerin, kıdemi ne olursa olsun bir aylık ihbar bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi her zaman feshedebileceğine yönelik bkz. DEMİR, İş Hukuku, s.362.

¹³⁸ DEMİR, İş Hukuku, s.362; OKUR, s.111. Kanaatimizce, her ne kadar kanunda bu hak sadece işverene tanınmışsa da istisnai durumlarla sınırlı kalmak üzere işçiye de bu hakkı tanıyacak şekilde pozitif bir düzenleme getirmek, İş Hukuku’nun gayesine daha uygun düşecektir.

¹³⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.261; ARSLAN-ERTÜRK, s.277.

¹⁴⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.261.

noktasında herhangi bir şekil kuralı öngörmemiştir. Lakin taraflar aralarındaki iş sözleşmesi ile yahut Toplu İş Sözleşmesi ile süreli fesih hakkının kullanılması hususunda sebep bildirilmesi şartı öngörebilirler ki bu durumda fesih sebebinin bildirilmemesi feshi usulsüz hala getirecektir¹⁴¹. Bu noktada öğretilerde tartışmalar ortaya çıkmış, İK m.109 hükmünün bu kapsamda uygulanabilirliği sorgulanmıştır. Öğretilerde bazı yazarlar, fesih bildirimlerinin İK m.109 uyarınca İş Kanunu kapsamında yapılacak bildirimlerin başında geldiğini, her ne kadar İK m.17’de süreli fesihler açısından bir şekil şartı öngörülmemişse de İK m.109 uyarınca süreli fesih bildirimlerinin yazılı olarak yapılması gerektiğini belirtmişlerdir¹⁴². Söz konusu yazılı şekil adi yazılı şekildir¹⁴³ ve sözleşmenin iki tarafı için de geçerlidir¹⁴⁴.

İK m.109 uyarınca yapılacak bildirimlerde, bildirimin muhatabının bildirimi imzalaması gerekmektedir, imzalatılan belge bildirimin bir sureti yahut ayrı bir belge de olabilecektir¹⁴⁵. Kendisine fesih bildirimi yapılan taraf, belirtilen belgeyi imzalamaktan imtina ederse, durum orada bir tutanakla tespit edilir ve bu tutanağa duruma şahit olan kişilerin de imza atması gerekir¹⁴⁶. Fesih bildirimi posta yoluyla da yapılabilecektir, bu durumda süreli feshe ilişkin bir ibarenin zarfın üzerinde yazması ve gönderinin taahhütlü olarak yapılması gerekmektedir¹⁴⁷. Feshin muhatabının tebligatı almaktan yahut imzadan imtina etmesi halinde, tebligat görevlisinin belgeye koyduğu açıklama tutanak sayılacaktır¹⁴⁸.

Yine öğretilerde İK m.109 hükmü uyarınca getirilen yazılılık ve imza koşullarının geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu tartışılmıştır. Hakim görüşe göre, İK

¹⁴¹ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.164.

¹⁴² SÜZEK, İş Hukuku, s. 506; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.260; SÜMER, İş Hukuku, s.95; ARSLAN-ERTÜRK, s.278; OKUR, s.109; K. Ahmet SEVİMLİ, “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, <http://mail.ceis.org.tr/dergiDocs/makale214.pdf>, (10.09.2020), s.21; Gizem SARIBAY, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal, İstanbul, 2007, s.84.

¹⁴³ Ercan AKYİĞİT, İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Seçkin, Ankara, 2008, (Şerh) s.611; SEVİMLİ, s.22.

¹⁴⁴ AKYİĞİT, (Şerh), s.611; GÜVEN/AYDIN, s.193; SEVİMLİ, s.21; SARIBAY, s.84.

¹⁴⁵ ARSLAN-ERTÜRK, s.278.

¹⁴⁶ AKYİĞİT, (Şerh), s.611; SEVİMLİ, s.22.

¹⁴⁷ ARSLAN-ERTÜRK, s.278-279.

¹⁴⁸ SEVİMLİ, s.22; BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.329.

m.109'da getirilen yükümlülükler ispat şartıdır¹⁴⁹. İspat şartı hususunu savunan yazarların, görüşü savunmalarının temel sebebi ise İK m.109 gerekçesidir¹⁵⁰.

Öğretide yer alan diğer görüşlerden biri ise hem işçi hem de işveren tarafından yazılı delil sunulmadığı durumlarda, fesih bildiriminin yapıldığının, içeriğinin ve zamanının tanık beyanları ile ispatının mümkün olduğu, bu nedenle de burada öngörülen şekil şartının ispat kolaylığı sağlamaya yönelik olduğu, HMK m.200 hükmü bağlamında ispat şartı olarak yorumlanmasının katı bir yaklaşım olacağı ve İş Hukuku'nun gayeleri ve temel ilkeleriyle bağdaşmayacağı yönündedir¹⁵¹. Nitekim bahsi geçen yazılı şeklin ispat şartı olarak kabul edilmesi, süreli feshin mutlaka yazılı belge ile kanıtlanması sonucunu doğuracaktır lakin bu durum bilhassa işçi tarafından yapılan fesihlerde, işverenin fesih bildirimini tebellüğden imtina etmesi durumunda sorun teşkil edecek, işçinin imtinayı ispatlayacak tutanağı imzalatacak birini bulması neredeyse imkânsız olacaktır¹⁵². Kanımızca durum kendi içerisinde ikiye ayrılarak değerlendirilmelidir zira fesih başka bir kurum ve hukuki bir işlemken, fesih iradesini tebellüğden imtina ise başka bir hukuki olgudur. Dolayısıyla işçi yahut işveren tarafından yapılan fesihlerde, feshin yazılı olarak ispatlanması noktasında öngörülen şekil şartı ispat şartı olarak değerlendirilip feshin yazılı delillerle ispatlanması gerekecekken, fesih iradesini tebellüğden imtina ise zaten niteliği gereği hukuki bir işlem olmadığından ve HMK m.200 kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, her

¹⁴⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.506; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.352; MOLLAMAHMUT OĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.260; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.183; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.203; SÜMER, İş Hukuku, s.95; GÜVEN/AYDIN, s.193; ARSLAN-ERTÜRK, s.279; DOĞAN-YENİSEY, Emredici Yapı, s.349; SEVİMLİ, s.22; BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.329.

¹⁵⁰ “İspat yönünden bildirimlerin yazılı olarak yapılması öngörülmüştür.”; Aynı yönde Yarg. İBGK 1958/28 E. 1959/17 K. 18.02.1959 T.: “Bu sebeplerle, yukarıda da izah olunduğu gibi, esas itibarıyla iş akdinin muteberliği dahi hususi bir şekle tabi tutulmamış olduğuna göre bunun feshinin yazılı şekle tabi tutulduğunun dolayısıyla İş Kanununun 6 ncı maddesiyle kabul edilen şeklin bir muteberlik şekli olduğunu kabulü doğru olamaz. Bilakis, mezkur madde ile benimsenmiş bulunan şeklin sadece bir ispat kaidesi olduğunun kabulü işin icaplarına, menfaatler ihtilafına, nihayet hukuk muteberiyet şekli olduğunun kabulü halinde iş akdinin feshinin sözle ihbar ediliş ve tarafların da ihbarın yapıldığında söz birliği etmiş olmalarına rağmen akdin hukuken devam ettiğinin ve bu sebeple de, akit fiilden sona ermiş olmasına rağmen, işçinin iş verenden kıdem ve ihbar tazminatı ile takdir tazminat istemeyeceğini kabulü gerekir ki böyle bir hal tarzı da hiç bir suretle terviç edilemez.”; Yarg. 9.HD. 2000/9309 E. 2000/12891 K. 03.10.2000 T.: “Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre yazılı bildirim feshin geçerlilik koşulu olmayıp sadece kanıtlama biçimidir. Bu durumda salt feshin yazılı olarak yapılmamış oluşu ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılması nedeni olarak kabul edilemez.”; Yarg. 9.HD. 2009/1551 E. 2011/1493 K. 31.01.2011 T.: “Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.”.

¹⁵¹ AKYİĞİT, (Şerh), s.611; SEVİMLİ, s.22.

¹⁵² ARSLAN-ERTÜRK, s.280.

türlü delille ispatlanabileceği noktasında şüphe olmayacaktır, dolayısıyla yukarıdaki tartışmanın kanımızca pratik bir karşılığı yoktur¹⁵³.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshi hususunda, kanun koyucu “Geçerli Neden” sınırlamasını getirmemiş olmasına rağmen, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, süre sınırlamasına tabi kılmış ve bunun haricinde de işveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla İK m.17/4 hükmü ile tazminat ödeme yükümlülüğü getirmiştir¹⁵⁴.

Bir grup işçi vardır ki, iş güvencesi hükümlerine tabi olsun yahut olmasın, iş sözleşmelerinin feshi noktasında istisna oluşturmaktadır. Bunlar iş yeri sendika temsilcileridir. STİSK m.24 hükmü ile iş yeri sendika temsilcilerine tanınan güvence kapsamında, iş yeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmeleri haklı bir neden olmadıkça ve nedeni yazılı olarak açık ve kesin bir şekilde belirtilmedikçe, işveren tarafından feshedilemeyecektir, burada öngörülen yazılı şekil ise geçerlilik şartıdır¹⁵⁵.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan bir diğer grup işçiler ise, İş Kanunu’na tabi olmayıp Türk Borçlar Kanunu’na tabi olan işçilerdir. Bu işçilerin sözleşmelerinin süreli feshine ilişkin TBK m.431 ve m.432 hükümleri, fesih bildirimine ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörmemektedir. Bu açıdan fesih, SMS, fax, e-posta, hatta sözlü dahi yapılabilecek, fesih iradesi örneğin işçinin elektronik giriş kartını iptal etmek gibi iradeyi ortaya koyan davranışla da ortaya konulabilecektir¹⁵⁶.

¹⁵³ Yarg. İBGK 1957/23 E. 1959/20 K. 11.03.1959 T.: “Kiralayanın edayı reddetmesi bir hukuki muamele değil, bir maddi vakiydir. Usulün 288. ve sonraki maddelerinde, maddi vakıaların değil, ancak hukuki muamelelerin ispatı bakımından şahit dinlenemeyeceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Demek ki maddi vakıalar şahit dinletme yasağının şümulü dışında kalmaktadır.”; Aynı yönde bkz. İlhan E. POSTACIOĞLU, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, 6.Bası, İstanbul, 1975, s.569 vd.; Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.: II, Demir Demir Yayıncılık, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001, (HMK Usulü), s.2203 vd.; Baki KURU, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, (İstinaf), s.359 vd.; Hakan PEKCANİTEZ, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, 15.Bası, İstanbul, 2017, s.1839; Hakan PEKCANİTEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, 5.Bası, İstanbul, 2017, s. 375-376; Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 24.Baskı, Ankara, 2013, s.388 vd.; Bilge UMAR, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 617 vd.; Ejder YILMAZ, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Değiştirilmiş 2.Baskı, Ankara, 2013, (şerh), s. 1080 vd.; Yavuz ALANGOYA/M.Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7.Baskı, İstanbul, 2009, s.379 vd.

¹⁵⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.524; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.369; DEMİR, İş Hukuku, s.369; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.274; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.191; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.169; ARSLAN-ERTÜRK, s.281.

¹⁵⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.506.

¹⁵⁶ ARSLAN-ERTÜRK, s.282.

Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin iş sözleşmeleri feshedilirken şekil şartı öngörülmemiş olduğundan HMK m.200 gereği bu işçilerin sözleşmelerinin feshi noktasında kesin delillerle ispat edilebilme hususu değerlendirilmelidir. Kira hukuku uygulamasında, kira sözleşmesinin feshi noktasında kesin delillerle ispat edilip edilmeyeceği, kira sözleşmesinin yıllık değerine bakılarak karar verilmekte, sözleşmenin değeri feshin ispatı noktasında HMK m.200 anlamında ispat sınırı olarak kullanılmaktadır. *KURU*¹⁵⁷ da buna benzer olarak işçinin yıllık ücreti, HMK m.200'deki güncel sınırı geçtiği takdirde hizmet sözleşmesinin de kesin delillerle ispat edilmesi gerektiğini söylemektedir. HMK m.200 gereği belirtilen sınırı geçen hukuki işlemlerin doğumu olduğu gibi düşürülmesi de kesin delillerle ispat edilmelidir. Bu sebeple sözleşmenin feshinin de kesin delillerle ispatı gerekir. Lakin yine *KURU*¹⁵⁸, yazılı hizmet sözleşmesi yapılmasının teamüle aykırı olduğu durumlarda, hizmet sözleşmesinin varlığının tanıkla ispat edilebileceğini belirtmektedir. (HMK m.203/1/b) Bu doğrultuda HMK m.203/1/b gereği feshin senetle ispatlanması, işin niteliğine ve tarafların durumların aykırı ise feshin tanıkla ispat edilebileceği sonucuna varılabilir.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesi süreli olarak feshedilirken, aşağıda bahsedeceğimiz ihtar kurumu¹⁵⁹, işçinin savunmasının alınması mekanizması¹⁶⁰ ve feshin son çare olması ilkesi¹⁶¹nin uygulanmadığını, bu kapsamdaki işçilerin iş sözleşmelerinin işverence fesih hakkının sadece “Bildirim Süreleri” ve dürüstlük kuralı ile sınırlandırılmış olduğunu belirtmek gerekir. Lakin günümüzün başat sorunlarından biri haline gelmiş Covid-19 salgını(pandemi) sebebiyle, işverenlerin süreli yahut süresiz fesih hakkı 7244 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ile İş Kanunu'na eklenen geçici onuncu maddenin birinci fıkrası uyarınca 17.04.2020 tarihinden itibaren üç ay süreyle- Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri hariç olmak üzere- sınırlanmıştır¹⁶². Belirtilen güvence hem Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler açısından hem de diğer tüm iş kanunlarına tabi

¹⁵⁷ KURU, C.: II, (HMK Usulü), s.2242.

¹⁵⁸ KURU, C.: II, (HMK Usulü), s.2235.

¹⁵⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.584.

¹⁶⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.587-588.

¹⁶¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.580 vd.; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.98.

¹⁶² Fesih hakkı sınırlandırılması muhtelif tarihlerde yenilenerek devam etmiş olup, en son 29.12.2020 tarihli Resmî Gazete 'de 17.01.2021 tarihinden itibaren iki ay süre ile daha uzatılacağına karar verilmiştir.

işçiler açısından geçerli olup, yasa koyucunun amacı işçiye sosyal açıdan korumanın yanında ekonomik ve sosyal hayatın devamlılığını sağlayabilmektir¹⁶³. İşverenlere yüklenen bu yükümlülük karşısında her ne kadar işverenler işçilerinin sözleşmelerini feshedemese de kısa çalışma yöntemine yahut ücretsiz izin uygulamalarına geçebileceklerdir. Kısa çalışma yönteminin uygulanması ihtimalinde işçilerin ücretleri bir miktar azalabilecektir, bunun yanında ücretsiz izin uygulanması halinde işçiler hiç ücret alamayacaklardır. Nitekim yasa koyucu işçilerin sözleşme koşullarının yerine getirilmediğinden bahisle haklı nedenle fesih hakkını da sınırlanmış, işverene yüklenen fesih yasağı yükümlülüğünün karşısında, menfaat dengesini sağlamaya çalışmıştır¹⁶⁴.

D. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin İş Sözleşmelerinin Süreli Feshi

1) Genel Olarak İş Güvencesi Hükümleri

İş güvencesi¹⁶⁵ne tabi olma koşulları İK m.18’de belirtilmiştir. Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, iş güvencesine ilişkin hükümler, İş Kanunu kapsamındaki işçiler¹⁶⁶ ile BİK m.6/son yollamasıyla Basın İş Kanunu Kapsamındaki işçiler açısından uygulama alanı bulabilecek, Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler ile Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler açısından uygulama alanı bulamayacaktır¹⁶⁷. 158 sayılı uluslararası sözleşmenin 2.maddesine göre iş güvencesi

¹⁶³ Seracettin GÖKTAŞ, “Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi”, https://www.mess.org.tr/media/files/7113_OFS1KGUEREsicil43.pdf, (23.09.2020), (Covid-19), s.285-286.

¹⁶⁴ Göktaş, Covid-19, s.282.

¹⁶⁵ “Yoğun bir iş güvencesi sisteminin olmadığı bir hukuk düzeninde, tüm iş hukuku kâğıt üzerinde kalır.”: Wolfgang BLOMEYER, “Alman Hukukunda Feshe Karşı Korumanın Sosyal ve Ekonomik Önemi”, Almanya’da ve Türkiye’de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, BASİSEN Yayını, İstanbul, 1985, s.72’den aktaran Semih Serkant AKTUĞ, “İş Güvencesinin Sosyal, Ekonomik, Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi”, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/ssaktug.pdf>, (20.12.2020), s. 27.

¹⁶⁶ İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için her şeyden önce kişinin iş sözleşmesi ile çalışması gereken bir “işçi” olması gerektiği, kamu görevlisi statüsünde bulunan ve kendi özel kanununda işçi olmadığı belirtilen sözleşmeli personellerin işten çıkarılması hususunda İş Kanunu ve iş güvencesi hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.199.

¹⁶⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.537-538; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.497; DEMİR, İş Hukuku, s.374; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.280; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.164; GÜVEN/AYDIN, s.163-164; Nitekim Yargıtay bir kararında, bu kanunlar kapsamına girmese dahi İş Kanunu’nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağını toplu iş sözleşmesi ile kabul edilmesinin geçerli olacağını kabul etmiştir.: Yarg. 9.HD. 2008/40711 E. 2008/34678 K. 22.12.2008 T.

hükümlerinin bütün işkolları ve iş akdine göre çalışanlar hakkında uygulanacağı hükmü karşısında, farklı kanunlara tabi olma bakımından yukarıdaki gibi bazı işçilerin iş güvencesi kapsamı dışında bırakılması, 158 sayılı sözleşmeye ile bağdaştırılması güç bir durumdur¹⁶⁸.

İş güvencesine tabi olma bakımından bir diğer kriter ise, iş yerinde en az otuz işçinin çalışmasıdır^{169,170}. Bilim kurulu taslağında bu sayı on iken kanun değişikliği ile otuza çıkarılmıştır. Almanya’da on ve üzeri işçi çalıştıran işyerleri, Avusturya da beş ve üzeri işçi çalıştıran işyerleri iş güvencesi kapsamındayken, Türkiye’de bu sayının otuz olarak belirlenmesi eleştiriye açık olarak değerlendirilebilir^{171,172}. Nitekim otuz işçi kriterine yönelik İş Kanunu hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile iptal davası açılmışsa da Anayasa Mahkemesi hükmün anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir¹⁷³. Otuz işçi kriterinin uygulanmasında aynı işverene ait aynı

¹⁶⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.538.

¹⁶⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.538; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.498; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.378; DEMİR, İş Hukuku, s.315; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.279; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.200; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.172; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.209; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.197; SÜMER, İş Hukuku, s.99; GÜVEN/AYDIN, s.166; Cevdet İlhan GÜNAY, “İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih”, https://www.mess.org.tr/media/files/6327_P1AB800B2Z14.pdf, (20.09.2020), (Fesih), s.61; Selma BETİN/Uğur OCAK, İş İade Davaları, Tercih Kitabevi, Ankara, 2020, s.191 vd.

¹⁷⁰ Otuz işçi kriterinin uygulanması bakımından mülkiyet (ülkesellik) esasının değerlendirilmesi hususunda bkz. Aziz Can TUNCAY, “İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu”, https://www.mess.org.tr/media/files/6342_2Q3O2M04L76.pdf, (20.09.2020), s.75-82; Serkan ODAMAN, “Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6342_2Q3O2M04L76.pdf, (20.09.2020), (Yurtdışı), s.82-87.

¹⁷¹ Mustafa ALP, “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754347>, (27.12.2020), (Sosyal Haklar), s.37; benzer yönde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.200. İşçi ile işveren arasındaki şahsi münasebetlerin ön plana çıktığı ve işin başarısının uyumlu ve güzel bir çalışma ortamına bağlı olduğu küçük çaplı işyerlerinde işçilerin daha basit bir usulle işten çıkarılmasının bu özelliklerin gereği olarak kabulü yönünde bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.378.

¹⁷² Otuz işçi kriterinin Anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğu hususunda bkz. Sarper SÜZEK, “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği”, https://www.mess.org.tr/media/files/6327_P1AB800B2Z14.pdf, (20.09.2020), (Gelecek), s.17.

¹⁷³ AYM 2003/66 E. 2005/72 K. 19.10.2005 T. 24.11.2007 R.G. S.26710: “İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir. İşçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir

işkolu¹⁷⁴ndaki işyerleri de göz önüne alınacaktır^{175,176}, İK m.18/4 hükmü uyarınca sadece aynı “iş kolu”ndan bahsedilmiş lakin aynı il sınırları ibaresi kullanılmamıştır o halde aynı işverene ait aynı il sınırları içerisinde birden fazla iş yeri de olsa bu işyerleri aynı iş kolunda değilse, toplam işçi sayısının belirlenmesinde göz önüne alınamayacaklardır¹⁷⁷. Yargıtay otuz işçi kriterinin hangi tarihe göre belirleneceği hususunda fesih bildiriminin yapıldığı tarihi göz önünde bulundurmuş, otuz işçi sayısının belirlenmesi hususunda dikkate alınacak işçilerin iş sözleşmelerinin devam ediyor olması yeterli olup söz edilen işçilerin fiilen çalışması gerekmediğine hükmetmiştir¹⁷⁸. Yargıtay, şirketler arasında organik bağ bulunması halinde, otuz işçi ölçütünün belirlenmesinde şirketlerin aynı işkolunda bulunmasının zorunlu olmadığını¹⁷⁹, kanımızca da isabetli olarak hükme bağlamıştır¹⁸⁰. Otuz işçi sayısına

denge oluşturulduğu görüldüğünden kural, Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 49. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.”.

¹⁷⁴ İşkolu kavramı ve tespiti hususunda geniş bilgi için bkz. Gökhan YILMAZ, “Güncel Yargıtay Uygulaması Işığında İşkolu Kavramı ve İşkolu Tespiti”, https://www.mess.org.tr/media/files/6790_9EDHGY9CCsicil_38.pdf, (13.03.2020), s.139-158.

¹⁷⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.540; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.498; DEMİR, İş Hukuku, s.316; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.279; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.201; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.174; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.209; SÜMER, İş Hukuku, s.99; GÜVEN/AYDIN, s.166; Yarg. HGK. 2007/9-775 E. 2007/786 K. 24.10.2007 T.: “*aynı yönde Anılan onama kararına esas yerel mahkeme kararında ifade edilen ve her polis konukevinin ayrı iş yeri olup, işkolu esasına göre değerlendirme yapılamayacağına yönelik gerekçesinin, iş güvencesi için aranan belirli sayıdan fazla işçi çalıştırma koşulunun belirlenmesinde uygulama yeri bulunmamaktadır. İş güvencesinin, (işverenin) aynı işkolunda bulunan tüm işyerlerinde çalışan toplam İşçi sayısına göre belirlenmesinde yasal zorunluluk bulunmaktadır, Bu yöndeki bir değerlendirmenin "işçi lehine yorum ilkesi"ne de uygun olacağı açıktır.*”.

¹⁷⁶ Yapılması gereken bir Rkanun değişikliği olarak İK m.18/4'teki “aynı işkolunda” ibaresinin çıkarılması hususunda bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.381.

¹⁷⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.540; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.279; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2007/27699 E. 2008/6006 K. 24.03.2008.

¹⁷⁸ Yarg. 9.HD. 2007/29950 E. 2008/7008 K. 31.03.2008 T.: “*4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildiriminin yapıldığı tarihte iş yerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir... Fesih bildirimin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir.*”; aynı yönde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.279.

¹⁷⁹ Yarg. 9.HD. 2017/14964 E. 2018/2593 K. 13.02.2018 T.: “*Organik bağ veya faaliyeti farklı olsa bile birlikte istihdam da tüm işverenlere hizmet veren işçiler ile geçişleri yapılan işçiler yönünden iş kolunun aynı olmasına gerek yoktur.*”.

¹⁸⁰ İşyerinde çalışan hangi işçilerin otuz işçi kriterine dahil edileceği hususunda Yarg. 9.HD. 2017/23664 E. 2018/8529 K. 12.04.2018 T.: “*Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirimin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve benzeri sebeplerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da iş yerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir... İş Kanunu*

ilişkin İK m.18 hükmü nispi emredici nitelik taşıdığından, taraflar bireysel iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesi ile bu sayıyı işçi lehine olacak şekilde azaltabilirler¹⁸¹. Şunu da belirtmek gerekir ki, İK m.4 uyarınca elliden az işçi çalıştıran(elli dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri yahut işletmeler, iş kanunu kapsamında değildir, dolayısıyla bu tarz iş yeri yahut işletmelerin iş güvencesi hükümleri kapsamına girebilmesi için öncelikle iş kanunu kapsamına girebilmeleri gerekir, bu kapsama girebilmek için de en az elli bir işçi çalıştırmaları gereklidir, bu da iş güvencesine tabi olma bakımından en az otuz işçi kriterini elli bire çıkartmaktadır¹⁸².

İş güvencesine tabi olma bakımından diğer bir kriter ise, işçinin çalıştığı iş yerinde en az altı aylık kıdeminin bulunması gerektiğidir¹⁸³. İK m.18/4 uyarınca işçi,

kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süresiz işlerde çalışanlar, keza iş yerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o iş yerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılmasını gerektiren hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında “bodro işvereni” olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır.” şeklinde hüküm kurmuştur.

¹⁸¹ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.500; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.386; DEMİR, İş Hukuku, s.316; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.280; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.201; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.210; AKYİĞİT, (Şerh), s.791; SÜMER, İş Hukuku, s.99; GÜVEN/AYDIN, s.166; Gaye Burcu YILDIZ, “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nisbi Emredici Niteliği”, Legal İSGHD, S.:11, Y:2006, (Otuz İşçi), s.902; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2005/12317 E. 2005/19404 K. 26.05.2005 T.: “4857 Sayılı İş Kanununun 18. maddesine göre iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu için iş yerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerekir ancak Kanunun bu maddesi nisbi emredici bir madde olup, taraflar her zaman işçi lehine bunun aksini kararlaştırabilirler. Nitekim taraflar arasında imzalanmış iş yerinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinin İş Güvencesi ve işçi çıkartılması başlığını taşıyan 34. maddesinde iş aktinin feshedileceği durumlarda İş yerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı İş Yasasının iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmünü getirmiştir. Bu durumda iş yerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi Toplu İş Sözleşmesinin bu maddesine itibar etmek gerekirken, mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır.”.

¹⁸² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.379; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.279; EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN, s.201; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.174; SÜMER, İş Hukuku, s.99; Mustafa ALP, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754490>, (31.08.2020), (Feshe Karşı Koruma), s.6.

¹⁸³ SÜZEK, İş Hukuku, s.543; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.500; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.383; DEMİR, İş Hukuku, s.316; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s.281; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.202; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.175; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.210; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.202; SÜMER, İş Hukuku, s.99; GÜVEN/AYDIN, s.165; ALP, Feshe Karşı Koruma, s.10; GÜNAY, Fesih, s.61; BETİN/OCAK, s.169 vd.

işverenin birden fazla iş yerinde çalışmışsa, bu süreler toplanarak¹⁸⁴ işçinin kıdemi hesaplanacaktır lakin bu işyerlerinin aynı işkolunda olması gerekmez¹⁸⁵, birleştirilecek sürelerden bir kısmının belirli süreli iş sözleşmeleri ile geçmiş olmasının bir önemi yoktur yeter ki işçinin son çalışması belirsiz süreli iş sözleşmesiyle yapılmış olsun¹⁸⁶. Altı aylık sürenin hesabında deneme süreleri¹⁸⁷ nin yanında askı süreleri¹⁸⁸ de göz önüne alınacak, iş günü esas değil takvim günü esas geçerli olacaktır¹⁸⁹. Şüphesiz altı aylık sürenin başlangıcı sözleşmede yazan tarih olmayıp, işçinin fiilen emeğini işverene sunmaya başladığı gün olarak kabul edilecek, altı aylık kıdemin bulunması gereken son tarih ise fesih bildiriminin işçiye ulaştığı gün olarak belirlenecek aradaki sürenin tamamında işçinin fiilen çalışması gerekmeyp¹⁹⁰ sözleşmenin altı ay süreyle devam etmesi yeterli olacak ve fesih bildirim süreleri altı aylık kıdem hesabında

¹⁸⁴ Fasillalı çalışmaları toplanması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan ODAMAN, “İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında “Birleştirilmenin” Değerlendirilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/408_T2WH7HUOYZsicil_29.pdf, (19.09.2020), (Birleştirme), s.108-115.

¹⁸⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.544; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.501,502; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.384; DEMİR, İş Hukuku, s.317; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s.202; AKTAY/ARICI/SENİYEN-KAPLAN, s.175; SÜMER, İş Hukuku, s.99; GÜVEN/AYDIN, s.165; aynı yönde Yarg. 7.HD. 2014/12921 E. 2014/18766 K. 14.10.2014 T.: “4857 Sayılı Kanunda bu şekilde bir şart getirilmediğinden aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet süreleri birleştirilmelidir. Değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması, işverenin aynı olması koşuluna bağlıdır. Altı aylık kıdemin hesabında, otuz işçi ölçütü ile ilgili düzenlemeden farklı olarak açıkça bir düzenleme yer almadığından daha önce çalışılan işyerlerinin aynı işkolunda bulunması şart değildir.”; Buna karşılık aynı işverenin yanında daha önce çalışırken alacak ve tazminatları ödenerek iş sözleşmesi feshedilen işçinin, aynı işverenin yanında tekrar çalışmaya başlaması halinde, altı aylık kıdem koşulunun hesabında, daha önceki çalıştığı sürenin hesaba katılmayacağı hususunda bkz. Yarg. 22.HD. 2011/1014 E. 2011/3133 K. 20.10.2011 T.: “Mahkemece kıdem süresinin belirlenmesinde işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi gerektiği ilkesi dikkate alınarak hüküm kurulmuş ise de, davacının davalı işverene ait iş yerindeki 26.10.2007-31.03.2009 tarihleri arasındaki çalışma döneminin 4857 sayılı Yasa’nın 17. maddesince sona erdirildiği, bu döneme ilişkin alacak ve tazminatlarının ödendiği, 19.06.2009 tarihinde yeniden iş sözleşmesi imzalanarak yeni bir çalışma döneminin başlatıldığı, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.”.

¹⁸⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.281.

¹⁸⁷ DEMİR, İş Hukuku, s.317; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.210; GÜVEN/AYDIN, s.165; aynı yönde Yarg. 7.HD. 2014/12921 E. 2014/18766 K. 14.10.2014 T.: “İşçinin 6 aylık kıdem hesabına deneme ve askıda kalan süreler de dahil edilir.”.

¹⁸⁸ DEMİR, İş Hukuku, s.317; aynı yönde Yarg. 7.HD. 2014/12921 E. 2014/18766 K. 14.10.2014 T.: “İşçinin 6 aylık kıdem hesabına...askıda kalan süreler de dahil edilir.”.

¹⁸⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.543-544; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.501; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.282.

¹⁹⁰ Yarg. 7.HD. 2014/12921 E. 2014/18766 K. 14.10.2014 T.: “Başka bir anlatımla bu hesapta fiili çalışma süreleri mutlak olarak aranmaz.”.

dikkate alınamayacaktır¹⁹¹. Altı aylık kıdem şartına ilişkin İK m.18 hükmü nispi emredici nitelik taşıdığından, taraflar bireysel iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesi ile bu sayıyı işçi lehine olacak şekilde azaltabilirler¹⁹². Altı aydan kısa bir süre önce, salt iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmamak maksadıyla iş sözleşmesi feshedilmiş işçi, iş güvencesi hükümlerinden -diğer şartları da tamamlamaktaysa- yararlandırılmalı ve işe iade davası açabilmelidir zira hakkın kötüye kullanılması teorisinin en genel yaptırımı, hakkını kötüye kullanan kişinin varmak istediği sonuca ulaşmasını engellemektir¹⁹³. Belirtilmesi gereken diğer bir husus ise İK m.18/1/son cümle gereği yer altı işlerinde çalışan işçilerin iş güvencesine tabi olmaları bakımından, altı aylık kıdem şartı kriterinin aranmayacağıdır. Altı aylık kıdem şartının aranmayacağı bir diğer durum ise sendikal nedenlerle yapılan fesihlerde karşımıza çıkmaktadır, sendikal nedenler dolayısıyla işçinin iş sözleşmesi feshedilmişse işçinin iş güvencesine girip girmediğinin tespitinde altı aylık kıdem şartının aranmayacağı yönünde Yargıtay uygulaması gelişmiştir¹⁹⁴.

¹⁹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.544; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.501; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.384, dn.1228; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.281; SÜMER, İş Hukuku, s.99; GÜVEN/ AYDIN, s.165; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2005/34667 E. 2005/37461 K. 28.11.2005 T.: “Gerek dava açma süresi gerek iş yerindeki işçi sayısı fesih iradesinin işçiye ulaştığı tarih dikkate alınarak belirlendiğine göre altı aylık kıdem süresinin tespiti yönünden de aynı tarihin esas alınması gerekir.”; aksi yönde bkz. DEMİR, İş Hukuku, s.317.

¹⁹² NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.502; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.385-387; DEMİR, İş Hukuku, s.318; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.281; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.203; SÜMER, İş Hukuku, s.100; GÜVEN/AYDIN, s.165-166; SARIBAY, s.73-80; Aynı yönde Yarg. 9.HD. 2007/33471 E. 2008/11128 K. 05.05.2008 T.: “Bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile altı aylık sürenin kısaltılması ya da tamamen kaldırılması mümkündür. Çünkü bu hüküm nisbi emredicidir.”.

¹⁹³ SÜZEK, İş Hukuku, s.548; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.383-384; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.203; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2012/35856 E. 2013/10606 K. 01.04.2003 T.: “altı aylık kıdem koşuluna bir gün kala iş sözleşmesinin bu şekilde feshi dürüstlük kuralına aykırıdır. Davalının davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaması amacı ile hareket ettiği açıktır. Diğer taraftan davacının başlangıç olan 26.01.2011 tarihi ile fesih bildirimi yapılan 25.07.2011 tarihinde çalıştığından, altı aylık kıdeme sahip olduğu kabul edilmelidir. Sonuç itibarı ile mahkemece davacının iş güvencesi hükümlerinden faydalandırılması ve feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetlidir.”; bu hususta öğretideki diğer görüşlere yönelik ayrıntılı ve geniş bilgi için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.546-549.

¹⁹⁴ Uygulamanın temelinde AYM 2013/1 E. 2014/161 K. 22.10.2014 T. 11.11.2015 R.G.: “ Öte yandan ölçülülük ilkesiyle Devlet, sendikal örgütlenmeye müdahale edebilecek düzenlemelerin topluma sağlayacağı genel yarar ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. İş akitleri sona erdirilen işçilerin tümü iptali talep edilen kurallar nedeniyle yukarıda ifade olunan sendikal tazminattan doğrudan doğruya faydalanamamaktadır. Sendikal nedenle iş akitleri feshedilen işçilerden sadece iş güvencesine sahip olanlar bu haktan faydalanabilecektir. Buna göre sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerin, sendikal tazminat davası açarak tazminat talebinde bulunabilmesini, sadece otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir iş yerinde çalışan, iş yerinde en az altı aylık kıdeme sahip olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere tanıyıp diğer işçileri bu haktan mahrum bırakan kurallar hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Getirilen düzenlemeler Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan sendika hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir.” kararı bulunmaktadır;

İK m.18/son uyarınca işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile iş yerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkartma yetkisi bulunan işveren vekilleri iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklardır¹⁹⁵.

Yukarıdaki şartlara ek olarak bir işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekmektedir nitekim İK m.18/1 lafzında da bu şekilde bir düzenleme getirilmiştir¹⁹⁶. İş sözleşmesinin tam yahut kısmi süreli olmasının iş güvencesi hükümlerine tabi olabilme bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁹⁷.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, iş güvencesi hükümleri işçiyi işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı korumayı amaçlamaktadır dolayısıyla işçi

Yarg. 7.HD.2015/45303 E. 2016/7689 K. 31.03.2016 T.: “Görüldüğü üzere, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun [18](#). Maddesine 2014 yılı Eylül ayında 6552 Sayılı Kanunla yer altı işçileri yönünden getirilen istisna dışında, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işçinin en az altı aylık kıdemi olması gerekmektedir. Ancak, 18.10.2012 tarihinde 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte sendikal sebeple fesih iddiasıyla açılan sendikal tazminat ve işe iade davalarında da genel Yargıtay uygulaması 6 aylık kıdem şartının sendikal sebeple fesihlerde aranmayacağı yönünde gelişmiştir. Gerek Yargıtay 9. Hukuk Dairesi gerekse de Dairemizin uluslararası sözleşmelerden hareketle bu yönde kararlar verdiği görülmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2014 tarih, 2013/1 Esas ve 2014/161 Karar sayılı 11.11.2015 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan kararı ile 6356 Sayılı Kanun'un [25](#). Maddesinin 5. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan “18” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesince, getirilen bu düzenlemenin sendika hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği ve eşitlik ilkesine de aykırı olduğu gerekçesiyle iptal kararı verilmiştir.”.

¹⁹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.549; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.503; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.378, 385-386; DEMİR, İş Hukuku, s.320; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.282-283; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.203; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.175; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.210; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.210; SÜMER, İş Hukuku, s.100; GÜVEN/AYDIN, s.167; aynı yönde Yarg. 22. HD. 2016/12027 E. 2016/14177 K. 10.05.2016 T.

¹⁹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.550; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.497; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.377; DEMİR, İş Hukuku, s.316,318; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.281; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.199; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.172; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.210; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.186; SÜMER, İş Hukuku, s.99; GÜVEN/AYDIN, s.168; Belirli süreli sözleşmelerin kötüye kullanımı husunda Yarg. 9.HD. 2008/1006 E. 2009/16612 K. 11.06.2009 T.: “4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı kuralı ile belli bir koruma sağlanmak istenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması için kullanılamaz.” şeklinde karar vermiştir. Esaslı bir neden olmadan zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceğiinden iş güvencesi hükümlerinin devreye gireceği yönünde bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.377, dn.1193; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.281.

¹⁹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.281.

tarafından gerçekleştirilecek haklı¹⁹⁸ yahut süreli¹⁹⁹ fesihler ile iş sözleşmesinin fesih dışında sona erme hallerinde, iş güvencesine ilişkin kaideler uygulama alanı bulamayacaktır²⁰⁰.

2) İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin İş Sözleşmelerinin Süreli Feshinde Şekil

İş güvencesi hükümleri, işçileri fesihten korumak amacına hizmet etmekte ve bilhassa iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine ilişkin olarak daha sıkı şekil ve usul şartları öngörmektedir²⁰¹. İş güvencesine tabi bir iş ilişkisinde, iş sözleşmenin feshinin şekil ve usul kuralları neredeyse maddi içerik kadar önemlidir²⁰².

Yukarıda da değindiğimiz üzere iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshi noktasında kanun koyucu pek sınırlama getirmemiştir. Lakin iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçiler bakımından en büyük fark, bu kapsamdaki işçilerin iş sözleşmelerinin işverenler tarafından süreli olarak feshedilebilmesi için “Geçerli Neden”²⁰³lerin varlığına²⁰⁴ ihtiyaç vardır.

¹⁹⁸ Yarg. 9.HD. 2007/35615 E. 2007/35327 K. 26.11.2007 T.: “Bu durumda davacının iş sözleşmesini haklı olarak feshettiği anlaşılmakta ise de, haklı nedene dayansa bile iş sözleşmesini fesheden işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmadığından işe iade isteğinin reddine karar verilmelidir.”

¹⁹⁹ Yarg. 9.HD. 2007/14067 E. 2007/28540 K. 01.10.2007 T.: “İş sözleşmesini kendi fesheden işçi feshin geçersizliğini isteyemez.”; baskı feshi durumunda sözleşmeyi işçinin serbest iradesi ile feshetmediği ve bu durumda da feshin işverence gerçekleştirildiği, şartları varsa işçinin işe iade davasının açılacağı yönünde bkz. Yarg. 9.HD. 2008/40996 E. 2010/30125 E. 14.10.2010 T.; baskı feshi hususunda ayrıca bkz. Mustafa KILIÇOĞLU/Kemal ŞENOCAK, “Baskı Feshi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6343_DD89MC6QFB5.pdf, (20.09.2020), (Baskı Feshi), s.47-50.

²⁰⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.550; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.504 vd.; DEMİR, İş Hukuku, s.375; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.195; ALP, Feshe Karşı Koruma, s.4-5.

²⁰¹ ARSLAN-ERTÜRK, s.282.

²⁰² DOĞAN-YENİSEY, Emredici Yapı, s.350.

²⁰³ İK m.18 gerekçesinde: “Bu madde ile belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi hali için, 158 sayılı ILO Sözleşmesi’nde belirlendiği üzere, geçerli bir sebep bildirme zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca geçerli sebebin neler olabileceği madde içinde düzenlenmiştir. İşçinin iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, iş yerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Geçerli sebep geniş kapsamlı bir kavram olduğu için bu düzenleme ile söz konusu kavrama objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılmaya çalışılmış ve bazı örnekler verilmiştir.” şeklinde belirtilmiştir.

²⁰⁴ Yarg. 9.HD. 2018/2118 E. 2018/16485 K. 24.09.2018 T.: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli

Bundan dolayı, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin her zaman süreli olarak feshedilebileceğini söylemek mümkün değildir²⁰⁵. Geçerli nedenlere İK m.18’de yer verilmiştir, madde kapsamında “İşçinin Yeterliliği”, “İşçinin Davranışları”, “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri”²⁰⁶ geçerli nedenler olarak kabul edilmiştir, süreli fesih hakkının kullanılması bu nedenlerin varlığına bağlıdır²⁰⁷.

c) İhtar Kurumu

İhtar kurumu, 4857 Sayılı İş Kanunu’nda yer almamaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 166 sayılı tavsiyesinde, işçinin yetersizliğine yahut davranışlarına dayanan fesihlerde, işçinin önce ihtar edilmesi gerektiği kabul etmektedir²⁰⁸. Nitekim ihtar kurumu Yargıtay kararlarıyla da uygulamamıza yerleşmiştir²⁰⁹.

bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmeline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. İşçinin davranışlarına dayanan fesih, herşeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir.”.

²⁰⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 552 vd.; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.511 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.387; DEMİR, İş Hukuku, s.325; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.283; T EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.205; AKTAY/ARICI/SENİYEN-KAPLAN, s.176; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s.210-211; SÜMER, İş Hukuku, s.98; GÜVEN/AYDIN, s.171; DOĞAN-YENİSEY, Emredici Yapı, s.350.

²⁰⁶ Ekonomik krizlerin ve asgari ücret artışlarının geçerli fesih nedeni sayılıp sayılmayacağı hususunda geniş bilgi için bkz. Hakan KESER, “Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarının İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Geçerli Sebep Sayılıp Sayılmayacağına İlişkin Bir Değerlendirme”, https://www.mess.org.tr/media/files/6953_Q5JV55D16Lsicil-41.pdf, (14.04.2020), (Ekonomik Kriz), s.11-36.

²⁰⁷ Geçerli neden haklı neden ayrımı noktasında İK m.18 gerekçesinde: “Bu madde bakımından geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve iş yerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya iş yerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.” şeklinde belirtilmiştir.

²⁰⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.584-585; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.403; AKTAY/ARICI/SENİYEN-KAPLAN, s.182; Murat ŞEN, “Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması”, https://www.mess.org.tr/media/files/6328_KMPHZ8VTBI13.pdf, (20.09.2020), s.111.

²⁰⁹ Yarg. 9.HD. 2018/2118 E. 2018/16485 K. 24.09.2018 T.: “Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar

görmüş olması şarttır. Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse fesihden önce işçiye ihtar verilir verilmeyen, ihtara rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu'nun 19.maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır. Ancak, ağır yükümlülük ihlalleri nedeni ile işverenin iş sözleşmesine devam etmesinin beklenemeyeceği hallerde işçiye davranışından dolayı ihtar verilmesine gerek olmayacaktır. Başka bir anlatımla, İşçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibarıyla, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla işverenden iş ilişkisine devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda ihtar gerekli ve zorunlu olmalı; aksi takdirde işveren ihtar vermeksizin iş sözleşmesini feshedebilmelidir. Buna göre, işverene süresiz fesih hakkı verilen İş Kanunu'nun 25.maddesinde belirtilen hallerden dolayı kural olarak, işçiye önceden ihtar verilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arzedebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır. İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir. İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür. İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşısını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, iş yerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı iş yerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar. Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına ilişkin söz konusu olamaz. İşveren, tek taraflı olarak toplam çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkisine sahip değildir. İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması hâlinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir. İşverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi işçiye eza ve ceza vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür. İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin kendisine verilen ihtardan sonra bir defa daha yükümlülüğünü ihlal teşkil eden davranışta bulunması gerekir. İşçiye verilen ihtardan sonra yeni bir yükümlülük ihlali meydana gelmemişse, sırf ihtara konu olan davranışa dayanarak iş sözleşmesi geçerli bir şekilde feshedilemez. Çünkü ihtarın verilmesiyle işveren, ihtara konu olan davranış nedeniyle iş sözleşmesini feshetme hakkından örtülü olarak feragat etmiş bulunmaktadır.”.

Şunu belirtmekte fayda vardır ki, Yargıtay’a göre işçinin her yetersizliği değil sadece değişebilir nitelikteki yetersizlikleri söz konusu ise, işveren ihtarda bulunmak zorundadır²¹⁰.

İhtarın şekli hususunda Uluslararası Çalışma Örgütü’nün tavsiye kararında ispat kolaylığı sağlaması açısından yazılı yapılması önerilmiştir, işçiye yapılan uyarının içeriğinde, aynı durum yahut hareketin tekrarlanması, düzeltilmemesi halinde sözleşmesinin sona erdirileceği açıkça vurgulanmalıdır²¹¹.

d) İşçinin Savunmasının Alınması Mekanizması

İş güvencesine tabi iş ilişkilerinde, feshin gerekçesini açıklama yükümlülüğü, feshin şeklinin vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir²¹². Yukarıda bahsettiğimiz geçerli nedenlerin ikisinden yani işçinin davranışı yahut verimi²¹³ ile ilgili problemlerden dolayı süreli fesih hakkı kullanılmak isteniyorsa, İK m. 19 gereği işçinin savunması alınması gerekmektedir²¹⁴. Bu noktada, iş sözleşmesinin feshi için

²¹⁰ Nitekim bu hususta Yarg. 9.HD. 2015/18744 E. 2015/24755 K. 07.09.2015 T.: “işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir...Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse fesihden önce işçiye ihtar verilip verilmediği, ihtara rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu’nun 19.maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır.” şeklinde karar vermiştir. Kanımızca, fesih esnasında işçinin ilgili yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağı veya ihlalin düzeltilebilir olup olmadığı ancak yargılama suretiyle tespit olunabileceğinden, sözleşme devam ederken işverene böylesi bir takdir yetkisi tanımak, uygulamada sorunlara yol açabilecektir.

²¹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.585.

²¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.291-292; DOĞAN-YENİSEY, Emredici Yapı, s.350; Gülsevil ALPAGUT, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, <http://www.toprakisveren.org.tr/TR/alt-sayfalar/198/is-guvencesi>, (06.08.2019), (İş Güvencesi), s.213.

²¹³ İK m.18’de kapsamında “İşçinin Yeterliliği” kavramı kullanılmışken, İK m.19’da “İşçinin Verimi” kavramı kullanılması öğretide tartışmalara yol açmış, her ne kadar ifadeler uyumlu olmayıp anlamlar tam olarak birbirini karşılamasa da, İK m.19 hükmündeki “verimlilik” ifadesinin, İK m.18 kapsamında “yeterlilik” olarak anlaşılması gerektiği öğretide savunulmaktadır.: SÜZEK, İş Hukuku, s. 588; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.387,408; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.183; Mustafa KILIÇOĞLU/Kemal ŞENOCAK, İş Kanunu Şerhi, C.:I, Legal, 2.Baskı, İstanbul, 2008; SARIBAY, s.94; ALP, Feshe Karşı Koruma, s.18; Fevzi DEMİR, Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İSGHD, S.:10, Y:2016,(Geçerli Sebeple), s.487.

²¹⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.587; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.408; DEMİR, İş Hukuku, s.339; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.292; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.215; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.183; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.213; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.109. SÜMER, İş Hukuku, s.103; GÜVEN/AYDIN, s.181; GÜNAY, Fesih, s.72; ŞEN, s.110.

elinde haklı neden mevcut olmasına rağmen geçerli nedenle fesih yoluna giden işverenin de fesihten önce işçiden savunmasını²¹⁵ alması gerekmektedir²¹⁶.

Fesih bildiriminden önce işçinin savunması alınması yükümlülüğünün amacı, fesih önemli ve ağır sonuçlara yol açmadan önce durumun bir daha gözden geçirilmesine olanak yaratmaktır, aynı zamanda işçi açısından da fesih sebebini öğrenmek ve varsa hakkındaki suçlamalara karşı kendisini savunma imkânı vermektir²¹⁷. Savunma sırasında, feshe sebep olan davranışa yönelik kendini ifade eden işçi, işverenin fesih yönündeki iradesini etkileyerek belki de işvereni fesih yolunun işletilmesinden vazgeçirebilecektir²¹⁸. Tüm bu sebeplerden dolayı, işverence savunma fesihten önce alınmalı, fesih esnasında yahut fesihten sonra alınmamalıdır, bu şekilde savunma alınması feshi geçersiz hale getirecektir²¹⁹. İşçinin daha önce

²¹⁵ İşçinin savunma hakkı çerçevesinde mahkemeye sunduğu belgelerin, işçinin sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 22.HD. 2011/222 E. 2011/584 K. 12.09.2011 T.: “Davacının sanık olarak yargılandığı dava dosyasına da sorumlu mühendis olarak görev aldığı projeye ilişkin bilgileri sunması savunma hakkı kapsamında kalan eylem niteliğinde olup bu davranışının sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmesi hukuken mümkün değildir.”.

²¹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.293; Seracettin GÖKTAŞ, “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, <http://www.ankarabarasu.org.tr/site/ankarabarasu/tekmakale/2008-1/2.pdf>, (04.09.2020), (İş Güvencesi), s.33; Aynı yönde Yarg. 9.HD. 2006/31969 E. 2007/2253 K. 05.02.2007 T.: “Davacı işçinin rahatsızlığı nedeni ile uzun süre rapor kullandığı ve rapor süresine göre iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca feshi için gerekli şartların oluştuğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davalı işveren iş sözleşmesini anılan hüküm uyarınca değil, İş Kanunu'nun 17. maddesi gereğince ihbar ve kıdem tazminatı ödemek sureti ile feshetmiştir. İş Kanunu'nun 17. maddesi çerçevesinde feshi halinde ise aynı kanunun 19. maddesinde belirtilen şekli koşulların yerine getirilmesi gerekir. Somut olayda, fesih bildiriminde fesih nedeni açık ve kesin bir şekilde belirtilmediği gibi, fesihten önce davacıdan savunması da alınmamıştır. Bu durumda, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Yazılı gerekçe ile isteğin kabulü hatalıdır.”.

²¹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.587.

²¹⁸ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.109; ARSLAN-ERTÜRK, s.284; aynı yönde bkz. Yarg. İBGK 2017/9 E. 2018/10 K. 19.10.2018 T.: “Fesihten önce savunma alınmasında amaç, işçinin feshe neden olabilecek sebepleri öğrenmesi ile bu konudaki gerçeği ortaya çıkarmasını, böylece işverenin fesih konusundaki düşüncelerini etkileyerek onu fesihten vazgeçirmesini sağlamaktır. Eş deyişle, işçiden savunma alınması fesihten önce şekli bir unsur olmaktan öteye, iş ilişkisini olumsuz etkileyen unsurların tespiti ile bundan haberdar edilen işçinin, üzerinde tasarruf edebileceği, değiştirebileceği nitelikteki davranışı ya da verimi ile ilgili olumsuzlukları düzeltebilmesi veya ortadan kaldırılabilmesine imkan vermektedir.”.

²¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.293; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.216; ARSLAN-ERTÜRK, s.284; SARIBAY, s.93; ŞEN, s.110; DEMİR, Geçerli Sebeple, s.487; ALPAGUT, İş Güvencesi, s.238; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2009/20438 E. 2010/14394 E. 24.05.2010 T.: “Bu hükümle işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için şart olarak ön görülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına süreli feshin geçersizliği sonucu doğuracağını ifade edilmiştir. İşverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklemektedir. İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklemektedir. Dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarı geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkartma

başka eylemlerinden dolayı verdiği savunmalara dayanılarak iş sözleşmesi feshedilemez, söz konusu olay bakımından daha önceki savunmaların geçerliliği olmayacak, yeni ve güncel bir savunma alınması gerekecektir²²⁰.

İşçiden savunma alınma usulü İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmediği gibi bu yönde yapılacak davetin içeriği ve şekli konusunda da açıklık yoktur, ispat kolaylığı açısından savunma davetinin yazılı yapılması uygun olacaktır²²¹. Kanımızca, işveren tarafından işçiye gönderilmesi gereken savunma daveti, İK m.109 anlamında bildirim sayılabilecektir ve işçiye yazılı olarak yapılması gerekecektir. Buradaki yazılılık ise ispat koşuludur. Sonuç olarak işçi tarafından açılacak bir işe iade davasında, işveren savunma noktasında daveti ancak yazılı delillerle ispatlayabilecektir. Örneğin savunma davetinin tebligat yoluyla yapıldığı durumlarda, tebligatın işçi tarafından tebellüğ edildiğine yahut tebellüğden imtina edildiğine dair görevli posta memuru tarafından imzalanmış tebligat parçası ile savunma daveti ispatlanabilecektir. Başka bir örnekte, e-posta ile yapılan savunma davetinin de yazılılık koşulunu yerine getirdiği söylenebilecektir.

Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları gereği işçinin iş sözleşmesi feshedilmeden işçi savunma vermeye davet edilmeli, ilgili davet yazısında hangi davranışının işten çıkarılmasına sebebiyet verebileceği açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre öncesinde savunma vereceği yer, gün ve saati kendisine bildirilmeli, bildirilen yer, gün ve saatte hazır olamaması ihtimalinde yazılı bir savunma verebileceği, bunların hiçbirisine uyulmadığı takdirde savunma vermekten feragat etmiş sayılacağı açıkça kendisine ihtar edilmelidir aksi takdirde salt savunma kriterine uyulmadığından işe iade davaları kabul edilecektir²²². İşveren tarafından gönderilecek savunma

sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur. ”.

²²⁰ DEMİR, Geçerli Sebeple, s.487; ŞEN, s.110.

²²¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.588; DEMİR, İş Hukuku, s.340; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.216; ARSLAN-ERTÜRK, s.284;

²²² Yarg. 9.HD. 2009/20438 E. 2010/14394 E. 24.05.2010 T.: “İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkartma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. ”.

davetinin içeriği genel nitelikli ve belirsizse, bu savunma daveti geçersiz olarak kabul edilmelidir²²³. Örneğin “son zamanlardaki davranışlarınızı açıklayınız”, “son zamanlardaki işe ve iş yerine uygun olmayan davranışlarınız sebebiyle” içeriğindeki davet yazıları savunma talebi hususunda yeterince açık ve kesin değildir.

İşçi, gerekli şartları taşıyan savunma davetine icabet etmek zorunda değildir, bu bakımdan işçinin kendisini savunması bir yükümlülük değil bir hak olarak değerlendirilmelidir²²⁴. Bu nedenle işçiye, kendisi savunma hususunda, makul bir süre tanınmalı, önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına hatırlatılması gerekmektedir. İşçi belirtilen günde ve yerde savunma vermeye geldiğinde, işçinin savunmasının ne şekilde alınacağı konusunda kanunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, savunmanın yazılı şekilde alınması, işverene ispat kolaylığı sağlayacaktır²²⁵. İşçinin eğitim düzeyinin yazılı olarak savunma vermeye elverişli olmaması durumunda, savunmanın bir tutanağa geçirilerek şahitler huzurunda sözlü olarak alınması ve şahitler tarafından imzalanması uygun olacaktır²²⁶.

İşçinin, yukarıda anlatılan usullere uyulmaksızın savunması alınması yahut hiç savunmasının alınmaması durumunda bunun yaptırımını kanunda açıkça düzenlenmemiştir lakin Yargıtay bu konuda içtihatlarını kökleştirmiş ve işçinin savunmasının alınmamasının iş sözleşmesinin feshinin geçerliliğini doğrudan etkileyen nedenler arasında değerlendirmiştir²²⁷.

²²³ ARSLAN-ERTÜRK, s.285.

²²⁴ ARSLAN-ERTÜRK, s.285.

²²⁵ ARSLAN-ERTÜRK, s.285; Öner EYRENCİ, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, S.:1, Y:2004, (Yeni Düzenlemeler), s.35.

²²⁶ ARSLAN-ERTÜRK, s.285; SARIBAY, s.96.

²²⁷ Yarg. 9.HD. 2007/30777 E. 2008/9219 K. 21.04.2008 T.: “Dosya içeriğine göre davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshettiği, ancak davacı işçinin savunmasını almadığı, feshin salt bu nedenle geçersiz nedene dayandığı anlaşılmaktadır.”; aynı yönde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.589; DEMİR, İş Hukuku, s.339; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.293; ALP, Feshe Karşı Koruma, s.18; ŞEN, s.110.

İşletmenin, iş yerinin yahut işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerde, işçinin savunmasının alınması gerekmediği gibi, bu sebeplerin işçi ile alakası olmadığından savunma yapmasının da bir anlamı olmayacaktır²²⁸.

e) Fesih Hakkının Kullanılabileceği Süre

İK m.17 ve İK m.18 uyarınca süreli fesihlerde, İK m.24 ve İK m.25'ten farklı olarak, fesih hakkının kullanım süresi öngörülmemiştir. Bu noktada “Makul Süre” ölçütü devreye girecektir²²⁹. Makul süre ölçütünün kaynağı ise TMK m.2'de belirtilen objektif iyi niyet kurallarıdır²³⁰. Nitekim Yargıtay da bir kararında fesih hakkının objektif ve hakkaniyete uygun bir süre içerisinde kullanılması gerektiğini, uzun bir süre geçtikten sonra bir baskı unsuru olarak kullanılmaması gerektiğini hüküm altına almıştır²³¹. Öğretide bir görüşe göre fesih hakkının kullanım süresi, İK m.17'deki bildirim sürelerine paralel olarak değerlendirilmelidir. Örneğin üç yıldan fazla kıdemi olan bir işçinin iş sözleşmesinin süreli olarak feshedilebileceği bir durum ortaya çıktığında, işveren sekiz hafta boyunca süreli fesih hakkını kullanmamış ve

²²⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.587; GÜVEN/AYDIN, s.181; GÜNAY, Fesih, s.73; ŞEN, s.110; aynı yönde bkz. Yarg. İBGK 2017/9 E. 2018/10 K. 19.10.2018 T.: “Bu nedenle işçiden kaynaklanmayan, onunla ilgisi bulunmayan veya işçinin üzerinde tasarruf edemeyeceği ya da değiştiremeyeceği durumlarda işçiden savunma alınmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Bu noktadan hareket eden kanun koyucu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, işveren tarafından yapılan her türlü fesihte savunma alınmasını zorunlu kılmamıştır. Zira Kanun'un 18'inci maddesinde belirtilen bir diğer geçerli fesih nedeni olan iş yerinden kaynaklanan (işletme, iş yeri ve işin gerekleri nedeniyle) fesihlerde savunma alınması öngörülmemiştir. Esasen işçiden kaynaklanmayan, onunla bir ilgisi bulunmayan işletme gereği fesihlerde işçinin kendisini savunması mümkün olmadığı gibi, bunun bir anlamı da yoktur.”.

²²⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.586; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.293; AKTAY/ARICI/SENEN-KAPLAN, s.182; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.105; SÜMER, İş Hukuku, s.103; GÜVEN/AYDIN, s.180. Fesih nedenleri ile bu nedenlere yönelik uygulamaların değişkenliği karşısında, haklı sebeplere ilişkin İK m.26'daki gibi bir hak düşürücü sürenin, süreli feshe ilişkin kanun maddesinde öngörülmemesinin yerinde olduğu hususunda bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.404; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2004/26072 E. 2005/2011 K. 27.01.2005 T.; İK m.26'daki altı iş günlük sürenin kıyasen süreli fesih hakkının kullanımında da uygulanacağına yönelik bkz. Ali Cengiz KÖSEOĞLU, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, Beta, İstanbul, 2011, (Fesih), s. 260.

²³⁰ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.105.

²³¹ Yarg. 9.HD. 2006/1797 E. 2006/25426 K. 02.10.2006 T.; aynı yönde bkz. SARIBAY, s.93; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s.35; Mustafa AVCI, “Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre”, https://www.mess.org.tr/media/files/6343_DD89MC6QFB5.pdf, (15.05.2020), s.93.

sözleşmenin devam edeceği hususunda işçide bir kanaat uyandırmışsa artık bu olaya dayalı olarak fesih hakkının etkisizleştiği kabul edilmelidir²³².

Şunu da belirtmek gerekir ki, işverence feshe sebep gösterilen durum temadi gösterdiği müddetçe süre işlemeye başlamayacak, temadi kesintiye uğradığı anda “Makul Süre” ölçütü devreye girecektir²³³.

f) Yazılılık, Açıklık ve Kesinlik Unsurları

İş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçilerin, iş sözleşmeleri geçerli nedenle feshedilecekse, işverence yapılacak bu fesih İK m.19 uyarınca yazılı olarak yapılmalı ve aynı zamanda fesih nedeni açık ve kesin bir şekilde belirtilmelidir²³⁴. Bunun nedeni ise fesih nedeninin daha sonra tartışmaya yer vermeyecek şekilde ortaya konulmasıdır. Başka bir sebebi ise işverenin fesih sebebiyle bağlı olmasıdır. Yani işveren fesih bildiriminde yazılı olarak açık ve kesin bir şekilde bildirdiğini nedeni daha sonra mahkeme yahut başka aşamalarda değiştiremeyecek²³⁵, bu nedenlere yeni nedenler ekleyemeyecektir, bu durum ise işçi açısından güvence oluşturacaktır²³⁶. İK m.19 gerekçesinde ise fesih bildiriminin yazılı yapılmasının ve fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmesinin feshin geçerli yahut geçersiz sayılması açısından ispat kolaylığı sağlayacağı ifade edilmiştir. Yazılılık noktasında, işçinin e-posta adresine yahut sms ile cep telefonuna bildirim yapılabileceğini kabul ettiği²³⁷ durumlarda, fesih

²³² Erhan BİRBEN, “İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46930/588790>, (06.08.2019), (Etkisizleşme), s.471; İşçinin sözleşmesinin feshedilebileceği durumlarda, işçiyi terfi ettirerek işçide haklı bir güven yaratan işverenin fesih hakkının etkisizleştiği yönünde bkz. Gaye BAYCIK, “İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakkın Etkisizleşmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97916>, (19.09.2020), (Etkisizleşme), s.67.

²³³ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.104.

²³⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.586; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.508; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.405; DEMİR, İş Hukuku, s.311-315; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.291; EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN, s.214; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.182; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.213; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.107; SÜMER, İş Hukuku, s.103; GÜVEN/AYDIN, s.181.

²³⁵ Yarg. HGK. 2013/9-1075 E. 2014/923 K. 19.11.2014 T.: “iş sözleşmesini fesheden tarafın ileri sürdüğü fesih sebepleri ile bağlı olduğu ve bildirdiği fesih nedenini sonradan değiştirmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.”.

²³⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.587; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.509; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.214; SÜMER, İş Hukuku, s.103; SARIBAY, s.91; GÖKTAŞ, İş Güvencesi, s.33.

²³⁷ “...İş sözleşmesinde yer almamakla birlikte, bu konuda işçinin örtülü kabulünün de geçerli olacağı düşünülmektedir. Örneğin işçinin e-posta adresine daha önce İş Kanununun 22. maddesine uygun olarak çalışma koşullarında bir değişiklik teklif edilmiş ve işçi bu teklife olumlu veya olumsuz yanıt vermiş ise, artık işçinin bu e-posta adresine işverenin tebligat yapılabileceğini kabul ettiği yönündeki

nedeninin açık ve kesin bir şekilde²³⁸ ortaya konulması şartıyla, feshin yazılılık unsurunun gerçekleştirildiğinin²³⁹ kabulü gerekir²⁴⁰.

Öğretide İK m.19'daki "feshin yazılı olarak yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi" koşulunun niteliği konusunda tartışmalar yaşanmıştır. Bir görüşe göre, İK m.20'de işe iade davasının kabul edilme nedenleri arasında İK m.19'daki şekil şartlarına uyulmaması sayılmadığından, İK m.19'daki şekil şartları ispat şartıdır; zira eğer geçerlilik şartı olsaydı bu maddeye aykırılık da feshi geçersiz kılardı²⁴¹. Diğer bir görüşe göre de İK m.19 sadece fesih bildiriminin yazılı olarak

değerlendirme yanlış olmayacaktır...": Şükran ERTÜRK, "İş Sözleşmesinin E-Posta veya Kısa mesaj (SMS) ile Feshi", https://www.mess.org.tr/media/files/6695_YAESR973B5sicilsayi36.pdf, (13.02.2020), s.37.

²³⁸ "...Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda, fesih nedeninin açık, anlaşılır ve kesin bir dille bildirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Hiçbir neden gösterilmeden, sadece "İş sözleşmeniz sonlandırıldı" şeklinde bir mesaj ya da e-postaya dayalı fesih bildirimi geçersiz sayılacaktır...": Ş. ERTÜRK, s.39.

²³⁹ "...Yapılacak fesih bildiriminin geçerli olabilmesi için işçiye ulaşması gerekmektedir. Diğer yandan, bildiriminin sonuç doğurabilmesi için e-postanın ya da mesajın işçi tarafından okunması şart değildir. Önemli olan gönderilen e-posta ya da telefon mesajının işçiye iletilmiş olmasıdır. Fesih bildirimine ilişkin gönderilen e-postanın ya da mesajın ve bunların iletilmesine dair iletim raporunun birer örneğinin işçi özlük dosyasında veya elektronik ortamda saklanması gerekmektedir. Çünkü sonradan ortaya çıkabilecek mesajın alınmadığına dair anlaşmazlıklarda bu belgeler ispat aracı olarak kullanılabilir...": Ş. ERTÜRK, s.39.

²⁴⁰ Ş. ERTÜRK, s.36-37; aynı yönde bkz. Yarg. 7.HD. 2013/14085 E. 2013/20733 K. 02.12.2013 T.: "...İşçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik bildirilmesi, sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir durum olsa da Dairemizin 1475 Sayılı Kanun döneminde istikrar kazanmış olan görüşü, 4857 Sayılı İş Kanunu döneminde de devam etmekte olup, sigorta primlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya düşük ücretten yatırılması hallerinde de işçinin haklı fesih imkanı vardır...Davacı da e-mail yoluyla ve fiilen iş yerine gitmeyerek iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmiştir. İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olup, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanamayacağı açıktır..."; Yarg. 9.HD. 2009/36032 E. 2010/3378 K. 12.11.2010 T.: "... Somut olayda, davacının 10.11.2008 tarihinde bölge müdürünü telefonla arayarak istifa etmek istediğini ve iş hayatını eşyle birlikte cafe açarak ve işleterek devam edeceği şeklinde beyanda bulunduğu iddiasına istinaden alınan yazılı savunmasında bunun gerçeği yansıtmadığını veya yanlış anlaşılmaktan kaynaklandığını belirttiği, 9.1.2009 tarihinde Bölge müdürüne ait cep telefonuna, cafe işi olsun olmasın münessillik ruhunun öldüğünü, evin alt katını mağaza olarak açacağını şeklinde mesaj gönderdiğinin sabit olduğu, davacının bu şekildeki davranışının iş akışını bozucu nitelikte olup artık işverenden iş ilişkisini devam ettirmesi normal ölçülerde beklenemeyeceğinden, fesih geçerli nedene dayandığından, davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..."; Yarg. 9.HD. 2010/1650 E. 2011/15378 K. 25.05.2011 T.: "...somut olayda, direktör olarak uzun süredir üst düzeyde çalışan ve işverenin yeniden yapılandırma sürecinde olduğunu bilen davacı, eşinin ciddi hastalığı nedeniyle 23.3.2009-23.6.2009 arası ücretsiz izin kullanmıştır. İzni sırasında işverene gönderdiği 1.4.2009 tarihli maili ile eşinin tedavisinin düşünüldüğünden daha uzun süreceğini, gelecek altı ayı ailesine ayırmak zorunda olduğunu, bu nedenle kendisinin yeniden yapılanma sürecinde değerlendirilmesini, ancak bu arada 11,5 yıllık kıdemine göre tazminatları ve işçilik haklarının ödenmesini, yanı sıra sağlık sigortasının da sürdürülmesini istemiştir. Davacının bu maili işverenden iş sözleşmesinin feshini talep niteliğindedir. İşveren de aynı dönemde gerçekleşen ekonomik sıkıntılar nedeniyle küçülmeye gitme yönündeki işletmesel kararı davacıya uygulamıştır. Fesih talebi davacıdan geldiğine göre, olay yukarıda açıklandığı şekilde ikale sözleşmesinin tipik örneği niteliğindedir...".

²⁴¹ GÜVEN/AYDIN, s.181; SARIBAY, s.85.

yapılmasını değil, fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilme zorunluluğunu da öngörmekte, bu iki kriterin birlikte değerlendirilmesiyle burada öngörülen yazılılık ve açık ve kesinlik şeklinin geçerlilik şekli olduğunu ve bu emredici hükme aykırılığın ise feshi geçersiz kılacağını belirtmektedir²⁴². Biz de bu görüşe katılmaktayız zira İK m.21’de işe iade davasının kabulü için iki şart sunulmuştur ya “işverence sebep gösterilmemesi” yahut “işverence gösterilen sebebin geçerli olmaması”dır. İK m.20/2 uyarınca feshin geçerli nedene dayandığının ispat yükü işverene aittir. İşverenin dayandığı, bağlı olduğu ve sonradan değiştiremeyeceği geçerli nedeni İK m.19 uyarınca yazılı olarak ve hatta açık ve kesin bir şekilde belirtmelidir. İK m.19 uyarınca fesih sebebinin hiç yahut usulüne uygun gösterilmemesi durumunda, işveren İK m.20/2’deki üstüne düşen ispat yükünü yerine getirememiş sayılacak ve işçi tarafından açılan işe iade davası kabul edilecektir²⁴³. Yani aslında İK m.19’daki yükümlülükler uymamak, işverenin geçerli nedenini ispat edememesi sonucunu doğuracaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere fesih bildiriminin yazılı yapılması, fesih sebeplerinin de açık ve kesin bir şekilde gösterilmesi geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir. Fesih bildirimi yazılı yapılsa dahi fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde gösterilmemişse, feshin geçersizliğine karar verilmelidir²⁴⁴.

Yazılı bildirimin fesih anında yapılması gerekir, yazılı şekle uyulmadan yapılan fesihte, fesih beyanının işçiye ulaşmasının ardından yapılan yazılı bildirim

²⁴² SÜZEK, İş Hukuku, s.587; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.508; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.406; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.291; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.182; SÜMER, İş Hukuku, s.103; SARIBAY, s.92; ALPAGUT, İş Güvencesi, s.237; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s.34; ALP, Feshe Karşı Koruma, s.17; Aynı yönde Yarg. 9.HD. 2009/10119 E. 2009/35040 K. 14.12.2009 T.: “...sadece fesih bildiriminin değil fesih sebeplerinin de yazılı yapılması ve işverence fesih bildirimi ile gerekçelerini kapsayacak şekilde altının imzalanması gerekir... Dosya içeriğine göre davalı işverenin fesih bildirimini yazılı yapmasına rağmen fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmediği anlaşılmaktadır...”.

²⁴³ Aynı yönde bkz. Yarg. 9.HD. 2020/1002 E. 2020/4132 K. 11.03.2020 T.: “...4857 Sayılı İş Kanunu’nun 20/2 maddesi uyarınca “feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir”. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir...”.

²⁴⁴ Nitekim Yarg. 9.HD. 2007/ 26203 E. 2008 / 5305 K. 18.03.2008 T.: “4857 sayılı İş Kanunu’nun 19.uncu maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına uymamak feshi geçersiz kılar. Yazılı fesih bildiriminde, fesih açık ve kesin sebebinin gösterilmemesi, İş Kanunu’nun 20.nci maddesi anlamında feshin geçersizliği sonucunu doğurur. İşverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Kullanılan ifade o kadar açık ve seçik olmalı ki, işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır. Fesih bildiriminde, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi yanında ayrıca, sona erme zamanı da yeteri kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ifade edilmiş olmalıdır...” şeklinde hüküm kurarak İK m.19’da öngörülen şeklin geçerlilik şekli olduğunu hüküm altına almıştır.

feshi geçerli hale dönüştüremeyecektir²⁴⁵. Yazılı şekil şartını gerçekleştirmek açısından, fesih bildirim metninin kim tarafından ve nasıl oluşturulduğunun bir önemi yoktur. Dolayısıyla işverence bizzat el yazısıyla hazırlanmasına gerek yoktur, lakin bu metnin işverenin kendi imzasını taşıması şarttır²⁴⁶.

i. İş Sözleşmesinin Elektronik Ortamda Sona Erdirilmesi

İş sözleşmesinin elektronik ortamda sona erdirilebilmesi hususunda, İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, bildirimli feshe ilişkin İK m.19/1 hükmünde öngörülen yazılı şeklin geçerlilik şekli olduğundan bahisle feshe ilişkin bildirimin işverenin imzasını taşıması gerektiği, işveren tarafından bizzat imzalanmış fesih bildirim yazısının işçiye aynı şekilde imzalı olarak tebliğ edilmesi gerektiği, tüm bu sebeplerle elektronik posta veya sms yoluyla gerçekleştirilen fesih bildirimlerinin İK m.19/1'de öngörülen yazılı şekil şartını karşılayamadığı belirtilmektedir²⁴⁷. Buna karşılık ERTÜRK, iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshinde, fesih bildiriminin yazılı şekilde yapılması gerektiğinin şart olduğunu fakat yazılı fesih bildirimi denildiğinde akla sadece yazılı bir metnin gelmemesi gerektiğini savunmaktadır²⁴⁸. Yazar, elektronik posta yahut sms'in de elektronik ortamda yer alan birer yazılı belge olduğunu belirtmekte, bu nedenle elektronik posta veya sms yoluyla fesih bildiriminde bulunulabileceğini, bu yöntemin işverene hem zaman hem maliyet yönünden tasarruf sağlayacağını söylemektedir²⁴⁹. Diğer bir görüşe göre, TBK m.14/2 hükmü uyarınca

²⁴⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.586; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.214; aynı yönde Yarg. 9.H.D. 2006/23730 E. 2006 / 31649 K. 04.12.2006 T. "4857 sayılı İş Kanunu'nun 19.maddesi uyarınca, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Dosya içeriğine göre, davalı işveren davacının davranışlarından kaynaklanan nedenden dolayı 08.03.2006 tarihinde savunmasını talep ederken, aynı tarihte işten ayrıldığına dair çalışma belgesi ve keza aynı tarihli iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshi nedeni ile işçilik alacaklarının ödendiğine dair ibraname tanzim etmiştir. Davalı işveren bu işlemlerden sonra 09.03.2006 tarihinde noter kanalı ile yazılı fesih bildiriminde bulunmuş ve davacının davranışlarından kaynaklanan nedenlerden söz etmiştir. Belirtilen bu maddi olgulara göre, davacının iş sözleşmesi 08.03.2006 tarihinde feshedilmiş olup, davacıya ibraname ve çalışma belgesi verildiği ve tebliğ edildiği tarihte, bir başka anlatımla iş sözleşmesinin feshi anında yazılı fesih bildirimi yapılmamıştır. Davalı işveren 4857 sayılı İş Kanunun 19. maddesindeki koşula uymamıştır. Fesih işleminden sonra noter kanalı ile gönderilen yazılı fesih bildirimi sonradan tanzim edildiğinden sonuca etkili değildir."

²⁴⁶ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.510; ARSLAN-ERTÜRK, s.290.

²⁴⁷ Devrim ULUCAN, İş Güvencesi, İstanbul, 2003, s.73'ten aktaran ARSLAN-ERTÜRK, s.316.

²⁴⁸ Ş. ERTÜRK, s.36.

²⁴⁹ Ş. ERTÜRK, s.37.

gönderilen ve saklanabilen metinlerin yazılı şekli gerçekleştirmiş olduğu, elektronik şeklin kullanılmasına ilişkin ne İş Kanunu’nda ne de Türk Borçlar Kanunu’nda yasaklayan bir hüküm bulunmadığı, Tebligat Kanunu m.7/a uyarınca, elektronik yolla tebligat almayı kabul eden işçinin iş sözleşmesinin e-tebligat yolu ile sona erdirilebileceği belirtilmektedir²⁵⁰.

Hizmet sözleşmelerinin bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmesine ilişkin TBK m.431 ve m.432’de de özel şekil şartı öngörülmemiştir. Bu noktadan hareket eden bir görüşe göre, hizmet sözleşmelerinin feshi sözlü, telefonla, faksla, elektronik posta veya sms yoluyla gerçekleştirilebilecektir²⁵¹.

g) Feshin Son Çare Olması İlkesi (Ultima Ratio İlkesi)

Son olarak yukarıda belirttiğimiz şartların tamamı gerçekleşmiş olsa dahi, işveren fesihten önce, fesih kadar ağır olmayan başka bir önlem alabilecekse, fesih yoluna gitmemesi gerekir. Alternatif ve daha hafif olan önlemlerin alınmasının ardından da iş ilişkisinin sürdürülebilmesi mümkün değilse, son çare²⁵² olarak feshe başvurulabilecektir²⁵³.

İş Kanunu’nda “Feshin Son Çare Olması İlkesi” açıkça düzenlenmemişse²⁵⁴ de İK m.18 gerekçesinde “...Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır...” şeklinde belirtilmiş ve geçerli nedenlerle yapılacak fesihlerden önce diğer önlemlerin alınması gerektiğini dolayısıyla feshin en son çare olması gerekliliği belirtilmiştir.

²⁵⁰ ARSLAN-ERTÜRK, s.318-319.

²⁵¹ Mustafa Alper GÜMÜŞ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.: I, Vedat Kitapçılık, 3.Bası, İstanbul, 2013, s.514; Hizmet sözleşmelerinin sona ermesi hususunda ayrıca bkz. YAVUZ/ACAR/ ÖZEN, s. 524-529; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s.447-453; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.738-742.

²⁵² Fesihte son çare ilkesine yönelik geniş bilgi için bkz. Pınar TURGUT, “İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s.43 vd.

²⁵³ SÜZEK, İş Hukuku, s.580; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.517; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.396; DEMİR, İş Hukuku, s.344; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.289; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.209; SÜMER, İş Hukuku, s.102; GÜVEN/AYDIN, s.176; ŞEN, s.110.

²⁵⁴ Yasa koyucu tarafından somut bir düzenleme getirilmesi gerektiği hususunda bkz. İlke GÜRSEL, “Feshe Bir Alternatif Olarak İşverenin Fesihten Önce İşçiyi Başka İşte Çalıştırması”, https://www.mess.org.tr/media/files/6874_MVSIFGNGZsicil_01.2019.pdf, (15.05.2020), s.112.

İş güvencesi hükümlerinin getiriliş amacı düşünüldüğünde, iş ilişkisinin varlığının korunması ve feshe son çare olarak başvurulması gerekliliği karşımıza çıkacaktır. İş güvencesi sisteminin esas alındığı bir hukuk sisteminde sözleşmeye bağlılık (*Pacta Sund Servanda*) esas, fesih ise istisnadır²⁵⁵. Hukukumuzda fesihte son çare ilkesinin pozitif dayanağı olarak, TMK m.2/1 yani dürüstlük kuralı olarak gösterilmektedir²⁵⁶.

Feshin son çare olması ilkesi, geçerli nedenle fesihlerin tamamında yani hem işletmeden kaynaklanan²⁵⁷ hem işçiden kaynaklanan sebeplerde uygulama alanı bulacaktır²⁵⁸. Nitekim Yargıtay da bir kararında fazla kilosu sebebiyle uçucu personel olma özelliğini kaybeden kabin görevlisinin, duruma göre son çare olarak yer hizmetlerinde görevlendirilme koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini, kanımızca da isabetli olarak, kararlaştırmıştır²⁵⁹.

Son çare olarak işverenden sadece uygulanabilir nitelikte ve işletmenin amacına uygun önlemler alınması istenebilir, işverenden aşırı masraf gerektiren yahut işletmenin amacına uygun olmayan önlemler²⁶⁰ alması beklenemez²⁶¹.

²⁵⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.581.

²⁵⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.581; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.98; Öner EYRENCİ, “Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi”, <https://www.lexpera.com.tr/kitaplar/KI801Y2010N9789758919604>, (15.04.2020), (Ölçülülük), s.36; Ali GÜZEL, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin, Ankara, 2017, (Son Çare İlkesi), s.561 vd.

²⁵⁷ Erhan BİRBEN, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2006, (Ölçülülük), s.137 vd; İşletmesel kararların keyfilik denetim ve fesihte son çare ilkesinin uygulanabilirliği hususunda bir karar incelemesi için bkz. Ali GÜZEL, “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi”, <https://www.calismatoplum.org/makale/karar-incelemesi-3#gsc.tab=0>, (13.05.2020), (Keyfilik Denetimi), s.159-182.

²⁵⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.582; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.289; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.210; GÜVEN/AYDIN, s.177; aksi yönde bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.396-397; SÜMER, (İş Hukuku), s.102; Haluk Hadi SÜMER, “İş Sözleşmesinin Sağlık Sebepleri ile Feshi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6340_5COWAXBAFY8.pdf, (20.09.2020), (Sağlık Sebepleri), s.72; BİRBEN, Ölçülülük, s.277 vd.

²⁵⁹ Yarg. 22.HD. 2011/11598 E. 2012/23353 K. 18.06.2012 T.

²⁶⁰ İşyerinde işçinin eski işine göre daha yüksek bir pozisyonda boşluk bulunması ve işçinin feshinden önce sözü geçen boş pozisyona getirilmesi terfi özelliği göstereceğinden ve ayrıca işverenin bu tarz pozisyonlara kendi seçimiyle işçi almakta serbest olduğunun da göz önüne alınması gerektiğinden, işverenin, işçiye bu şekilde bir teklif yapmasının “feshin son çare olması ilkesi” kapsamında beklenemeyeceği yönünde bkz. GÜRSEL, s.105.

²⁶¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.582; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.99; ŞEN, s.110. Bu kapsamda işverenin alması gereken önlemlere ilişkin Yarg. 9.HD 2004/27003 E. 2004/27998 K. 16.12.2004 T.: “Öte yandan, işletmesel kararla 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, işçiye başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir” şeklinde hüküm vermiştir. Aynı yönde bkz. İzmir BAM 9.HD. 2016/45 E.

Yargıtay başka bir kararında, iş sözleşmesi feshedilen işçinin başka bir işte çalıştırılma olanağının bulunmasına rağmen, son çare olarak bu yol işletilmeksizin fesih yapılmasının geçersiz olduğunu hüküm altına almıştır²⁶². Yargıtay, son çare olarak işçinin çalıştırılabileceği iş yerinin aynı işverene ait olmasını yeterli bulmuş, aynı işletmenin içinde yahut aynı işkolunda olması gerekmediğini hatta aynı ilde bulunması dahi zorunlu olmadığına hükmetmiştir²⁶³. Yine Yargıtay aynı şirketler grubundaki diğer bir şirketin ayrı işveren olması sebebiyle, işçinin son çare olarak diğer işverene ait bu şirkette çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması kural olarak zorunlu olmadığına hükmetmiş²⁶⁴, lakin aynı şirketler grubundaki şirketlerin, yönetim şeklinin, şirketler arasındaki organik bağın, bu şirketler arasındaki işçi nakli olup olmadığının, şirketlerin istihdam politikalarının ortak olup olmadığının yahut birlikte istihdama uygun bir yapının var olup olmadığı hususlarının dikkate alınarak, feshin son çare olması ilkesinin uygulanabilirliğinin denetlenmesi gerektiği yönünde, kanımızca da isabetli olarak, karar vermiştir²⁶⁵.

2016/27 K. 09/11/2916 T.: “Dosya içeriği bilgi ve belgelerde davacının performansının düşük olduğu kabul edilse dahi davacıya yönelik yazılı bir uyarı yapıp yapılmadığı, davalı şirket bünyesinde davacının performansının düşüklüğünü giderici işçinin kazanımına yönelik ne gibi önlemler alındığı, davacının performansının arttırılmasına yönelik ne gibi eğitim faaliyetleri düzenlendiği ve davacı işçinin de davalı şirket yöneticilerinin kendisini kazanmaya yönelik çabalarına ne tür bir olumsuzluk gösterdiğine ilişkin dosya içeriğinde herhangi somut bir bilgi ya da belgeye rastlanılmamıştır. Ayrıca somut olayda davacının, başka birim ve pozisyonlarda görevlendirilmesi hususu işverence gündeme alınmamıştır. Yani doğrudan sözleşmenin feshedilmesi tercihi kullanılmıştır. Bu durumun “feshin son çare olması ilkesi” ile çelişen bir uygulama olduğu da açıktır.”.

²⁶² Yarg. 9.HD. 2018/2118 E. 2018/16485 K. 24.09.2018 T.: “Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu’nun 22.maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir.”; Yarg. 9.HD. 2007/8740 E. 2007/18743 K. 12.06.2007 T.: “Genel tarama testleri sırasında ortaya çıkan sonuçlara ve davacının kaza yapma sıklığına göre iş yerinde şoför olarak çalıştırılması doğru olmaz. Ne var ki davalı işveren çok sayıda işçinin çalıştığı bir kamu kurumu olup davacının eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesi hatalı olmuştur. Davacının iş sözleşmesi, görevinin gerektirdiği nitelikleri taşımaması sebebiyle feshedilmiş olmakla belirtilen fesih şekline göre feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmesi gerekir. Feshin gerçekleştiği dönemlerde iş yerinde davacının yapabileceği başka bir iş bulunup bulunmadığı davacının başka bir birimde değerlendirilmesi imkanının olup olmadığı hususları gerekirse iş yerinde keşif icra olunarak araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.”.

²⁶³ Yarg. 9.HD. 2005/37239 E. 2006/3456 K. 13.02.2006 T.; aynı yönde GÜRSEL, s.107.

²⁶⁴ Yarg. 9.HD. 2007/24415 E. 2007/38774 K. 24.12.2007 T.: “Başka bir anlatımla, aynı gruba da ait olsa, farklı bir tüzel kişiliği haiz işverene ait iş yerinde işçinin değerlendirilmesi davalı işverenden beklenemez.”.

²⁶⁵ Yarg. 22.HD. 2011/18465 E. 2012/336 K. 20.01.2012 T.; aynı yönde bkz. GÜRSEL, s.107-109.

Şunu da belirtmek gerekir ki, işe iade davasında işçi tarafından öne sürülen feshin son çare olmadığı iddiasına karşılık, işveren feshin kaçınılmaz olduğunu ispat etmekle mükelleftir²⁶⁶.

E. Basın İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin İş Sözleşmelerinin Süreli Feshi

5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) m.16/4 hükmü gereğince, iş sözleşmesinin bazı durumlarda süreli fesih bildirimi yolu ile sona erdirilmesi kısıtlanmıştır. Anılan maddeye göre, iş sözleşmesinin belirli süreli yahut belirsiz süreli olup olmadığına bakılmaksızın, gazeteci, talim veya manevra dolayısıyla silah altına alınmışsa, silah altında bulunduğu süre zarfında boyunca iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilemeyeceği gibi ücretine hak kazanmaya da devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Başka bir durumda, yine belirli süreli yahut belirsiz süreli olup olmadığına bakılmaksızın, gazeteci, kısmi veya genel seferberlik sebebiyle silah altına alınmışsa üç ay içinde; muvazzaf askerlik sebebiyle silah altına alınmışsa muvazzaf askerliği devam ettiği müddet boyunca işveren tarafından iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirilemeyecektir²⁶⁷. Anılan süreler içerisinde yapılacak fesihler tümüyle geçersiz olmadığı; fesih bildirimlerinin geçerli olduğu ancak bildirim sürelerinin m.16'da belirtilen askerlik sürelerinin dolmasından sonra işlemeye başlayacağı savunulmaktadır²⁶⁸.

Basın İş Kanunu m.6'da bildirim süreleri öngörülmüştür. Anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca gazeteci ile işvereni arasındaki ilişki aralıksız olarak bir veya birden fazla iş sözleşmesi ile en az beş yıl sürmüştü, gazetecinin işine son verilmesi gazeteciye yapılacak yazılı ihbardan itibaren üç ay geçtikten sonra muteber olacağı; gazetecinin hizmeti beş yıldan az sürmüş ise ilgili ihbar süresinin bir ay olacağı hüküm altına alınmıştır. İlgili süreler işverenin uyması gereken süreler olup

²⁶⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.290.

²⁶⁷ Haluk Hadi SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, Mimoza, Konya, 2013, (Basın İş), s.142; Müjdat ŞAKAR, “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, <https://www.calismatoplum.org/makale/basin-is-sozlesmesinin-sona-ermesi-ve-kidem-tazminatı>, (26.12.2020), s.14 vd.; ARSLAN-ERTÜRK, s.292.

²⁶⁸ SÜMER, Basın İş, s. 142.

eğer iş sözleşmesi gazeteci tarafından feshedilmek isteniyorsa, Basın İş Kanunu m.7 uyarınca, gazeteci en az bir ay önceden işverene yazılı ihbarda bulunmak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.

Basın İş Kanunu m.6/4 ve m.7 değerlendirildiğinde, ihbarların yazılı olması gerektiği hususu düzenlenmiştir. Öğretideki baskın görüşe göre, söz konusu yazınlık, ispat şekli olup geçerlilik şekli değildir²⁶⁹. Basın İş Kanunu m.6/son'da yapılan İş Kanunu m.18, m.19, m.20 ve m.21 ve m.29'a yapılan atıf gereği, gazeteci iş güvencesi hükümleri kapsamındaysa, iş sözleşmesinin bildirimli feshine ilişkin yazılı şekil şartı, ispat şartı değil geçerlilik şartıdır²⁷⁰.

F. Deniz İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin İş Sözleşmelerinin Süreli Feshi

854 Sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi işçiler açısından fesih beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurma anı farklılık göstermektedir. Nitekim Deniz İş Kanunu m.17 uyarınca ister derhal fesih ister süreli fesih olsun; gemi seyir halindeyken fesih gerçekleştirilmek istenirse, bu fesih ancak kararlaştırılmış limanda yahut kararlaştırılmış liman değiştirildiği takdirde ilk uğrayacağı limanda geminin emniyet altına alınmasından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır²⁷¹. Anılan hüküm sebebiyle, süreli fesihlerde bildirim süreleri, feshin gemi adamına bildirildiği tarihten başlayacak lakin gemi adamı, maddede belirtilen limanlardan birine ulaşınca kadar çalışmaya devam edecek, fesih ancak ilgili limanlarda geminin emniyet altına alınmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır²⁷².

Gemi adamı yahut işveren tarafından gerçekleştirilecek süreli fesihlere ilişkin bildirim süreleri Deniz İş Kanunu m.16'da düzenlenmiştir. Burada İş Kanunu'ndan farklı olarak süreli fesih için alt sınır getirilmiştir. Nitekim maddeye göre Basın İş Kanunu m.14'te sayılan derhal feshe ilişkin hususlar saklı kalmak kaydıyla, gemi

²⁶⁹ SÜMER, Basın İş, s.140-141; ŞAKAR, s.13; Nuray GÖKÇEK-KARACA, Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, Legal, İstanbul, 2010, s.158; aksi yönde bkz. SEVİMLİ, s.22-23.

²⁷⁰ SÜMER, Basın İş, s.141, ARSLAN-ERTÜRK, s.293.

²⁷¹ Bektaş KAR, Deniz İş Hukuku, Yetkin, Ankara, 2014, (Deniz İş), s.211; Mehmet Nusret BEDÜK, Deniz İş Sözleşmesi, Ekin, Bursa, 2012, s.254-255; ARSLAN-ERTÜRK, s. 290.

²⁷² ARSLAN-ERTÜRK, s.290.

adaminin işe alınmasından itibaren altı ay geçmedikçe iş sözleşmesi süreli fesih bildirimi yoluyla sona erdirilemez. Öngörülen altı aylık süre, gemi ile çıkılacak uzun yolun niteliğinden kaynaklanmakta olup, gemi adamlarına asgari altı aylık bir iş güvencesi kazandırmaktadır²⁷³. Lakin bu süre sadece gemi adamları lehine olmayıp, işverenler açısından da geçerlidir. Bu nedenle sözleşmenin her iki tarafını da bağlamaktadır²⁷⁴. Altı aylık sürenin dolmasından itibaren Deniz İş Kanunu m.16/B’de öngörülen ihbar sürelerine uyulmak suretiyle iş sözleşmesi sona erdirilebilecektir. Yine aynı maddeye göre iş sözleşmesinin süreli feshinden önce, süreli fesih hakkını kullanacak tarafça durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Fesih bildiriminin şekline ilişkin Deniz İş Kanunu m.18’de iş sözleşmesinin işveren veya işveren vekili tarafından feshedilmesi halinde sebepleriyle birlikte gemi adamına yazılı olarak bildirilmesi gerektiği, bildirim imkânı olmayan hallerde ise durumun bir tutanakla tespit olunması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Madde hükmü dikkatlice incelendiğinde, sadece işveren tarafından yapılacak fesihleri kapsadığı, gemi adamı tarafından yapılacak fesihleri kapsamadığı açıkça görülecektir. Ancak Deniz İş Kanunu m.47 ve İş Kanunu m.109 göz önüne alındığında, fesih bildiriminin kim tarafından gerçekleştirileceği fark etmeksizin, yapılacak bildirimlerin yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerektiği, kendisine bildirim yapılacak kişinin imzadan imtina etmesi halinde ise durumun bir tutanakla tespit edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu m.18 ve Deniz İş Kanunu m.47 kıyaslandığında, m.18 uyarınca işveren tarafından gerçekleştirilecek fesih bildiriminin yazılı ve imza karşılığında olması ve fesih sebeplerini de içermesi gerekirken, m.47 uyarınca gemi adamı tarafından gerçekleştirilecek fesih bildiriminin yazılı ve imza karşılığında olması yeterli olup, fesih sebeplerini içermesi gerekmemektedir²⁷⁵.

KAR, Deniz İş Kanunu gerek m.18 gerek m.47’de öngörülen yazılılık şartının ispat şartı olduğunu, yazılı şekilde yapılacak fesih bildirimlerinin taraflar için ispat

²⁷³ ARSLAN-ERTÜRK, s.291.

²⁷⁴ KAR, Deniz İş, s.227; BEDÜK, s.251-252; ARSLAN-ERTÜRK, s.291.

²⁷⁵ ARSLAN-ERTÜRK, s.291-292. Deniz İş Kanunu’na tabi işçilerin iş güvencesi ve dolayısıyla işe iade kapsamına girmeleri mümkün olmadığından, Deniz İş Kanunu m.18’de öngörülen yazılı fesih bildiriminde fesih sebebinin gösterilmesinin de pratikte herhangi bir fonksiyonu bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. BEDÜK, s.254.

edilebilirliği sağladığını, Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğunu ifade etmektedir²⁷⁶.

G. Toplu İşçi Çıkarma

Toplu işçi çıkarmaya ilişkin kurallar, İş Kanunu m.29'da düzenlenmiştir²⁷⁷. Anılan madde uyarınca bir iş yerinde toplu işçi çıkarmadan bahsedilebilmesi için, yirmi ila yüz işçi arasında işçi çalıştırmaktaysa en az on işçi, yüz bir ila üç yüz işçi arasında işçi çalıştırmaktaysa en az işçi sayısının yüzde onu kadar, üç yüz bir ve daha fazla işçi çalıştırmaktaysa en az otuz işçinin işine İş Kanunu m.17 uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihlerde veya farklı tarihlerde son verilmesi gerekir²⁷⁸. Kanunun "İşletme" sözcüğünü değil "İşyeri" sözcüğünü kullanması, aynı iş kolunda birden fazla iş yerini bünyesinde bulunduran işletmede çalışanların tümünün dikkate alınarak toplu işçi çıkarmanın belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır²⁷⁹. Bu sayıların altında işçi çıkarılması toplu işçi çıkarma sayılmayacaktır²⁸⁰. Bunun haricinde İK m.29/7 uyarınca mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında, işten çıkarmanın bu işlerin niteliğinden kaynaklanması şartıyla, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz.

Toplu işçi çıkarmada geçerli fesih nedenleri, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme gerekleridir²⁸¹. Öte yandan İK m.29/son uyarınca, işveren toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümleri, iş güvencesine ilişkin İK m.18, m.19, m.29 ve m.21'i

²⁷⁶ KAR, Deniz İş, s.211-212; ARSLAN-ERTÜRK, s.292.

²⁷⁷ Yarg. 9.HD. 2010/43956 E. 2010/36337 E. 06.12.2020 T.: "Toplu işçi çıkarma kuralı, 158 sayılı uluslararası çalışma sözleşmesinin 13 ve 14. maddeleri ile Avrupa Birliği'nin 75/129 ve 98/59 sayılı yönergelerindeki ölçütler esas alınmak suretiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenmiştir...". "...Bireysel işten çıkarmalardan farklı olarak, işletmeye ilişkin ekonomik bir nedenin topluluk oluşturacak sayıda işçinin işten çıkartılmasına yol açması olgusu, toplu işçi çıkarmalara kanun koyucuların daha duyarlı yaklaşımlarını gerektirmiştir.": MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.306.

²⁷⁸ İşçi sayısının tespitinde, çıkarılan işçilerin iş sözleşmelerinin belirsiz süreli, belirli süreli yahut kısmi süreli olmasının bir önemi bulunmadığına yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.306; aynı yönde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.228; İşyerinde geçici iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ile iş sözleşmesi ile çalışmayan çırak ve stajyerlerin, bu sayının tespitinde dikkate alınamayacağı hususunda bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.228.

²⁷⁹ DEMİR, İş Hukuku, s.348; aksi yönde bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.66.

²⁸⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.589.

²⁸¹ İşletmede toplu işçi çıkarmaya neden olan ekonomik bunalımın kaynağında işverenin yanlış kararı, tutarsız tercihlerinin olup olmamasının bir önemi olmadığı yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.306.

dolanmak maksadıyla kötüye kullanmaktaysa, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanamayacak, iş güvencesi kapsamındaki işçiler işe iade davası açabileceklerdir²⁸².

İşveren, toplu işçi çıkarma yoluna gitmek istiyorsa, İK m.29 uyarınca uyması gereken prosedürler bulunmaktadır. İşveren toplu işçi çıkarmak istediğinde, bu hususu en az otuz gün öncesinden bir yazı ile, iş yeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumu'na bildirmelidir. İK m.29/3 gereği, işverenin ilgili yerlere yapması gereken bu bildirimde, işçi çıkarma sebeplerine, toplu işçi çıkarmadan etkilenecek işçi sayısına, toplu işçi çıkarmadan etkilenecek işçi gruplarına²⁸³ ve fesih işlemlerinin hangi zamanlarda gerçekleşeceğine ilişkin bilgileri bulundurmak zorundadır. Yapılan bildirimin ardından izlenecek süreç İK m.29/4'te düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca bildirimin ardından işveren iş yeri sendika temsilcileri ile görüşmeler yapmak zorundadır. Görüşmelerin içeriğine ilişkin aynı maddenin devamında toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut toplu işçi çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konularının görüşüleceği düzenlenmiştir²⁸⁴. Görüşmelerin nihayete ermesiyle toplantının yapıldığını gösteren bir belge düzenlenir. Bu görüşmelerin sonucunda bir sonuca ulaşılması veya bir karar verilmesi zorunluluğu bulunmayıp, toplantı bilgi verme ve danışma niteliği taşımaktadır²⁸⁵.

²⁸² SÜZEK, İş Hukuku, s.589-590; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.308; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.191; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.219. Toplu işçi çıkarmalarda da fesih bildirimlerinin yazılı yapılması ve fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde karşı tarafa bildirilmesine ilişkin bkz. Yarg. 9.HD. 2010/43956 E. 2010/36337 E. 06.12.2020 T.: *“Toplu işçi çıkarmada fesih türü, İş Kanunu m.17 anlamında bir süreli fesih olduğundan, işveren tarafından iş yerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayalı feshin sonuçlarını doğurur. Toplu işçi çıkarma da dahi işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesindeki biçimsel koşullara uymalı, kısaca her işçiye yazılı fesih bildirimi yanında fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmelidir.”*; aynı yönde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.228.

²⁸³ İşverenin, gerçekleştirilecek işten çıkarmalarda işçiler arasında verimi düşük olanları, hastalığı sebebiyle işe işe gelemeyenleri veya işi aksatanları, emeklileri, kıdemi daha az, bekar veya çocuksuz işçileri öncelikle işten çıkarması hakkaniyete daha uygun düşeceği yönünde bkz. DEMİR, İş Hukuku, s.350. Yarg. 9.HD. 2009/24542 E. 2009/10390 K. 13.04.2009 T.: *“Eğer toplu iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliğinde herhangi bir sıralama veya kriter yer almıyorsa, işverenin işletmesel nedenlerle fesihlerde bir kriter sunması ve uygulaması zorunluluğu yoktur. Feshin “tutarlılık”, “keyfilik” ve “kaçınılmazlığı” yönünden bir denetim yapılması gerekli ve fakat yeterlidir.”*.

²⁸⁴ *“Örneğin, işçilerden bir kısmının aynı işverene ait başka işyerlerine ya da aynı iş yerinde işçi ihtiyacı bulunan başka bölümlere nakli görüşmelerde ele alınabileceği gibi, fazla çalışmaların kaldırılması veya çalışma sürelerinin düşürülmesi veya stoklar tükeninceye kadar ücretsiz izne çıkarılma gibi konular da ele alınabilecektir.”*: DEMİR, İş Hukuku, s.349.

²⁸⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.590.

SÜZEK, bilim kurulu taslağında bulunan “İşçi Temsilciliği” kurumunun yasaya alınmamasının bir eksiklik olduğunu belirtmekte ve bunun sonucu olarak bir iş yerinde herhangi bir sendikanın yetkisinin bulunmadığı durumlarda, iş yeri sendika temsilcisi de bulunamayacağından, çoğu iş yerinde İK m.29/4 uyarınca yapılması gereken görüşmelerin yapılamayacağını, haklı olarak belirtmektedir²⁸⁶.

İK m.29/5 hükmü, fesih bildirimi, toplu işçi çıkarma isteğinin ilgili bölge müdürlüğüne bildirilmesinin ardından otuz gün sonra hüküm doğuracağını hüküm altına almıştır. Bu hüküm uyarınca İK m.17’de artan kıdeme göre belirlenen fesih bildirim süreleri, otuz günlük sürenin geçmesinin ardından başlayacak, işveren yine dilerse otuz günlük sürenin ardından fesih bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin ödemek suretiyle iş ilişkisini feshedebilecektir²⁸⁷. İşveren, anılan bildirim süreleri haricinde, toplu işçi çıkarmalarda da iş yerinin veya işletmenin gereklerinden doğan geçerli nedeni ispatlamak ve en son çare ilkesine uygun davranmak zorundadır²⁸⁸.

İK m.29/6 hükmü, iş yerinin tamamı kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde, durumun sadece en az otuz gün önceden bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumu’na bildirilmesi ve durumun iş yerinde ilan edilmesinin yeterli olacağını, iş yeri sendika temsilcileri ile görüşme yapma yükümlülüğünün bulunmadığını hususunu içermektedir. Yine bu madde uyarınca iş yerini bütünüyle kapatan işveren de İK m.17’deki sürelerle uymak yahut bu sürelerle ilişkin ücretleri peşin olarak ödemek zorunda olduğu gibi, işçilerin hak kazandığı diğer işçilik alacaklarını da zamanında ödemek zorundadır²⁸⁹.

Nihayet İK m.29’daki yükümlülüklerle uymayan işverenin ne gibi yaptırımlarla karşılaşacağı İK m.100’de hüküm altına alınmıştır. Nitekim anılan madde uyarınca, ilgili yerlere gerekli bildirimleri yapmayan, iş yeri sendika temsilcileri bulunmasına rağmen bunlarla toplantı yapmayan, otuz günlük süreyi beklemeden işçi çıkarmaya başlayan işveren aleyhine, ilgili yükümlülüklerle uymadan çıkardığı her işçi bakımından ayrı ayrı idari para cezasına hükmedilir. 4857 Sayılı İş Kanunu’nda toplu

²⁸⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.590; aynı yönde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.229; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.190.

²⁸⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.590-591; DEMİR, İş Hukuku, s.353; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.307; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.190; aksi yönde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.230.

²⁸⁸ DEMİR, İş Hukuku, s.349.

²⁸⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.591.

işçi çıkarmanın cezası olarak öngörülen idari para cezası haricinde herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir²⁹⁰. Bu hususta yasada herhangi bir hükme uyulmadığında, idari para cezası yaptırımının uygulanmasının, yapılan hukuka aykırı işleme ayrıca geçersizlik yaptırımı uygulanamayacağı anlamına gelmeyeceği, böylelikle İK m.29 hükmüne uyulmamasının sonucu olarak yapılan feshin geçersiz olduğu sonucuna ulaşılması gerektiği belirtilmektedir²⁹¹. Tüm bu yaptırımlar haricinde İK m.29/son gereği, usulüne uyulmaksızın iş sözleşmesi feshedilen ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek konumda olan işçiler, bu hükümlerin yarattığı korumalardan faydalanabilecek ve işe iade davası açabileceklerdir²⁹².

Son olarak İK m.29/6'da yeniden iş akdi yapma zorunluluğu öngörülmüştür²⁹³. İlgili maddeye göre işverenin aynı nitelikteki işler için iş akdi yapma zorunluluğu bulunduğu, farklı nitelikteki işler için bu yönde bir zorunluluğu bulunmadığına dikkat etmek gerekir. Nihayet şu hususa da dikkat etmek gerekir ki, İK m.7/4 uyarınca toplu işçi çıkarılan yerlerde, sekiz ay boyunca geçici iş ilişkisi kurulamaz²⁹⁴.

²⁹⁰ Yarg. 22.HD. 2014/5846 E. 2014/7662 K. 08.04.2014 T.; aynı yönde bkz. Yarg. 9.HD. 2009/29843 E. 2007/1029 K. 29.01.2007 T.

²⁹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.591-592; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.231; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2009/37726 E. 2009/27756 K. 19.10.2009 T.: *“Yasada toplu işçi çıkarma kuralına uymamanın idari para cezası olarak öngörülmesi de, feshi geçerli kılmamalıdır...Kaldı ki maddenin 5. Fıkrasındaki “feshin bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğurur.” Kuralı ile feshin hukuksal yaptırımı öngörülmüştür. Bu düzenlemeden il müdürlüğüne bildirilmeyen toplu işçi çıkarmanın sonuç doğurmayacağını kısaca geçerli olmayacağını anlamak gerekir.”*; aksi yönde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.307.

²⁹² SÜZEK, İş Hukuku, s.591; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.374.

²⁹³ Kanun koyucunun yeniden işe alma yükümlülüğüne uymayan işveren yahut vekiline herhangi bir yaptırım öngörmediğinden bahisle, burada bir yeniden işe alma zorunluluğu öngörülmediği sadece kanun koyucunun işverenden nitelikleri uygun olan işçileri tercihen işe çağırmasını beklediğini, bunun da ancak bir temenni olduğu yönünde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.232.

²⁹⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.592.

III. Süreli Fesihle Şekle Uyulmamasının Hukuki Sonuçları

A. Süreli Fesihle Şekle Uymamanın Genel Sonuçları

1) Genel Olarak

İşveren yahut işçi tarafından yapılacak süreli fesihlerde, yukarıda bahsedilen şekil kurallarına uyulmaması sonucu yapılacak fesih usulsüz fesih olarak nitelendirilecek ve usulsüz fesih rejimine tabi olacaktır²⁹⁵. İşveren yahut işçi tarafından gerçekleştirilecek usulsüz fesihlerde, aleyhine sözleşme feshedilen taraf, diğer taraftan -TMK m.5 yollamasıyla- genel hükümler çerçevesinde maddi tazminat ve manevi tazminat talep edebilecektir²⁹⁶. 1475 Sayılı eski İş Kanunu'nun süreli fesihlere ilişkin 13.maddesinin son fıkrasında²⁹⁷ iş sözleşmesinin taraflarının bilahare tazminat talep etme haklarının saklı olduğu hükmü yer almaktayken 4857 sayılı İş Kanunu'nun süreli fesihlere ilişkin 17.maddesine aynı ifade eklenmemiştir. Lakin bu durum tarafların genel hükümler gereğince uğradıkları zararı tazmin ettirmelerine engel değildir²⁹⁸. Haklı nedenle feshe ilişkin İK m.26/2'de açık açık belirtilmesine ve eski İş Kanunu'nun süreli feshe ilişkin maddesinde de açıkça aynı yönde hüküm bulunmasına rağmen, 4857 sayılı yeni İK m.17'ye bu yönde bir hükmün eklenmemesi eleştirilebilecektir zira her ne kadar TMK m.5 atfı açıksa da, tartışmaları engellemek amacıyla iki fesih türünün maddesine de bu hükmü eklemek yahut iki fesih türünün maddesinden de bu hükmü çıkarıp bilinçli bir boşluk oluşturmak, hem fesih türleri arasındaki yeknesaklığı sağlayacak hem de tartışmalara mahal vermeksizin açıklık getirecektir.

²⁹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.520; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.352; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.266; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.190; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.168; SÜMER, İş Hukuku, s.106.

²⁹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.523; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.389; DEMİR, İş Hukuku, s.367; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.267.

²⁹⁷ Yarg. HGK. 1972/173 E. 1972/665 K. 17.06.1972 T.: "Gerçekten iş sözleşmesinin bozulduğu tarihe göre yürürlükte bulunan 931 sayılı İş Kanununun 13. maddesinde tarafların ayrıca tazminat isteme hakları bulunduğu yazılıdır, buradaki tazminat sözcüğünün kapsamı içine maddi ve manevi tazminat istekleri de girmektedir. Bu tazminatların Borçlar Kanununa göre ve şartları gerçekleştiği takdirde söz konusu olacağı açıktır. Çünkü İş Kanunununda bu kabil tazminatlar için bir ölçüyü kapsayan hüküm mevcut değildir."

²⁹⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.523; DEMİR, İş Hukuku, s.367; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.269.

Usulsüz fesih sebebiyle maddi tazminat talep edecek tarafın, uğradığı zararı tazmin ettirebilmesi için, bu zararının ihbar tazminatı tutarını aşması gerekmektedir. İhbar tazminatı götürü bir tazminat kalemidir ve koşulları varsa tarafların zarara uğraması önemli olmaksızın talep edilebilir lakin tarafların maddi tazminat talebinin karşılık bulabilmesi için ihbar tazminatı miktarını aşan zararının varlığını ispat etmeleri gerekmektedir²⁹⁹.

Öte yandan, usulsüz fesihten dolayı kişilik hakları ihlal edilmiş, onuru yahut meslek itibarı zedelenmiş taraf, iş akdini usulsüz fesheden taraftan, genel hüküm niteliğinde olan TBK m.58 çerçevesinde manevi tazminat da talep edebilecektir³⁰⁰.

İş sözleşmesinin işveren tarafından usulsüz olarak feshedilmesi durumunda, işçi iş yerinde bir yıldan fazla çalışmışsa kıdem tazminatına hak kazanacaktır³⁰¹. Gerçekten de 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14.maddesi uyarınca işveren tarafından İK m.25/2 uyarınca yapılacak haklı nedenle fesihte ve işçi tarafından yapılacak haklı nedenle fesihte, işçi kıdem tazminata hak kazanacak, işçinin istifası anlamına gelen işçi süreli feshinde ise kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

Genel hükümlere göre tazminat talebinin yanında, iş ilişkisi usulsüz şekilde feshedilen işçi yahut işverenin başka ne gibi taleplerde bulunabileceğini ilişkin ayrıntılı incelemeleri aşağıda açıklamaya çalışacağız.

2) İhbar Tazminatı

İK m.17/2'de belirtilen sürelerle uymaksızın yapılacak süreli fesihlerde, peşin ödeme suretiyle bu sürelerle ilişkin toplam tutar da ödenmemişse, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödenmesi gerekir, bahsedilen tazminat öğretide "İhbar

²⁹⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.523; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.391; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.191.

³⁰⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.523; DEMİR, İş Hukuku, s.367; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.270; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.191; Manevi tazminat talebi hususunda geniş bilgi için bkz. Özlem BAL, "Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat Talebinde Taraflar", https://www.mess.org.tr/media/files/6312_EX48J8XNUV26.pdf, (20.09.2020), s.25 vd.; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2007/41164 E. 2009/8092 K. 26.03.2009 T.: "Davacıya, davalı işveren vekili tarafından etkili eylemde bulunduğu tartışmasızdır. Sözü edilen eylem tek başına BK 49. madde uyarınca kişilik hakkına saldırı olup manevi tazminatı gerektirir. Mahkemece feshin haksızlığının kabulü de bu olguyu doğrulamaktadır. Hiç bir gerekçe işçinin dövülmesini haklı kılmaz, işçinin yalnız maddi varlığı değil manevi varlığı da yasalarca koruma altındadır."; Yarg. HGK. 1971/452 E. 1972/250 K. 15.04.1972 T.: "Şartlar gerçekleştiği takdirde işçinin işverenden manevi tazminatın istenmesine engel teşkil eden bir kanun hükmü yoktur."

³⁰¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.523-524.

Tazminatı” olarak adlandırılmakta lakin kanunda bu kavrama ihbar tazminatı adıyla yer verilmemektedir³⁰².

İK m.17/1 lafzında “*Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin*” terimi kullanıldığından, ihbar tazminatı, sadece belirsiz süreli sözleşmelerin usulsüz feshi noktasında talep edilebilecektir³⁰³. Ayrıca, İK m.10/2 gereği, İK m.17 hükmü sadece sürekli iş sözleşmelerinde uygulanır. Sürekli işler ise İK m.10 uyarınca nitelikleri gereği otuz iş gününden fazla süren işlerdir. Süreksiz işlerde çalışan işçilere uygulanacak süreli fesih hükümleri ise İK m.10/2 yollamasıyla TBK m.431 ve TBK m.432 hükmüdür. Şunu da belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi dahi olsa, bu belirsiz süreli iş sözleşmesi süreli fesihle değil de ikale yahut ölüm ile sonra ermiş ya da haklı nedenle feshedilmişse ihbar tazminatı talep edilemez³⁰⁴.

İK m.17/4’te “*Bildirim şartına uymayan taraf*” terimi kullanıldığından, ihbar tazminatını usulsüz feshe maruz kalan işçi talep edebileceği gibi, süreli fesihte bildirim süresi koşuluna uymayarak³⁰⁵ usulsüzce sözleşmeyi fesheden işçi de, ihbar tazminatını

³⁰² SÜZEK, İş Hukuku, s.520; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.377; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.364; DEMİR, İş Hukuku, s.364; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s.267; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.190; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.168; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.206; SÜMER, İş Hukuku, s.106; GÜVEN/AYDIN, s.193; OKUR, s.109; KAPLAN, Üst Sınır, s.11.

³⁰³ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.353; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s.268; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.190; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.168; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.202; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2006/5882 E. 2006/27048 K. 16.10.2006 T.: “*Taraflar arasındaki iş ilişkisi, işin niteliği ve amacı gibi hususlar göz önüne alındığında da belirli süreli hizmet akdi yapılmasını gerektirir objektif nedenlerde mevcut değildir. Bu sebeple taraflar arasında belirli süreli hizmet akdi bulunmadığından ihbar tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerekirken reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*”.

³⁰⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.268.

³⁰⁵ İhbar süreleri içerisinde, ihbar önellerine uyulmamasının iş yerinde iş şartı haline gelmesi durumunda işçinin ihbar öneline uymadan ayrılması halinde işveren lehine ihbar tazminatına hükmedilemeyeceği hususunda bkz. Yarg. HGK. 2012/9-116 E. 2012/349 K. 06.06.2012 T.: “*Ayrıca davalı tanıkları özetle, davacı banka tarafından istifa edenlerin ihbar önellerine uymaları istenmediği gibi, bu durumun iş yeri şartı haline geldiğini, ayrıca istifa edenlere ihbar önellerine uymaları gerektiğinin de bildirilmediğini beyan ve ifade etmişlerdir.*”.

ödemek zorunda kalacaktır³⁰⁶. Haklı nedenle fesih hakkını işçi kullanmış olsa dahi ihbar tazminatı talep edemeyecektir³⁰⁷.

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, ihbar tazminatı götürü bir tazminattır³⁰⁸. Bunun sonucu olarak, alışlagelmiş sorumluluk hukuku ilkelerinden farklı olarak, usulsüz feshе maruz kalmış tarafın zararı, bildirim sürelerine ilişkin tutarın altında dahi olsa, hatta hiçbir zararı olmasa³⁰⁹ da ihbar tazminatı yine talep edilebilecektir³¹⁰. Yine ihbar tazminatının götürü tazminat olma özelliğinden dolayı, alışlagelmiş sorumluluk hukuku ilkelerinden farklı olarak, tazminat isteyen tarafın zararını ispatlamasına gerek yoktur, sadece iş ilişkisinin usulsüz olarak feshedildiğini ortaya koyması yeterlidir³¹¹. İhbar tazminatı zamanaşımı süresi ise 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ek üçüncü

³⁰⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.520; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.385; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.364; DEMİR, İş Hukuku, s.364; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.267; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.190; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.168; SÜMER, İş Hukuku, s.106; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2006/1797 E. 2006/20696 K. 12.07.2006 T.: “Davalının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile davacı iş yerinde çalışırken istifa etmek suretiyle işten ayrıldığı anlaşılmaktadır. İstifa dilekçesinin işveren tarafından uygun görülmesi işçiye işverene ihbar öneli tanıma yükümlülüğünden kurtarmaz. Kaldı ki işveren vekili olarak istifa dilekçesini kabul eden kişinin işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunmadığı, istifa dilekçesine uygundur şerhini düşmesi feshin anlaşma ile sona erdirildiğini göstermez. Bu nedenle ihbar tazminatı talebinin bir değerlendirmeye tabi tutularak kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalıdır.”.

³⁰⁷ Yarg. 9.HD. 2017/24267 E. 2017/14071 K. 25.09.2017 T.: “İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanunun 24 ve 25 inci maddelerinde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve 17 nci maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı ödenmelidir. Yine haklı fesih nedeni bulunmakla birlikte, işçi ya da işverenin 26 ncı maddede öngörülen hak düşürücü süre geçtikten sonra fesih yoluna gitmeleri durumunda, karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğar. İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olması nedeniyle, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. İşçinin 1475 sayılı Yasanın 14 üncü maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.”; aynı yönde OCAK, s.862; Şahin ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2015- 2016 Yılları, Yetkin Yayınları, Açıklamalı 7. Baskı, Ankara, 2016, s.338.

³⁰⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.521; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.388-389; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.365; DEMİR, İş Hukuku, s.364; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s.268; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.190; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.206; SÜMER, İş Hukuku, s.106; OKUR, s.109; aynı yönde Yarg. 9.HD. 1997/18410 E. 1997/20006 K. 02.12.1997 T.: “Davacı işçinin feshi müteakip, tezgahı devralan şirkette çalışmaya başlaması fesih gerçeğini ortadan kaldırmıyacağı gibi, hemen iş bulmuş olması da hak kazanılan ihbar tazminatını talep etmeye engel olmaz. Gerçekten 1475 sayılı İş Kanununun 13.maddesinde hangi koşullarda ihbar tazminatı istenebileceği açıkça düzenlenmiş olup, bu maddede işsiz kalıp kalmama koşuluna yer verilmiş değildir.”.

³⁰⁹ Örneğin, işçinin usulsüz feshine maruz kalmış bir işveren, işçinin usulsüz feshine maruz kaldığı gün, aynı iş için o işçiden çok daha nitelikli bir işçi bulabilmiş olsa dahi, iş ilişkisini usulsüz fesheden işçiden ihbar tazminatı isteyebilecektir.

³¹⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.521; DEMİR, İş Hukuku, s.364.

³¹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.521.

maddesi ile beş yıl olarak belirlenmiştir, bahsedilen kanundan önce ise ihbar tazminatı zaman aşımı süresi on yıl olarak kabul edilmekteydi³¹².

İhbar tazminatının miktarı, işçinin artan kıdemine göre İK m.17'de düzenlenmiştir. İhbar tazminatına esas alınacak hizmet süresinin hesabında iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreler de dikkate alınmalıdır³¹³. Yine işçinin iş yerinde aralıklı çalışması halinde, ihbar tazminatına esas alınacak hizmet süresinin toplam çalışma süresi üzerinden hesaplanması gerekir³¹⁴.

İhbar tazminatı, işçinin fesih tarihindeki brüt³¹⁵ ve İK m.17/7 gereği giydirilmiş³¹⁶ ücreti üzerinden talep edilebilir. İK m.17/3 gereği bireysel iş sözleşmesi

³¹² OCAK, s.867; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2009/1551 E. 2011/1493 K. 31.01.2011 T.: “İhbar tazminatının miktarı bildirim süresine ait ücret olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götüğü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.”.

³¹³ SÜZEK, İş Hukuku, s.521; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2007/29103 E. 2007/26743 K. 17.09.2007 T.: “4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesi analık halinde çalıştırma yasağını düzenlemiş olup, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için, kural olarak çalıştırılmayacağını düzenlemiştir. İşçinin çalışmadığı bu sürenin ihbar tazminatına esas hizmet süresinin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı uyumsuzluk konusudur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-a maddesinde ... işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin iş yerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar... şeklinde yer alan kural uyarınca doğum veya gebeliğe dayanan devamsızlık süresi işverenin bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında dikkate alınması gerekir. Bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında göz önünde bulundurulmuş bu sürenin bildirimli fesihte dikkate alınmaması çelişki oluşturur. Diğer yandan, aynı Kanunu'nun Yıllık İzin Bakımından Çalışılmış Gibi Sayılan İzinler başlığını taşıyan 55. maddenin (b) bendinde kadın işçilerin 74. madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günlerin yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Belirtilen maddi ve hukuki olgulara göre davacının doğum nedeniyle kullandığı izin süresinin ihbar tazminatına esas hizmet süresinin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğinden 4 haftalık önele göre fark ihbar tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.”.

³¹⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.521; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2009/1551 E. 2011/1493 K. 31.01.2011 T.: “Somut olayda davacının davalı iş yerinde 26.07.1991 - 11.01.2005 tarihleri arasında; 26.07.1991 - 15.03.1992 tarihleri arasında 7 ay 19 gün, 10.05.1993 - 30.09.1994 tarihleri arasında 1 yıl 4 ay 20 gün, 05.11.1998 - 30.06.2000 tarihleri arasında 1 yıl 7 ay 25 gün ve 29.06.2004 - 11.01.2005 tarihleri arasında 6 ay 12 gün olmak üzere, toplam 4 yıl 2 ay 16 gün çalışması vardır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ihbar tazminatı ihbar tazminatının hesaplanmasında hizmet dönemlerinin birleştirileceğine dair bir yasal düzenleme bulunmadığından, ihbar tazminatı davacının son hizmet dönemi dikkate alınacaktır. gerekçesi ile dört haftalık ücret üzerinden hesaplanmıştır. Oysa yukarıdaki ilkeler ve tarihlerden de görüleceği üzere, davacı davalı iş yerinde aralıklı çalışmış, daha önceki tarihlerde bir fesih olgusu olmamıştır. Bu nedenle ihbar tazminatı davacının toplam çalışma süresi üzerinden 8 haftalık ücret tutarında hesaplanmalıdır.”.

³¹⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.364; DEMİR, İş Hukuku, s.365; aynı yönde Yarg. 9.HD. 1999/16223 E. 1999/16478 E. 01.11.1999 T.: “Gerçekten 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesi bu konuda işçi ve işveren ayrımı yapmaksızın bir düzenleme öngörmüş olup davacı yararına hesaplanacak olan ihbar tazminatı brüt ücret üzerinden belirlenip hüküm altına alınmalıdır.”.

³¹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.521; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.383; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.366; DEMİR, İş Hukuku, s.365; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s.269; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.190; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.169; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.207; SÜMER, İş Hukuku, s.106; Yarg. 9.HD. 2009/1551 E. 2011/1493 K.

ile yahut toplu iş sözleşmesi ile bildirim süreleri artırılmış ise, sonradan usulsüz fesih faili tarafın, kanuni bildirim sürelerine ilişkin ihbar tazminatını ödeyip, daha fazlasını ödememe yönündeki iradesi dikkate alınmayacaktır ve ihbar tazminatı miktarı sözleşmesel bildirim süreleri üzerinden hesaplanacaktır³¹⁷. Yargıtay bu konuda bir ayrıma gitmekte ve işverenin usulsüz feshe maruz kalması durumunda talep edeceği ihbar tazminatı noktasında sözleşme ile artırılmış bildirim sürelerine ilişkin ücreti tutarında değil, İK m.17’de yer alan bildirim süreleri tutarında ihbar tazminatı talep edebileceği yönünde hüküm kurmaktadır³¹⁸. SÜZEK’e göre, işçi usulsüz fesih faili ise, sözleşme ile belirlenen bildirim sürelerine göre hesaplanacak ihbar tazminatı miktarını ödemelidir³¹⁹.

Kanımızca da Yargıtay’ın bu şekilde bir ayrıma gitmesi isabetsizdir. İK m.17/3 bildirim sürelerinin asgariliği noktasında tam emredicidir, bu sürelerin artırılması noktasında ise kanun koyucu herhangi bir ayrıma yer vermemiştir. Yargıtay uygulamada bu hükmün yol açabileceği sakıncaları öngörmüş ve sözleşme ile belirlenecek fesih bildirim sürelerine sınır getirerek, ya işçi ve işveren tarafın uyacağı sürelerin eşit olacağını yahut işverenin uyacağı bildirim süresinin daha uzun olması gerektiğini hüküm altına almış³²⁰ ve bu noktada sözleşmelerle artırılacak fesih bildirim sürelerini “İşçi Lehine Yorum İlkesi”, “İş Hukukunun İşçi Lehine Nispi Emrediciliği” ve “Kamu Düzeni” süzgeçlerinden geçirmiştir. Sözleşmenin en başında çoğunlukla güçlü konumda olan işverenin, kendi lehine daha uzun bir bildirim süresi belirleyebilmesini engellemek, mutlak iradesini kırabilmek adına bahsedilen içtihat

31.01.2011 T.: “İhbar tazminatının hesabında Kanunun 32. maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365’e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.”; Nitekim Yargıtay devamlılık göstermeyen temettü ikramiyesi ile jestiyon priminin ihbar tazminatında dikkate alınmayacağını kararlaştırmıştır bkz. Yarg. 9.HD. 1997/20971 E. 1998/1384 K. 11.02.1998 T.; aynı yönde ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.366; DEMİR, İş Hukuku, s.365.

³¹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.521-522; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.269; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.185; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.169; KAPLAN, Üst Sınır, s.11; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2002/21541 E. 2003/5474 K. 01.04.2003 T.: “İhbar tazminatı ihbar önellerine ait ücret olup, toplu iş sözleşmesiyle ihbar önellerinin artırılması durumunda ihbar tazminatının da bu artırılmış sürelerle göre hesabı gerekir.”.

³¹⁸ Yarg. 9.HD. 2002/20615 E. 2002/6928 E. 30.04.2002 T.: “Oysa Dairemizin yerleşik kararları uyarınca ihbar tazminatı sosyal kamu düzeni ile ilgili olup artırılmış ihbar önellerine ait ücrete sadece işveren mahkum edilebilir. Davalı işçinin ihbar öneli tanımsızın hizmet akdini feshetmiş olması nedeniyle sekiz haftalık yasal ihbar tazminatı yerine yazılı şekilde daha fazla ihbar tazminatından sorumlu tutulmuş olması hatalıdır.”.

³¹⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.522.

³²⁰ Yarg. 9.HD. 1984/4638 E. 1984/ 5209 K. 11.05.1984 T.

getirilmiş ve yukarıda belirtilen süzgeçlerden geçirilerek “Sözleşme Serbestisi” ilkesi sınırlandırılmıştır ve kanımızca haklı da bir sınırlamadır. Bu noktada işveren, sözleşme serbestisi ve baskın iradesi gereği kendi lehine daha kısa bir süre öngörebilecekken, Yargıtay bu konuda bir kısıtlama getirmiş ve en iyi ihtimalle uyulacak sürelerin birbirine eşit olması gerektiğini hükme bağlamış ve işçiyi sözleşmenin daha en başında zaten korumuştur. Örnek vermek gerekirse, işçi ve işveren aralarındaki sözleşme ile uyulacak bildirim süresini 8 haftadan 12 haftaya çıkarmıştır. Anılan içtihat doğrultusunda sözleşmenin daha başında “Nispi Emredicilik” sağlanmış ve bu doğrultuda iradeler ortaya konulmuşken, işverenin kısıtlanmış iradesinin ürünü olarak ortaya çıkan iş sözleşmesinde bir de usulsüz feshe maruz kalması üzerine, işçiden talep edeceği ihbar tazminatını on iki hafta üzerinden değil de kanuni süreler üzerinden talep

edebilmesi, ikinci bir “Nispi Emredicilik” bariyeri anlamına gelecek ve bu da olması gerekenden fazla “İşçi Lehine Yorum”³²¹ olarak karşımıza çıkacaktır³²².

³²¹ İş Hukuku’na egemen olan yorum metotları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Bektaş KAR, “İş Hukukunda Yorum”, https://www.mess.org.tr/media/files/409_MVNC0R3E0Uisicil_28.pdf, (20.09.2020), (Yorum), s.75 vd., işçi lehine yorum ilkesi için bilhassa bkz. s.79; İş Hukuku’nda gözetilmesi gereken hassas denge ve yorum yöntemleri hakkında geniş bilgi için bkz. Sarper SÜZEK, “İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum”, https://www.mess.org.tr/media/files/6555_X6YQIV063Isicil_34.indd.pdf, (14.02.2020), (Yorum), s.9-27, işçi lehine yorum ilkesi için bilhassa bkz. s.17; Hukukta yorum yöntemleri hakkında geniş bilgi için bkz. GÜRİZ, s.64 vd.; Ender Ethem ATAY, Hukuk Başlangıcı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s.198 vd.; ÖZEKES, Temel Hukuk Bilgisi, s.105 vd. İşçi lehine yorum ilkesi hususunda ayrıca bkz. Yarg. HGK 2015/7-1828 E. 2018/1093 K. 16.05.2018 T.: “‘İşçi lehine yorum’ ilkesi: Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca ‘Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır.’ Bu hüküm gereğince kanunun sözünden çıkan anlam ile özünden çıkan anlam birbirine uygun değilse, bu durumda kanunun özüne uygun anlamın tespit edilmesi gerekir. Kanunun özüne uygun anlamın tespiti bakımından ise, onun amacının belirlenmesi şarttır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 22.02.1997 gün ve 1996/1 E.1997/1 K. sayılı kararında da ‘...Kanunun yorumu, kanun metninin anlamı ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanunun konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Türk Medeni Kanun’un 1.maddesine uygun düşmez.’ şeklinde kanunun özüne (amacına) uygun yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu sebeple iş yasalarının yorumu gereği ortaya çıktığında da esas itibarıyla amaca uygun yorum yöntemi uygulanmalıdır. Çünkü hukuk normları toplumsal yaşamın ihtiyaçlarını karşılamak amacı ile öngörülmüşlerdir. Hukuk, bu toplumsal amaca ulaşabilmek için kabul edilmiş bir araçtır. Hukukçunun görevi hukuk kurallarını toplumsal amaçlarına en uygun bir biçimde yorumlamak ve uygulamaktır. Bu itibarla, yorum yapılırken doğru sonuca ulaşılabilmesi için iş yasası kuralının toplumsal amacının (ratio legis) araştırılması gerekir. İş yasası hükmünün amacına (özüne) bakarak, hükmün lafzını (sözünü) genişleten veya daraltan, onu sınırlandıran bir yorum yapılabilir (Süzek, S: İş Hukuku, Genişletilmiş 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 23, 24). İş mevzuatı kurallarının bir çoğu ekonomik bakımdan güçlü olan işverene karşı geçimini emeği ile sağlayan zayıf durumdaki işçiyi koruma amacı ile konulmuşlardır. Bu tür kuralların yorumunda başvurulacak ‘işçi lehine yorum’ yöntemi, amaçsal yorum ile örtüşür. Başka bir anlatımla ‘işçi lehine yorum’, ‘amaçsal yorumun’ iş hukukunda işçiyi korumak için konulan kurallar yorumlanırken yürürlükte olduğu biçimdir. Nitekim 18.06.1958 tarih ve 1957/20 E.-1958/9 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da ‘...İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye işçinin menfaatlerini korumak olmasına,...’ şeklindeki açıklama ile işçi lehine yorum ilkesine vurgu yapılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, İş Hukuku esas itibarı ile işçiyi koruma amacı gütmekte ise de, iş mevzuatındaki bütün kurallar işçiyi korumak için konulmamıştır. Bu itibarla bir kanun hükmü yorumlanırken hükmün somut amacına uygun yorum yapılmalıdır. Amaçsal yorum yöntemi ile yine de sonuca ulaşamamış, tereddüt giderilememiş ise, bu durumda ‘işçi lehine yorum’ ilkesine başvurulmalıdır.”.

³²² Nitekim benzer olarak Yarg. 9.HD. 2001/20615 E. 2002/6928 K. 30.04.2002 T. Karşı oy yazısında: “Ancak işveren tarafından davalı işçiye de uygulanması istenilen ihbar süresi Toplu İş Sözleşmesi ile yasanın öngördüğü sürenin üzerinde belirlenmiştir. İşveren ile sözleşmeyi imzalayan işçinin temsilcisi olan sendikadır. Sendikalar işçinin hak ve menfaatlerini koruyan kuruluşlar oluşları nedeniyle, güçlü bir teşekkül olarak işverenle serbest iradeleri altında sözleşme imzalamışlardır. Bu sözleşmede karşılıklı olarak hak ve yükümlülükler kararlaştırılmıştır. Bunlardan biri de önellere arttırılmasıdır. Yasanın ilgili maddesi emredici nitelikte olmadığından ve maddede önellere sadece işçi lehine arttırılabileceği şeklinde bir düzenlemeye bulunmadığından ve sendikaların temsil edilen işçinin korumasız ve zayıf durumda bulunduğu da kabul edilemeyeceğinden, Toplu İş Sözleşmesinin ilgili maddesinin davalı işçi hakkında da uygulanması gerektiği düşüncesiyle, daire çoğunluğunun bozma kararına katılamıyor ve bu nedenle de onanması görüşündeyim.”.

Sözleşme ile fesih bildirim sürelerinin artırılması haricinde, öğretide doğrudan ihbar tazminatının artırılabilmesine yönelik görüşler de mevcuttur³²³. Lakin Yargıtay ihbar tazminatı miktarının artırılabilmesi görüşüne katılmamaktadır³²⁴.

Faiz noktasında ise, kıdem tazminatından farklı olarak, yasada özel bir faiz oranı öngörülmediğinden, davalı daha önce temerrüde düşürülmüşse temerrüt tarihinden, daha önce temerrüde düşürülmemişse dava tarihinden, bireysel iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesi ile ihbar tazminatının ödeme zamanıyla ilgili bir tarih belirtilmişse³²⁵ bu tarihten itibaren yasal faiz isteyebilecektir³²⁶. Bireysel iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesi ile, yasal faizin altında olmamak kaydıyla, farklı bir faiz türü öngörülmüşse, kararlaştırılan faiz uygulanır³²⁷. Kanımızca bu noktada işçi usulsüz feshe maruz kalmış ise ve işveren de tacir niteliği taşımaktaysa, TTK m.19/2 gereği³²⁸, işçi ile işveren arasında akdedilmiş iş sözleşmesi, işçi için de ticari iş sayılabilecek³²⁹ ve işçi, tacir işverenden ticari faiz talep edebilecektir. TTK m.19/2 hükmünün uygulanabilirliği için arada sözleşme olması kanunen şart ve yeterliyken, Yargıtay bir kararında trafik kazası nedeniyle manevi tazminat talep eden kişiye, ticari nitelikteki şirket aracının çarpması durumunda dahi kaza mağduru kişinin, ticari nitelikteki aracın işleten ve sürücüsünden ticari faiz talep edebileceğini hüküm altına

³²³ SÜZEK, İş Hukuku, s.522; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.367; aksi yönde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s.269.

³²⁴ Yarg. 9.HD. 1981/15645 E. 1981/63 K. 12.01.1981 E.

³²⁵ OCAK, S.866.

³²⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.522; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.386; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.366-367; DEMİR, İş Hukuku, s.365; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.269; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.191; SÜMER, İş Hukuku, s.106.

³²⁷ OCAK, s.867.

³²⁸ İşverenin tacir olduğu ihtimallerde, TTK m.19/2 gereği iş sözleşmesinin de ticari iş niteliği taşıyacağından bahisle, tacir aleyhine kararlaştırılan cezai şartın tenkis edilemeyeceği hususunda bkz. Mustafa ALP, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, 2015, (Değerlendirme 2013), s.244 vd.

³²⁹ Tacir işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinin ticari nitelik taşıdığı yönünde: Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş Yirmi Dördüncü Bası, Ankara, 2018, s.157-158, dn.4; aksi yönde Yarg. HGK. 1997/9-486 E. 1997/822 K. 15.10.1997 T.: “İlk olarak belirtelimki, işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK.nun 3. maddesinde anlanımı bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasasından kaynaklanan ve iş yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede kendine özgü bir hizmet akdidir. Dahası işçi işveren ilişkileri gözetildiğinde kamu düzeni ile de ilgilidir. Esasen iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı da bu kabulü doğrulamaktadır. O nedenle; işe almama karşılığı bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulu TTK. nu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca; davalı işveren A.Ş.nin, tacir olması taraflar arasındaki anlatılan hukuki ilişkinin kendine, özellikle iş yasasına özgü niteliği karşısında, TTK.nun 24. maddesinin uygulamasını gerektirmez.”.

almıştır³³⁰. Ticari faiz hükümlerini, haksız fiillere kadar genişleterek uygulayan Yargıtay'ın, işçinin korunması noktasında ve arada da sözleşme varken, evleviyetle TTK m.19/2 hükmünü işletmesi gerektiği³³¹ kanaatindeyiz. Lakin aksi durumda, tazminat talebinin muhatabı ve borçlusu işçi ise arada sözleşme olsa dahi “İşçi Lehine Yorum” ilkesi gereği işveren işçiden ticari faiz talep edememelidir.

Faiz konusunda diğer değinilmesi gereken husus ise, 6356 sayılı SETİSK m.53/2'deki özel hüküm gereği, ihbar önelleri Toplu İş Sözleşmesi ile artırılmış ise, fazlaya ilişkin ihbar tazminatı alacağına, talep edecek taraf daha önce temerrüde düşürülmüşse temerrüt tarihinden, daha önce temerrüde düşürülmemişse dava tarihinden itibaren (Örneğin sekiz hafta iken on sekiz haftaya çıkarılmışsa aradaki 10 haftalık süre fazlaya ilişkin ihbar tazminatı alacağıdır.) en yüksek işletme kredisi faizi uygulanacaktır³³². Verdiğimiz örnekte, ihbar tazminatının “toplu iş sözleşmesine dayanan eda davası” kısmı on sekiz haftanın tamamı olmayıp – sekiz haftalık kısmı kanuni ihbar süresi olup toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmamaktadır.- sadece on

³³⁰ Yarg. 17.HD. 2013/3288 E. 2014/2692 K. 27.02.2014 T.: “Dava trafik kazası nedeni ile cismani zarara uğranılması sonucu manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalıların işleten ve sürücüsü olduğu araç ticari nitelikte olup, arada sözleşme olmasa bile, ticari işlerde temerrüt faizinin T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli avanslar için öngördüğü faiz oranına göre istenebileceğinden, avans oranında temerrüt faizi yerine yasal faize hükmedilmesi isabetsizdir.”.

³³¹ Oruç Hami ŞENER, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.56; Nitekim sözleşmenin tacir olmayan tarafı olan memurun, sözleşmenin tacir olan tarafını temerrüde düşürmesi durumunda, bu işin tacir açısından ticari iş olması ve tacir ile memur arasında da sözleşme bulunması hasebiyle işin TTK m.19/2 gereği memur açısından da ticari iş sayılacağı ve sonuç olarak memurun tacirden ticari temerrüt faizi talep edebileceği yönünde bkz. Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA/N. Füsün NOMER-ERTAN, Ticari İşletme Hukuku, XII LEVHA, Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 2015, s. 65-66.

³³² NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.387; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s.367; DEMİR, İş Hukuku, s.365-366; aynı yönde Yarg. 22. HD. 2016/15095 E. 2019/12622 K. 11.06.2019 T.: “İşçilik alacaklarında ücret türünden alacaklara ve kıdem tazminatına bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücretine yasal faiz, toplu iş sözleşmesi kaynaklı alacaklara ise en yüksek işletme kredisi faizi uygulanmaktadır. Mahkemece davacı talebi aşarak, yasal faiz oranını aşmamak üzere işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı üzerinden hüküm kurulması, gerekirken işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı üzerinden hüküm kurulması hatalı olmuştur.”; aynı yönde Yarg. 9.HD. 1997/3866 E. 1997/4816 K. 11.03.1997 T.: “Hüküm altına alınan ihbar tazminatı fark alacağı Toplu İş Sözleşmesinin 14 /son maddesinden kaynaklanmaktadır. Böyle olunca 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde öngörülen en yüksek işletme kredisi faizinin yürütülmesi gerekir.”; Toplu iş sözleşmesi ile ihbar tazminatına mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanmasının kararlaştırılabileceği hususunda bkz. Yarg. 9.HD. 2007/509 E. 2007/29259 K. 17.01.2014 T.: “Hüküm altına alınan ihbar tazminatının ödenmesi gereken tarih, bir başka deyişle temerrüt tarihi ile temerrüdün gerçekleşmesi halinde uygulanacak faiz türü hakkında davacının üyesi bulunduğu sendika ile davalı arasında imzalanmış Toplu İş Sözleşmesi hükmü bulunmaktadır. Tarafların bu konuda bir düzenleme yapmasının yasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Buna göre hüküm altına alınan ihbar tazminatına fesih tarihini takip eden 15 nci günden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faizin yürütülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”.

haftalık kısmı olduğundan, sekiz haftaya temerrüt tarihinden itibaren kanuni faiz oranı uygulanacak³³³, on haftalık kısma ise en yüksek işletme kredisi faizi uygulanacaktır, bu açıdan hüküm kanımızca yerinde ve hakkaniyete uygundur.

İhbar önellerinin bölünmezliği hususuna yukarıda yer verdiğimizden, burada tekrar aynı açıklamalara yer vermekten imtina etmekteyiz³³⁴.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, işçinin ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmadığı hususunda karar verilirken, işe iade davasının sonucu bekletici mesele yapılmalıdır³³⁵. Zira işe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilirse, sözleşme, kanımızca da, feshedilmemiş sayılacağından ihbar tazminatı ödenmeyecek³³⁶, geçersizliğine karar verilen fesih tarihinde ihbar tazminatı ödenmişse, işçinin başvurusu üzerine ödenecek işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ve boşta geçen sürelerle ait ücret ve diğer haklardan İK m.21/5 uyarınca mahsup edilecektir.

3) Kötü Niyet Tazminatı

İş güvencesine tabi olmayan iş sözleşmelerinde, süreli fesih hakkının kısıtlanması noktasında kanun koyucu “Bildirim Süreleri” haricinde herhangi bir kısıtlama getirmemiştir³³⁷. Bu durumda iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçilerin, sürekli işverenin feshi tehdidi altında olması hakkaniyete uygun değildir. Bunu öngören yasa koyucu İK m.17/6 hükmünün gerekçesinde³³⁸, öğretide³³⁹ ve

³³³ Yarg 9.HD. 2009/18959 E. 2011/24260 K. 14.07.2011 T.: “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunun [61](#) inci maddesinde sözü edilen faizin uygulanabilmesi için işçilik alacağının toplu iş sözleşmesinden doğmuş olması gerekir. Yasal bir hakkın toplu iş sözleşmesinde tekrar edilmiş olması bu konuda yeterli değildir. Yasal bir hakkın toplu iş sözleşmesinde tekrarı nötr durumdadır. Dairemizce, 6772 Sayılı yasada öngörülen ilave tediye alacağının toplu iş sözleşmesinde tekrar edilmiş olması halinde sözü edilen alacağın yasadaki kaynaklandığı sonucuna varılmış ve yasal faiz yürütülmesi gerektiği kabul edilmiştir... Öte yandan, alacağın bir kısmının yasadaki bir kısmının toplu iş sözleşmesinden doğması halinde, kural olarak yasadaki ve toplu iş sözleşmesinden doğan miktarlar ayrı ayrı belirlenmeli ve yasadaki kaynaklanan için yasal faize, toplu iş sözleşmesi sebebiyle ödenmesi gereken miktar yönünden ise işletme kredisi faizine karar verilmelidir.”.

³³⁴ Bkz. İkinci Bölüm- II- B- 3.

³³⁵ Yarg. 22.HD. 2014/18869 E. 2015/31642 K. 52.11.2015 T.

³³⁶ İşverenin, işçiyi, işe davet etmediği ihtimaller saklıdır.

³³⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.368; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.272.

³³⁸ İK m.17 gerekçesinde “işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında bir kötü niyet tazminatı ödeyecektir.”.

³³⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.524; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.394; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.369; DEMİR, İş Hukuku, s.369; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.191; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.274; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.169;

uygulamada³⁴⁰ “Kötü Niyet Tazminatı” olarak adlandırılan bir tazminat öngörmüştür³⁴¹.

İş güvencesinden yararlanamayan^{342,343} işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin fesih hakkı, kendiliğinden doğduğundan³⁴⁴, işverenin fesih serbestisi hususunda getirilmiş tek önemli sınır hakkın kötüye kullanılması teorisi³⁴⁵. İşveren süreli fesih hakkını kötüye kullanmışsa³⁴⁶, yapılan feshin geçerliliği noktasında bir sorun çıkmayacak lakin İK m.17/6’da bildirim sürelerinin üç katı tutarında belirlenen kötü niyet tazminatını ödemek zorunda kalacaktır³⁴⁷.

TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.208; SÜMER, İş Hukuku, s.107; GÜVEN/AYDIN, s.194; OCAK, s.1233; ÇİL, s.347; ÖZDEMİR, Eleştirel Bakış, s.108.

³⁴⁰ Yarg. 22.HD. 2014/33470 E. 2016/6083 K. 02.03.2016 T.: “Bahsi geçen tazminata uygulamada kötüniyet tazminatı denilmektedir.”.

³⁴¹ Kötü niyet tazminatının sadece sürekli işlerdeki belirsiz süreli iş sözleşmelerine uygulanacağına yönelik bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.43; aynı yönde OCAK, s.1233.

³⁴² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.275; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.191,193; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.169; GÜVEN/AYDIN, s.194; Bu düzenleme iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin işverence fesih hakkı kötüye kullanılarak feshedildiği durumlarda hukuki korumadan yoksun kaldıkları anlamına gelmemektedir, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin fesih hakkı kötüye kullanılarak feshi durumunda, belirlenecek tazminat tutarları hakkın kötüye kullanılması durumu göz önünde tutularak yüksek miktarda belirlenecektir: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.47; Yarg. 22.HD. 2014/33470 E. 2016/6083 K. 02.03.2016 T.: “iş güvencesi kapsamında olan işçiler yönünden kötüniyet tazminatına hak kazanılması mümkün değildir.”.

³⁴³ İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek işçilerin, bu hükümlerden yararlanmaktan feragat edip kötü niyet tazminatı talep edemeyecekleri hususunda bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.275; aynı yönde bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.47; Yarg. 22.HD. 2014/5140 E. 2014/5624 K. 11.03.2014 T.; Her ne kadar iş güvencesi hükümlerinin işçiye karşı daha güçlü bir feshe karşı koruma sağladığı düşünülse de birçok olayda işçi ile işveren arasındaki ilişkinin devamı beklenemez ölçüde zedelendiği, bundan dolayı işçiye işe iade davası açmaya zorlamak yerine isterse bu hakkından feragat ederek kötü niyet tazminatı talep edebilmesi gerektiği yönünde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.594-595.

³⁴⁴ İş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin süreli feshi için yasa koyucu “Geçerli Neden” kriterini öngördüğünden, geçerli nedenler gerçekleşmeden sözleşmenin süreli feshi hakkı doğmayacaktır. Fesih hakkı doğmadan bu hak kullanılırsa, fesih hakkının kötüye kullanılması değil, geçersiz fesih söz konusu olacaktır. Zira bir hakkın kötüye kullanılabilmesi için o hakkın öncelikle var olması gerekir bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.524.

³⁴⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.524; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.272-274; aynı yönde Yarg. 22.HD. 2014/33470 E. 2016/6083 K. 02.03.2016 T.: “Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca ihbar süresi tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de, bu hakkın da her hak gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanun’un 2. maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir. Aksi taktirde, fesih hakkı kötüye kullanılmış olduğundan söz edilir.”.

³⁴⁶ İK m.17 gerekçesinde hakkın kötüye kullanılmasına örnek olarak “İşveren bu durumdaki işçilerin iş sözleşmelerini fesih hakkını kötüye kullanarak, sözelimi işçi kendisi hakkında bir şikayette bulunduğu veya kendisi aleyhinde dava açtığı ya da şahitlik yaptığı için sona erdirmiş ise, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında bir kötü niyet tazminatı ödeyecektir.” göstermiştir.

³⁴⁷ Fesih anında söylenen sözler için manevi tazminat istenebilecekse de bu sözlerin feshin kötü niyetli olarak yapıldığı anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. ÇİL, s.352; aynı yönde Yarg. 22.HD. 2013/21116 E. 2015/42 K. 19.01.2015 T.

İşveren tarafından gerçekleştirilen fesih hem usulsüz fesih hem de dürüstlük kurallarına aykırı olabilir. Örneğin fesih hakkını kötüye kullanan işveren, işçiye fesih bildirim süresi tanımamış ve bu sürelerle ilişkin ücreti de peşin ödememişse bu fesih hem kötüye kullanılmış hem de usulsüz bir fesih olarak değerlendirilecek, işçi hem kötü niyet tazminatı hem de ihbar tazminatı talep edebilecektir³⁴⁸. Nitekim İK m.17/6/son cümlesi de bu yöndedir. Lakin şuna dikkat edilmelidir ki, her ne kadar kötü niyet tazminatı ihbar tazminatının üç katı olarak belirlenmişse de talep dilekçesinde kötü niyet tazminatından ayrıca ihbar tazminatı talep edilmemişse, ihbar tazminatına hükmedilemez, yargıç taleple bağlıdır³⁴⁹.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süreli feshi söz konusu değildir, buna rağmen sözleşmenin süresi dolmadan feshedilmişse burada fesih hakkı doğmamış olduğundan “Kötü Niyetli Fesih” değil “Haksız Fesih” söz konusu olacaktır. Kötü niyetli fesihten bahsedebilmek için fesih hakkının doğmuş olması gerektiği konusunda şüphe yoktur³⁵⁰.

Kötü niyet tazminatı, ihbar tazminatı gibi, işçinin hiçbir zararı olmasa dahi ödenmesi gereken götürü bir tazminattır³⁵¹. İK m.17/son gereği kötü niyet tazminatı giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacaktır³⁵². Kötü niyet tazminatı kanunen ihbar tazminatının üç katı tutarında belirlendiğinden, ihbar tazminatındaki faiz açıklamalarımız aynen burada da geçerli olacaktır³⁵³. Yargıtay, TİS ile fesih bildirim süreleri arttırılmış olsa da kötü niyet tazminatı tutarı belirlenirken, kanuni sürelerin göz önüne alınacağını, kanımızca da, isabetsizce³⁵⁴ hüküm altına almıştır³⁵⁵.

³⁴⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.525; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.403; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.276; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.193; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.169; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.45; SÜMER, İş Hukuku, s.107; GÜVEN/AYDIN, s.194; aynı yönde Yarg. 22.HD. 2014/33470 E. 2016/6083 K. 02.03.2016 T.: “*aynı yönde Tazminatın hesabı da 4857 sayılı Kanun'u ile açıklığa kavuşturulmuştur. Kötüniyet tazminatı ihbar sürelerine ait ücretin üç katı tutarı olarak belirlenmiş ve ayrıca ihbar tazminatının ödenmesinin gerektiği kurala bağlanmıştır.*”.

³⁴⁹ Yarg. 9.HD. 2012/3398 E. 2014/7693 K. 10.03.2014 T.

³⁵⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.525.

³⁵¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.529; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.274-275; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.193; SÜMER, İş Hukuku, s.107.

³⁵² SÜZEK, İş Hukuku, s. 521; DEMİR, İş Hukuku, s.370; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.170; SÜMER, İş Hukuku, s.107; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2010/39366 E. 2013/2074 K. 21.01.2013 T.: “*Yasanın 17 nci maddesinin son fıkrasındaki düzenleme kötüniyet tazminatını da kapsamakta olup, bu tazminatın hesabında da işçiye ücreti dışında sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler dikkate alınmalıdır.*”.

³⁵³ Bkz. İkinci Bölüm- III- A- 2- s.73-74.

³⁵⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.529; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.275-276.

³⁵⁵ Yarg. 9.HD. 2003/21909 E. 2003/22733 K. 25.12.2003 T.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun ek 3.maddesi uyarınca kötü niyet tazminatı zamanaşımı beş yıl olarak düzenlenmiştir, bahsedilen kanundan önce genel zamanaşımı olan on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaktaydı³⁵⁶.

İK m.17/6 hükmünün lafzında “...uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye...” işçi kavramına yer verilmiştir ve madde uyarınca kötü niyetli fesih failinin işçi olduğu durumlarda, bu feshe maruz kalan işverenin, kötü niyet tazminatı talep edemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır³⁵⁷. Lakin işçinin de -işveren gibi- haklarını kullanırken dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına aykırı davranışı, hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır³⁵⁸. Nitekim işçi tarafından fesih hakkının kötüye kullanılması halinde, işveren genel hükümlere göre tazminat talep edebilecektir³⁵⁹.

TMK m.2 gereği, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kurallarına uygun hareket etmek zorundadır. Bu bağlamda, fesih hakkının kötüye kullanıldığını iddia eden taraf, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür³⁶⁰. İşverenin, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip, salt bu haklı nedeni ispat edememesi kötü niyet tazminatının işverenden tahsili için yeterli değildir³⁶¹.

B. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Bakımından Sonuçları

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerden ayrı olarak başvurabileceği, en farklı ve en etkili hukuki imkân şüphesiz İş Kanunu'nun yirmi ve yirmi birinci maddeleri uyarınca işe iade edilme istemidir. Diğer imkanlar ise işe iade davasının sonucunda verilecek karara ve başvurulacak yöntemlere göre değişebilecek, “İşe Başlatmama (İş Güvencesi) Tazminatı” ve “Boşta

³⁵⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.530; OCAK, s.1235.

³⁵⁷ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.43.

³⁵⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.530.

³⁵⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.193; SÜZEK, İş Hukuku, s.530.

³⁶⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.531-532; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.369; DEMİR, İş Hukuku, s.370; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.275; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.193; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.170; SÜMER, İş Hukuku, s.107; OCAK, s.1235; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2005/29542 E. 2006/7329 K. 23.03.2006 T.: “Öncelikle belirtmek gerekir ki, kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi için iş sözleşmesinin işverence kötü niyetli feshedildiğini davacının kanıtlaması gerekir.”; Yargıtay bir kararında, iş yerine çok sayıda işçinin çıkarılıp yerine çok sayıda işçi istihdam edilmesini, fesih hakkının kötüye kullanımı olarak nitelendirmiştir.: Yarg. 9.HD. 1991/990 E. 1991/9229 K. 11.09.1991 T.

³⁶¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.275.

Geçen Sürelere İlişkin Ücret ve Diğer Haklar”ının talep edilebilmesidir. İş güvencesi kapsamında olabilmek için gerekli şartlara yukarıda da değindiğimizden burada ayrıca bu şartlara değinmemekte, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin başvurabileceği hukuki imkanlara yer vermekle yetinmekteyiz.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu kapsamında İK m.20/1’de yapılan değişiklik uyarınca, iş güvencesi kapsamında olan işçi, kendisine karşı yapılan feshin nedeninin kendisine belirtilmediğini yahut kendisine belirtilen nedenin geçerli bir neden olmadığı iddiası³⁶² ile işe iade edilmek isteniyorsa, öncelikle iş sözleşmesinin feshedildiğinin kendisine tebliğ edildiği³⁶³ tarihten başlayarak bir aylık hak düşürücü süre içerisinde zorunlu arabulucuya başvurması gerekmektedir. Zorunlu arabuluculuk³⁶⁴ faaliyetinin son bulmasının ardından hala anlaşılamamışsa, arabuluculuk son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde iş mahkemesinde işe iade davası açılacaktır³⁶⁵. Bir aylık sürenin hesaplanması

³⁶² İşçinin işe iade davası açma sebepleri arasında fesih bildiriminin usulünce yapılmamış olduğu veya savunmasının alınmamış olduğu yahut fesih hakkının makul süre içerisinde kullanılmamış olduğu varsa bu sebeplerin de İK m.20/1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.295.

³⁶³ Fesih bildiriminin kanunun emrettiği şekle aykırı olarak yazılı yapılmadığı hallerde bir aylık hak düşürücü sürenin fiili yahut sözlü feshin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağına yönelik bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.295; aksi yönde Yarg. 9.HD. 2005/34667 E. 2005/37461 K. 28.11.2005 T.: “Yazılı bir fesih bildiriminin yapılmadığı hallerde veya fesih bildiriminin tebliğ edilmediği durumlarda davacının bir aylık dava açma süresinin hiçbir şekilde başlamayacağı, ve dava açma hakkının her zaman mümkün olduğu şeklinde bir anlam ortaya çıkacağından Dairemizce İş Kanununun anılan hükmü sözlü ya da yazılı fesih iradesinin işçiye “ulaştığı” tarih esas alınarak bir aylık dava açma süresinin hesaplanması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır.”; bu noktada Yargıtay başka bir kararında isabetli olarak: “İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikayet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak tanzimcilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmaz.” şeklinde karar vermiştir.

³⁶⁴ Arabuluculuk müessesinin devreye girdiği tarihten itibaren başarılı olma istatistikleri, bu müessesenin önemi, getirdiği olumlu sonuçlar ve diğer hukuk alanlarında uygulanabilirliğine yönelik öneriler ve geniş bilgi için bkz. Serkan ODAMAN/Eda KARAÇÖP, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, https://www.mess.org.tr/media/files/6835_A3WK6F5Z5Ysicil_02.2018.pdf, (06.06.2020), s.44-62. Zorunlu arabuluculuk hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ali GÜZEL, “İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: “Zorunlu” Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım-I)”, Prof. Dr. Savaş TAŞKENT’e Armağan, İstanbul, 2019, (Arabuluculuk), s.11-90.

³⁶⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.593; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.520; ; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.409; DEMİR, İş Hukuku, s.374-375; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.295; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.183; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.214; Ünal NARMANLIOĞLU, “İş Kanunu’nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni

noktasında İş Kanunu'nda özel bir düzenleme getirilmediğinden TMK m.5 yollamasıyla TBK hükümleri uygulanacaktır³⁶⁶.

İK m.20/1 uyarınca, arabuluculuk faaliyetinin başarısızlıkla sonuçlanması üzerine, taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı mahkeme yerine özel hakeme de götürebilir³⁶⁷. İş sözleşmesi yapılırken yahut sözleşmenin devamı süresince fesih halinde özel hakeme gidileceğinin kararlaştırılması geçersiz sayılmalıdır, zira bu aşamada güçsüz ve bağımlı taraf olan işçinin serbest iradesinden bahsedilemeyecektir³⁶⁸. Şunu da belirtmek gerekir ki, özel hakemde çözümlenecek konular feshin geçerliliği, işe iade ve işe iadeye bağlı tazminatlar olup, bunların dışındaki uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümlenmesi gerekmektedir³⁶⁹.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, iş güvencesi kapsamındaki işçiler, işe iade edilmek üzere dava açarken dava dilekçesinin ekine arabuluculuk son tutanağının aslını yahut arabulucu tarafından onaylanmış örneğini eklemezlerse, yargıç öncelikle İş Mahkemeleri Kanunu m.3/2 gereği arabuluculukta anlaşılamadığına yönelik arabuluculuk son tutanağının aslının yahut arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmesi için işçiye yahut vekiline bir haftalık kesin süre verir. Bu bir haftalık kesin sürenin geçmesinin ardından arabuluculuk son tutanağının aslı yahut arabulucu tarafından onaylanmış örneği dava dilekçesine hala eklenmemişse, İK m.20/1 uyarınca dava başka bir incelemeye tabi tutulmaksızın dava şartı yokluğundan usulden reddedilir ve ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Ret kararının da kesinleşip taraflara resen tebliğ edilmesinin ardından, feshin işçiye tebliğinden bir ay geçmiş dahi olsa – ki uygulamada bu sürenin geçmemesi neredeyse imkansızdır-, işçi iki hafta içerisinde arabulucuya başvurabilecektir³⁷⁰.

Çerçevesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6790_9EDHGY9CCsicil_38.pdf, (14.05.2020), (Yeni Çerçeve), s.16.

³⁶⁶ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.520.

³⁶⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.593; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.409; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.218; AKTAY/ARICI/SENEN-KAPLAN, s.183; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.216; SÜMER, İş Hukuku, s.103; GÜVEN/AYDIN, s.182.

³⁶⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.593-594; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.412-413; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.218; AKTAY/ARICI/SENEN-KAPLAN, s.184.

³⁶⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.594; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2004/5846 E. 2004/5621 K. 22.03.2004 T.: “4857 sayılı Kanunda özel hakem yolu ile çözümlenebilecek uyuşmazlıklar feshin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağı olarak belirlenmiş olup, kalan diğer uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir.”.

³⁷⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.539; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.213; Buna karşılık istisnaen arabuluculuk usulünün dava şartı dahi olsa uygulanmayacağına yönelik 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun otuzuncu maddesinin dördüncü fıkrasında: “...MİT'in tarafı

İK m.20'ye dayanılarak işçi tarafından açılan işe iade davasının amacı işveren tarafından işçiye uygulanan feshin geçersizliğinin tespiti³⁷¹ olup, bu dava kabul edilse dahi işverenin işçiyi çalıştırma yükümlülüğü yoktur, işveren boşta geçen süre ücretine ek olarak işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı olarak adlandırılan tazminatı ödemeyi seçerek, işçiyi işe başlatmayabilecektir.

İş ilişkisinin devamı süresince işçinin bağımlı ve güçsüz konumu dikkate alındığında, bu ilişki devam ederken işçiden alınacak iş güvencesi hükümlerine yönelik feragatin geçerli olmayacağı konusunda duraksama yaşanmayacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesi feshedildikten sonra lakin işe iade davası açılmadan önceki süreçte yapılacak feragatlerin geçerliliği konusunda tartışmalar yaşanmıştır³⁷². Yargıtay bu dönem içindeki yapılan feragatleri “...iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden önceden feragat etmek geçerli değildir.” gerekçesiyle hükümsüz saymaktadır³⁷³. Bu noktada ALP, anılan kararı, kanımızca da haklı olarak, eleştirmektedir: “İşe iade davası açmadan önce iş güvencesinden doğan haklarından geçerli olarak feragat etmeyi yasaklayan bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda HUMK m. 79’da ifadesini bulan, hiç kimsenin kendi lehine olan davayı açmaya zorlanamayacağı kuralı, iş güvencesinden feragat bakımından da geçerlidir. İşçi işe iade davası açmaya zorlanamayacağı veya açtığı davayı sürdürmeye zorlanamayacağı gibi yine özgür iradesi ile işverenle feshin sonuçları konusunda anlaşılabilir ve iş güvencesinden feragat edebilir. Ayrıca işe iade davasından feragat etmek bazı koşullar altında işçinin de menfaatinedir. İşçi bu şekilde sonucu belirsiz ve uzun süren bir işe iade davası açmanın masraflarından kurtulmaktadır. Ayrıca işçi aynı iş yerinde artık hiçbir şekilde çalışmak istemiyor da

olduğu hukuk uyumsuzluklarında, dava şartı olarak öngörülen arabuluculuk dâhil, arabuluculuk usulü uygulanmaz...” şeklinde belirtilmiştir.

³⁷¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.594; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.521; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.297; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.216; GÜVEN/AYDIN, s.182; Ejder YILMAZ, “İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği”, https://www.mess.org.tr/media/files/6327_P1AB8O0B2Z14.pdf, (20.09.2020), (İşe İade), 130; 7036 sayılı yasa ile yapılan değişikliğe rağmen işe iade kararının tespit niteliğini koruduğu hususunda geniş bilgi için bkz. Sarper SÜZEK, “İşe İade Davalarında Yargı Kararı”, https://www.mess.org.tr/media/files/6874_MVSIFGNNGZsicil_01.2019.pdf, (13.04.2020), (Yargı Kararı), s.11-22; aksi yönde bkz. Muhammet ÖZEKES, “7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6835_A3WK6F5Z5Ysicil_02.2018.pdf, (20.09.2020), (Etki), s.67 vd.; EKMEKÇİ, s.123-124.

³⁷² SÜZEK, İş Hukuku, s.595; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.429 vd.

³⁷³ Yarg. 9.HD. 2006/6103 E. 2006/9953 K. 17.04.2006 T.; aynı yönde SÜZEK, İş Hukuku, s.595-596.

olabilir. İş güvencesi hükümlerinde işçinin işe iade yerine tazminat almasını sağlayan bir hüküm bulunmadığından, dava açmak işçiye bu sonucu sağlamayacaktır. Bu nedenle özellikle de belirli maddi menfaatlerin sağlanması karşılığında işe iade davasından feragati yeğleyen çok sayıda işçi bulunabilir. Uyuşmazlığın anlaşma yolu ile halledilmesi, hukuk politikası ve yargının iş yükünün azaltılması bakımından da tercih edilen sonuçtur.”³⁷⁴.

İşçi tarafından açılan işe iade davalarında, İK m.20/2 gereği feshin geçerli sebebe dayandığının ispat yükü³⁷⁵ işverendedir³⁷⁶. Lakin işveren geçerli sebebe dayandığını ispat ettikten sonra, işçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ediyorsa, artık bu hususu ispat yükü işçiye düşecektir³⁷⁷.

³⁷⁴ Mustafa ALP, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, https://www.tisk.org.tr/yayin/2009_yargitayin_is_hukukuna_iliskin_kararlarinin_degerlendirilmesi_2_006-%202009.pdf, (31.08.2020), (Değerlendirme), s.139-140.

³⁷⁵ “Geçerli sebebi ispat yükünün işverene ait olması, işçinin sadece davayı açmakla yetinebileceği anlamına gelmemektedir. İşçi, feshe karşı korunmanın, yani İş K. 13A ve devamı maddelerinin uygulanmasını gerektiren hususların varlığını ispatlamalıdır. Bunun için işçi önce işverenle arasında bir hizmet ilişkisinin varlığını ve bu ilişkinin işveren tarafından feshedildiğini ortaya koyacaktır. Bundan daha önemlisi, söz konusu iş ilişkisinin ve işçinin çalıştığı iş yerinin feshe karşı korunma kapsamına girdiğini de işçi ispatlamalıdır. Yukarıda açıklanan feshe karşı korunmanın kapsamını belirleyen şartlar, bir bakıma geçerli sebep denetimi yapılmasının da ön şartlarıdır. Bu şartlardan ilk dördünü, hizmet akdinin İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamına girdiğini, belirsiz süreli bir hizmet akdi olduğunu, iş yerinde en az 10 işçinin çalıştığını ve asgari 6 aylık kıdeminin mevcut olduğunu işçi kanıtlayacaktır. İşçinin bu yönde gösterdiği deliller üzerine aksini kanıtlama yükümlülüğü işverene geçeceğinden, son şart olan işçinin yönetici konumundaki işveren vekili olduğu da dahil olmak üzere olumsuz, yani işçinin feshe karşı korunma kapsamına girmediği yönündeki vakıaları kanıtlamak ise işverene düşmektedir. İşçi bu yönde delil ikame ettikten ve feshe karşı korunma hükümlerinin uygulanabileceği böylece anlaşıldıktan sonra sıra feshin geçerli bir sebebe dayandığının denetimine gelecek ve bu aşamadan itibaren ispat yükü işverene ait olacaktır. Bu aşamada işverene düşen, kanundaki ayırıma uygun olarak, işçinin yeterliliği, davranışı veya iş yeri gereklerinden kaynaklanan ve işçinin iş yerinde çalıştırılmasına engel teşkil eden olgu ve olayları acık ve anlaşılır bir hale getirmek ve bu iddiasını mümkün olan tüm deliller ile desteklemektir.”: ALP, Feshe Karşı Koruma, s.20.

³⁷⁶ Yarg. 9.HD. 2015/26193 E. 2016/3803 K. 24.02.2016 T.: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.”.

³⁷⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.596; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.413; DEMİR, İş Hukuku, s.382; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.298; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.218; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.184; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.216; SÜMER, İş Hukuku, s.104; GÜVEN/AYDIN, s.182; NARMANLIOĞLU, Yeni Çerçeve, s.17-18. Eski Sendikalar Kanunu dönemindeki şu tartışmaya ışık tutan SÜZEK, kanun koyucunun SETİSK m.25’e olumlu yönde bir hüküm eklemesine vesile olmuştur: İş güvencesine tabi olmayan işçilerin, iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshedildiği durumda işçinin sendikal tazminat talep etmesi halinde eski Sendikalar Kanunu m.31/7 gereği fesih sebebini ispat yükü işverendedir, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin sendikal sebeple feshedilmesi durumunda her ne kadar fesih sebebini ispat yükü işverende dahi olsa, işverenin dayandığı sebepten başka bir sebeple iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia eden işçi, bu iddiasını ispatlamakla yükümlü olacaktır, bu durumda da işçileri feshe karşı koruma

İşçi tarafından açılan işe iade davası devam ederken, işçinin işe davet edilmesi³⁷⁸ durumunda Yargıtay, kanımızca da isabetli olarak, işçinin boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiğini, işe başlatma davetinin, davalı tarafından feshin geçerli sebebe dayanmadığının kabulü şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır³⁷⁹. Bu hususta öğretideki diğer bir görüşe göre, dava devam ederken işverenin işçiye işe davet etmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na uygun açık bir davayı kabul beyanı olmadığından, işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığının kabulü olarak değerlendirilemez, bu sebeple mahkemece yargılamaya devam edilmesi ve feshin geçerli olup olmadığının incelenmesi gerekir³⁸⁰.

İşe iade davası devam ederken iş yerinin kapatılması³⁸¹ halinde, Yargıtay iş yerinin kapanması durumunun fesih nedeni yapılmadığı ayrıca fesih tarihinde iş yerinin faal olduğunu, fesihten belirli bir süre sonra iş yerinin kapanmış olmasının feshi geçerli hale getirmeyeceğini hüküm altına almıştır³⁸².

amacıyla getirilmiş iş güvencesi hükümleri, iş güvencesi hükümleri kapsamında olan işçileri bu kapsamda olmayan işçilerden daha az korumuş olacaktır, iş güvencesine tabi işçilerin aleyhine olan ispat yükü konusundaki bu çelişkili durumun giderilmesi gerekir.: SÜZEK, Gelecek, s.18. Sendikal nedenle yapılan fesihler için ispat yükünün bireysel yahut toplu iş sözleşmeleri ile işverenden alınmasına yönelik sözleşme hükümleri geçersizdir.: AYM 2013/1 E. 2014/161 K. 22.10.2014 T. 11.11.2015 R.G.: “Öte yandan, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Aksi iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılamayacaktır.”. Deneme süreleri içerisinde yapılan fesihlerde dahi sendikal tazminat talep edilebileceğine ilişkin bkz. Ömer EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku Dersleri, onikilevha, Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul, 2019, s.143; aynı yönde bkz. Yarg. 9.HD. 2009/6061 E. 2009/20177 K. 07.07.2009 T.

³⁷⁸ Bu hususta geniş bilgi için bkz. Haluk Hadi SÜMER, “İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6344_BGR1E5TGYW4.pdf, (13.04.2020), (Davet), s.90-95.

³⁷⁹ Yarg. 9.HD. 2015/27438 E. 2016/7211 K. 24.03.2016 T.; Aynı yönde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.597; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.218.

³⁸⁰ Sezgi ÖKTEM-SONGU, İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Beta, İstanbul, 2018, (Samimiyet), s.144.

³⁸¹ İşyerinin kapanmasının genel olarak iş sözleşmelerine etkisi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Cengiz KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, Beta, İstanbul, 2004, (kapanma); İşyerinin kapanmasının feshin sonuçlarına yönelik etkisi hususunda bir karar incelemesi için bkz. Serkan ODAMAN, “Fesihten Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6340_5COWAXBAYF8.pdf, (20.09.2020), (İşyerinin Kapatılması), s.74-80.

³⁸² Yarg. 9.HD. 2006/27396 E. 2006/34577 K. 25.12.2006 T.: “İşyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde iş yeri faal durumdadır. Fesihten yaklaşık 4 ay sonra iş yerinin kapanmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira, fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir...Belirtmek gerekir ki, fesihten sonra iş yerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukuki sorundur. Bu husus, ileride açılacak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır.”; kararın isabetli olduğu yönünde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.223.

İşe iade davası sonucunda dava feshin geçerli olduğundan bahisle reddedilirse, işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak, işe iade edilmeyecek, boşa geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakları ile işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı talep edemeyecektir³⁸³. İşçi eğer şartları varsa ve işe iade davasından önce ödenmemişse, fesihten dolayı kıdem tazminatına hak kazanacak, sözleşmesi usulsüz olarak feshedilmişse ihbar tazminatı da talep edebilecektir. İşçi işe iade davası devam ederken, alacak davası açmışsa; işe iade davası, alacak davasında bekletici mesele yapılacaktır³⁸⁴.

İşe iade davası sonucunda dava feshin geçerli olmadığından bahisle kabul edilirse, işçiye karşı yapılan feshin geçersizliğinin tespitine ve işçinin işe iadesine hükmedilecektir³⁸⁵. Bu konuda yargıç işe iade yerine işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ve boşa geçen sürelerle ilişkin ücretinin ve diğer haklarının ödeneceği yönünde hüküm kuramaz, yargıç öncelikle işçinin işe iadesine, bu kararın uygulanıp uygulanmaması durumunda ise söz konusu tazminat ve ücrete ilişkin haklarının ödeneceğini belirtecektir³⁸⁶. Yine aynı şekilde, işçi de yargıçtan doğrudan işe iade yerine işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ve boşa geçen sürelerle ilişkin ücreti doğrudan talep edemez, bu konuda seçim hakkı tamamen işverene aittir³⁸⁷.

İşçi, işe iade davasının kesinleştiğinin kendisine tebliğinden³⁸⁸ itibaren on işgünü içerisinde işverene başvuruda bulunmak zorundadır, işçi bu başvuruda

³⁸³ SÜZEK, İş Hukuku, 602; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.216.

³⁸⁴ Yarg. 9.HD. 2012/23750 E. 2012/25159 K. 02.07.2012 T.: “İşçi feshin geçersizliği isteminde bulunduğu davadan başka, kıdem ve ihbar tazminat istemi ile bir dava da açmış bulunabilir. Bu durumda, feshin geçersizliğine ilişkin dava bekletici mesele yapılmalıdır.”.

³⁸⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.603; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.521.

³⁸⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.604.

³⁸⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.594, 603-604; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.527; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.418; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.219; GÜVEN/AYDIN, s.184. İşverene bu konuda seçim hakkın tanınmadığı yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.299.

³⁸⁸ On günlük hak düşürücü sürenin başlangıcının, işe iade kararının davayı kazanan işçiye tebliğ tarihi olduğu hususunda bkz. YILMAZ, İşe İade, 129. On günlük sürenin kesinleşme şerhli kararın tebliğinden itibaren başlayacağı yönünde bkz. Yarg. 22.HD. 2017/20475 E. 2019/4843 K. 04.03.2019 T.: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Dosya içeriğine göre, ... 3. İş Mahkemesi’nin 2011/1072 esas, 2012/665 Sayılı kararı ile davacının işe iade davasının kabulüne karar verilmiş, karar Dairemizin 07.03.2013 tarihli ve 2013/4327 esas, 2013/4757 karar sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiş, Yargıtay ilamı davacı vekiline 13.05.2013 tarihinde, kesinleşme şerhli karar ise 05.08.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davacı vekili, kesinleşme şerhli kararı aldıktan sonra süresi içinde 12.08.2013 tarihli noter ihtarnamesiyle davalı ... Bakanlığına işe başlatılma talebinde bulunmuş, bu ihtarname davalı çalışanına 15.08.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Somut olayda, davacının

samimi³⁸⁹ olmalıdır, işçi bu süre içinde işverene başvurmaz ise işverence yapılan fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu tutulabilir³⁹⁰. Başvuru için kanunda öngörülen on günlük süre hak düşürücü süredir, yargıç tarafından resen dikkate alınır ve bu on günlük sürenin kesilmesi yahut durması söz konusu değildir³⁹¹. Yargıtay, işçinin başvurusunun şekle bağlı olmadığını, ispat edilebilmesi kaydıyla sözlü dahi başvurabileceğini³⁹² lakin ispat³⁹³ kolaylığı sağlaması

kesinleşme şerhi içeren işe iade kararının tebliğinden itibaren on günlük kanuni süre içinde işe başlamak için başvuruda bulunduğu, davalının süresinde yapılan işe başlama talebine karşın davacıyı işe davet etmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda işverenin davacı tarafından talep edilen işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesinden sorumlu olacağı, davacının taleplerinin de buna göre belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2014/4258 E. 2015/14916 K. 27.04.2015 T.

³⁸⁹ ÖKTEM-SONGU, Samimiyet, s.149 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.222; Aynı yönde Yarg. 22.HD. 2011/18310 E. 2012/313 K. 20.01.2012 T.: “İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanununun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.”; işçinin başvuru sırasında başka bir işverenin yanında çalışıyor olmasının, işçinin başvurusunda samimi olmadığını göstermediği hususunda bkz. Yarg. HGK. 2009/9-232 E. 2009/278 K. 17.06.2009 T.: “Son olarak belirtmek gerekir ki, işçinin işe başvuru anında başka bir işveren ait iş yerinde çalışmakta olması, başvurunun samimi olmadığını göstermek için yeterli değildir. İşçinin işe başlamak için usulüne uygun olarak yapacağı başvurunun ardından işverence işe davet edilmesi halinde, çalışmakta olduğu iş yerinden ayrılması ve eski işine başlaması imkan dahilindedir.”. İşe iade davası devam ederken başka bir iş yerinde çalışan işçinin, işe iade davasının sonunda davayı kazanması halinde, işverene başvurması durumunda, bu süreçte salt başka bir iş yerinde çalıştığından bahisle işçinin başvurusunun samimi olmadığı sonucuna varılamayacağı yönünde bkz. Yarg. HGK 2015/7-1828 E. 2018/1093 K. 16.05.2018 T.: “Bununla birlikte davacının işe başlatılması için işverene müracaat ettiği 26.04.2012 tarihinde başka bir iş yerinde çalıştığı sabit ise de, iş sözleşmesinin feshinden, işe iade kararının kesinleşmesine kadar 25 aylık bir sürenin geçtiği dikkate alındığında, bu kadar uzun süre işe iade kararını çalışmadan geçirmesi davacıdan beklenemez. O hâlde Mahkemenin davacının süresinde işverene işe başlatılması için müracaat ettiğine dair kabulü ve bu kabul çerçevesinde davaya konu edilen alacakları hüküm altına alması doğru olmuştur. Bu sebeple direnme kararı yerindedir.”.

³⁹⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.613; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.522,524; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.416; DEMİR, İş Hukuku, s.383; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.299; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.222; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.186; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.217; SÜMER, İş Hukuku, s.104; CENTEL, İş Güvencesi, s.176 vd.; GÜVEN/AYDIN, s.184.

³⁹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.613; DEMİR, İş Hukuku, s.384; GÜVEN/AYDIN, s.184.

³⁹² OCAK, s.1123; Yarg. 22.HD. 2012/18870 E. 2012/19508 K. 24.09.2012 T.

³⁹³ İşçinin hak düşürücü süre içerisinde işverene başvuru yaptığını tanıkla ispat edebileceği hususunda bkz. Yarg. HGK 2015/7-1828 E. 2018/1093 K. 16.05.2018 T.: “Davacı vekilinin delil olarak dayandığı ve delilleri arasında sunduğu 26.04.2012 tarihli "Tutanaktır" başlıklı belgede davacı ile birlikte babasının ve kardeşinin imzasının bulunduğu; tutanak içeriğinde davacının 26.04.2012 tarihinde iş başı yapmak için Hastane İnsan Kaynakları bölümüne saat 11.00 civarında müracaat ettiği, kendilerine "insan kaynakları sorumlusu burada yok, mahkeme kararından bizim haberimiz yok, sizinle

açısından başvurunun yazılı ve bilhassa noter aracılığıyla yapılmasında yarar olduğunu belirtmiş³⁹⁴, işçinin bizzat başvurma zorunluluğu bulunmadığını da hüküm altına almıştır³⁹⁵. İşçi bizzat işverene de başvurmak zorunda olmayıp, yetkili vekiline de başvurabilecektir³⁹⁶.

İşçinin başvurusunun ardından işveren³⁹⁷ işçiyi İK m.21/1 gereği bir ay içerisinde işe başlatmak zorunda yahut işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı

görüştürmeyiz, sizi işe başlatabırız, bize telefon numaranızı bırakın, biz sizi ararız veya bir kaç gün sonra tekrar uğrayın" gibi sözler sarfedilerek ilgilenilmediği, orada bir saat kadar bekleyip tekrar ne olduğunu sorduklarında "beklemeyin sizinle şu an ilgilenemeyiz, herhangi bir değişiklik olursa sizi ararız, ayrıca avukatınıza da bilgi veririz, daha fazla beklemeden gidin" denildiği, bu sebeple hastaneden ayrıldıkları hususlarının yazılı olduğu tespit edilmiştir. Davacı vekilinin tanık olarak isimlerini bildirdiği ve davacının babası ve kardeşi olduğu anlaşılan tanıklar Mahkemedeki beyanlarında tutanak içeriğini doğrular yönde beyanda bulunmuşlardır. Öte yandan davacı vekilinin dava dilekçesi ekinde sunduğu ve deliller arasında yer alan kişi bazında giriş çıkış raporu ve personel kartlarından davacının çalıştığı iş yerinden 26.04.2012 günü 09.30-12.27 saatleri arasında izinli olduğu görülmüştür. Şu hâlde mevcut delil durumu "işçi lehine yorum" ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde: davacı işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliği üzerine 10 iş günlük süre içinde işe başlatılması için davalı işverene müracaat ettiğini 26.04.2012 tarihli tutanak ve bu tutanakta isim ve imzaları bulunan kişilerin Mahkemedeki tanıklıkları ile ispat ettiğini kabul etmek gerekir. Her ne kadar tutanağı düzenleyen ve tanık olarak beyanlarına başvurulmuş kişiler davacının yakın akrabaları ise de bu durum tek başına tanıklıklarının geçersiz olduğu, beyanlarına itibar edilmemesi gerektiği sonucunu doğurmayacağı gibi davalı işveren tutanağın aksini gösteren hiç bir delil de ibraz etmemiştir. Bunun gibi işe başvurunun noter aracılığıyla yapılması gerektiğine dair yasal düzenleme bulunmadığı gibi, davalı iş yerinde çalışmakta olan işçilerden tanık temin etmesi gerektiği yönünde bir mecburiyetin davacıya yükletilmesi de usulsüzdür."

³⁹⁴ Yarg. 9.HD. 2017/26994 E. 2017/21810 K. 19.12.2017 T.: "Kanun'un düzenlemesine, işçinin başvurusu bir şekil şartına bağlamamıştır. İşçi iş yerinde hazır bulunmak suretiyle başvurabileceği gibi, bu konuda iradesini işverene gönderebileceği yazılı bir ihbarname ile de açıklayabilir. Ancak ispat kolaylığı açısından başvurunun yazılı ve özellikle noter aracılığı ile yapılmasında yarar vardır. İşçinin başvurusu, geçersizliğine karar verilen, fesihten sonra tekrar devam ettirilmesi gündeme gelen iş ilişkisinde iş görme edimine hazır olduğunu beyan etme iradesidir."; aynı yönde bkz. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.524.

³⁹⁵ Yarg. 22.HD. 2011/18310 E. 2012/313 K. 20.01.2012 T.: "4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin şahsen başvurması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçi, işe başlatılma konusundaki iradesini bizzat işverene iletebileceği gibi, vekili ya da üyesi olduğu sendika aracılığı ile de ulaştrabilecektir."; Yarg. HGK. 2009/9-232 E. 2009/278 K. 17.06.2009 T.; Aynı yönde YILMAZ, İşe İade, s.131: "Bu yüzden, vekili(avukatı) aracılığıyla işe iade davası açan işçinin, işe iade başvurusu da dahil olmak üzere bu konudaki yetkilerin tümünü vekile (avukata) verdiği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü, işçiyi, dava açmak için ihtiyaç duyarak atadığı vekilinin bu konudaki hukuki yardımından yoksun kılar.".

³⁹⁶ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.524.

³⁹⁷ İşçinin başvurusunun samimi olması gerektiği gibi, işverenin yapacağı davetin de samimi olması gerektiği hususunda bkz. Yarg. 9.HD. 2016/7527 E. 2019/17412 K. 07.10.2019 T.: "Somut uyumsuzlukta, dosya içeriği ve tanık beyanlarından, davacının işe başlamak için işverenin daveti üzerine süresi içinde iş yerinde hazır bulunduğu, ancak işverenin işe başlatmadan önce işe iade kararına aykırı olarak tanık beyanlarında da geçen bir takım belgeler getirmesini ve işi ile ilgili olmayan evraklar imzalatılmak istendiği, davacının işe iade başvurusu anında her ne kadar farklı bir iş yerinde sigortalı çalışıyor olarak gözüksede davacının 05.04.2012 tarihinde istifa ettiği ve aynı gün dava dışı iş yerinden ayrılışının yapıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, davacının işe başlama yönünde iradesinin samimi olmasına rağmen, davalı işverenin davacıyı işe başlatmadan önce bazı belgelerin getirilmesini ve bazı belgeleri imzalaması gerektiğini ileri sürmesi nedeniyle işe başlatmayı şarta bağladığı, buna göre işverenin davacıyı işe başlatma yönündeki iradesinin samimi olmadığı anlaşılmış olup, işverenin işe başlatma yönünde yaptığı şarta bağlı çağrı gerçek bir işe

ödemek zorundadır. İşverenin daveti³⁹⁸ ne rağmen işçinin işe başlamaması durumunda İK m.21/6 kıyasen uygulanarak sonuca gidilmelidir. Bu doğrultuda işveren işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ile boşa geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakları işçiye ödemeyecektir. İşe başlatma davetine icabet etmeyen işçi şartları varsa ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir³⁹⁹. İşveren, işe başlatma davetini bizzat işçiye yapması gerekir⁴⁰⁰ lakin işçi işe başlama başvurusunu vekili aracılığıyla yapmışsa, işverenin işe başlatma davetini işçi yerine vekiline yapması, usulüne uygun davet olarak kabul edilmelidir⁴⁰¹. Şunu da belirtmek gerekir ki, işçinin işe başlama

başlatma daveti olarak kabul edilemeyeceğinden, mahkemece davacının işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” ; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2016/31787 E. 2019/15136 K. 09.07.2019 T.; “...Feshin geçersizliği kararı alan ve kesinleşmesi üzerine işe başlatılması için işe başvuran işçinin bu davranışından sonra işveren 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca öncelikle işçiye işe başlatmak zorundadır. Ancak aynı madde uyarınca işveren, işe başlatma yerine iş güvencesi tazminatı niteliğindeki işe başlatmama tazminatını ödeyerek iş ilişkisini sonlandırabilecektir. Feshin geçersizliği ve işe iade kararı üzerine işe başlatılma için başvuran işçi işveren tarafından işe başlatıldığında, iş sözleşmesinin taraflar arasında yeniden kurulmadığı, yapılmış olan feshin geçersizliği nedeniyle taraflar arasında var olan iş ilişkisinin kesilme olmaksızın devam ettiği, ancak yasa ile bu kesilmemenin 4 ayla sınırlandığı sonucu ortaya çıkmaktadır. İşverenin işe davete dair beyanının ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez. Dosyadaki bilgi ve belgelerden ve özellikle tanık beyanları ile 12.06.2015 tarihli e-mail yazışmalarında; davalı işverence, işe iade kararı sonrasında davacı işçinin işe davet edildiği ve işe davete dair ihtarnamenin tebliğinden itibaren 1 gün içinde işe başlamasının istendiği saptanmıştır. Davalı işverenin, istenen sürede işe başlayan işçiye gerekli çalışma koşullarını sağlamadığı, geçersizliğine hükmedilen fesih tarihindeki çalışma odasının tahsis edilmediği, muhasebe müdürü olarak çalışan davacının muhasebe elemanlarından ayrı bir oda verilerek izole edildiği, işe başladığı gün herhangi bir iş verilmediği gibi iş görmesinde kullanacağı araç ve gereçlerin de tahsis edilmediği anlaşılmıştır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında; davalı işverenin işe davetinde samimi olmadığı ve işe iadenin mali sonuçlarından kurtulmak amacı ile hareket ettiği anlaşılmakla, davacının boşa geçen süre ve işe başlatmama tazminatı taleplerinin kabulüne hükmedilmesi gerekirken reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2012/10242 E. 2012/12156 K. 10.04.2012 T.: “İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.”; aynı yönde ÖKTEM-SONGU, s.147-148.

³⁹⁸ İşverenin işçiye yaptığı davette hangi hususların bulunması gerektiği hususunda bkz. Yarg. HGK. 2013/22-1158 E. 2014/743 K. 01.10.2014 T.: “Bu nedenle işverenin işe davet ederken, işçinin hangi işte nerede ve ne şekilde, hangi şartlarla işe başlatılacağını, işe davet yazısında belirtmesi gerekir. Davette başlatılacak iş, başlatılacak iş yeri, iş şartları, hazır olunması gereken tarih, verilen süre belirtilmemiş ise davetin ciddi ve samimi olup olmadığı tartışma konusu olacaktır.”.

³⁹⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.614-615; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.522; bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal NARMANLIOĞLU, “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlı Hukuki Sonuçlar”, https://www.mess.org.tr/media/files/6321_416UZPKWD119.pdf, (11.02.2020), (İş Güvencesi), s.12-27; Nizamettin AKTAY, “İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6345_6VMB1UCXMP3.pdf, (14.03.2020), s.103-110.

⁴⁰⁰ Yarg. 9.HD. 2008/38634 E. 2010/26627 K. 30.09.2010; Aynı yönde Yarg. 9.HD. 2012/10994 E. 2014/16072 K. 20.05.2014 T.

⁴⁰¹ Yarg. 7.HD. 2013/6665 E. 2013/14391 K. 12.09.2013 T.

başvurusunda ikamet etmediği adresi göstererek, işverenin süresi içerisinde kendisini işe başlatmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilecektir. Bu durumda başvuru samimi olmadığından, işçi boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklarını talep edemeyeceği gibi işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatını da talep edemez⁴⁰².

İşçinin başvurusu üzerine işveren işçiyi işe başlatırsa, iş sözleşmesi yeniden kurulmuş olmaz zira mahkemece feshin geçersizliğine hükmedilmiştir, ortada fesih yoksa sözleşme de sona ermemiştir⁴⁰³. Bu durumda işveren İK m.21/2'deki işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatından sorumlu olmayacak lakin her halde işçi boşta geçen sürelerle ilişkin en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir⁴⁰⁴. İK m.21/5 uyarınca işçiye fesih yapılırken kıdem tazminatı yahut ihbar tazminatı ödemesi yapılmışsa, boşta geçen sürelerle ilişkin ödenecek ücret ve diğer haklardan

⁴⁰² Yarg. 9.HD. 2016/276 E. 2019/9234 E. 18.04.2019 T.: “Somut uyuşmazlıkta; davacı kesinleşen işe iade davası sonrasında yasal süresinde davalı işverene işe başlatılması için noterden 14/06/2013 tarihli ihtarnameyi göndererek başvuru yapmış, bu başvurusunda adresini “... Sk 54/7 K.çekmece/...” olarak belirtmiştir. Davalıda yine yasal süre içerisinde noterden bildirilen yukarıdaki adrese gönderdiği cevabi ihtarname ile davacının işe başlamasını talep etmiştir. Ancak davalının gönderdiği 08/07/2013 tarihli noter ihtarnamesi, “adres olarak gösterilen sokakta belirtilen binanın bulunmadığı” şerhiyle iade edilmiş, sonuç itibarıyla davacıya tebligat yapılamamıştır. Yasal sürenin dolması ile, davacı işçi yasal sürede işe başlatılmadığından bahisle iş bu davayı açmıştır. Davalının davacı işçinin bildirdiği adrese işe başlaması için ihtarname gönderdiği ve bu adresin hatalı olduğu anlaşıldığına göre, tebligatın yapılamamasının sorumluluğu davalıya yüklenemeyecektir. Açıklanan nedenle boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı talebinin reddi gerekirken, kabulü hatalıdır.”; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2009/5699 E. 2011/5928 K. 03.03.2011 T.

⁴⁰³ SÜZEK, İş Hukuku, s.615; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.424; DEMİR, İş Hukuku, s.388; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.301; Tankut CENTEL, İş Güvencesi, Legal, İstanbul, 2012, (İş Güvencesi), s.173; GÜVEN/AYDIN, s.184; aksi yönde bkz. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.522; NARMANLIOĞLU, Yeni Çerçeve, s.21; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.220,222; ÖZEKES, Etki, s.66: “Parasal miktarlar bakımından da dava tarihindeki ücret esas alınmalıdır. Bu düzenlemeden hareketle, artık iş sözleşmesinin, işe iade kararından sonra işçinin işe başlatılmaması halinde sona erdiğinin kabulü mümkün değildir; iş ilişkisinin fesih tarihinde sona erdiği kabul edilmelidir. Çünkü, parasal hakların dava tarihi itibarıyla hesaplanması demek, dava tarihinde bir iş ilişkisinin olmadığını kabul etmek demektir. Bu durumda da şu anda iş ilişkisinin sona ermesi bakımından tarihin geriye çekildiği ve değerlendirmenin buna göre yapılması gerektiği söylenebilir.”; Muhittin ASTARLI, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6790_9EDHGY9CCsicil_38.pdf, (20.07.2020), s.19: “Yargı veya hakem tarafından feshin geçersizliğinin tespit edilmiş olmasının fesihle sona erdirilmiş iş ilişkisini ihya edip feshin sözleşmeyi kesinlikle sona erdirici mutlak etkisini ortadan kaldıramayacağını; işçinin başvurusu üzerine işverenin onu işe başlatmış olması halinde bile, kurulan yeni iş ilişkisinin öncekinin devamı olduğunu söyleyebilmenin mümkün olmayacağını; geçersizliğin tespiti üzerine “feshin hüküm doğurmayacağına” ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığı takdirde Borçlar Hukukundaki esasları, kendine özgü bir düzenleme teşkil eden iş güvencesi prosedürüne taşımanın uygun bir çözüm olmayacağını dile getirmiştik.”.

⁴⁰⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.615; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.523; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s.219.

mahsup edilecektir⁴⁰⁵. İşçinin başvurusu üzerine işverence yapılan işe başlama daveti sonucunda işçi, makul bir süre içerisinde işe başlamalıdır⁴⁰⁶.

İşverenin işe başlatma daveti şarta bağlıysa, işçi işverence hiç davet edilmemiş gibi düşünülerek sonuca ulaşılacaktır⁴⁰⁷.

İşçinin başvurusu üzerine işveren, işçiyi aynı koşullarla eski işine başlatmak zorundadır⁴⁰⁸. İşe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işine iade olanağı kalmamışsa, İK m.22 uyarınca işçiye esaslı değişiklik teklifinde bulunulur, işçi bu

⁴⁰⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 615; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.217; GÜVEN/AYDIN, s.184.

⁴⁰⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.615; Yarg. 9.HD. 2016/10791 E. 2019/22179 K. 11.12.2019 T.: “eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında iş yerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla iki günlük süre olarak değerlendirilebilir. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı iş yerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 Sayılı Kanun'un 56. maddesinin son fıkrasındaki izinler için öngörülen en çok dört güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla dört gün içinde işe başlaması beklenmelidir.”.

⁴⁰⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.615; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2004/3377 E. 2004/15404 K. 21.06.2004 T.: “Davalı işveren boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme koşuluna bağlı olarak davacıyı işe başlatmak istemiştir...Burada yasanın aradığı anlamda bir işe başlatmadan söz edilemez.”.

⁴⁰⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.416; DEMİR, İş Hukuku, s.388; MOLLAMAHMUT OĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.300; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.220; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2015/35204 E. 2019/5919 K. 18.03.2019 T.: “Davacı işçinin kesinleşen işe iade kararı sonrasında yasal süresi içerisinde işe başlatılmak için başvurusu üzerine davalı işveren tarafından Gebze ilçesindeki iş yerinin kapatıldığı bu nedenle Büyükçekmece ilçesinde bulunan iş yerinde çalışmak üzere işe davet edildiği anlaşılmıştır. Davacı işçi açmış olduğu bu davada ise davetin iyi niyetli olmadığını ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti işe başlatmama ve boşta geçen süre tazminat alacaklarını talep etmiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacının yeni görevlendirildiği yerde işe başlamadığı buna göre başvurusunun samimi olmadığı gerekçesi ile ihbar tazminatı hariç diğer taleplerinin reddine karar verilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre davacının eski işinde başlatılmamak üzere işe davet edildiği açıktır. Teklif edilen yeni görev yeri önceki iş yeri ile kıyaslandığından çalışma koşullarının esaslı şekilde değişikliği anlamına gelmektedir. Davacının görevlendirildiği yerde çalışmayı kabul etmemesi işe başlama niyetinde samimi yetersizlik olarak değerlendirilemez. Davacının mahkeme ilamında geçtiği üzere eski işine başlatılmadığı anlaşılmakla işe başlatmama tarihi fesih tarihi olarak dikkate alınmalı ve dosya içinde yer alan bilirkişi hesap raporu bu yönünden bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının talepleri bakımından bir karar verilmelidir. Mahkemece yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”; Yarg. 9.HD. 2014/35250 E. 2016/6633 K. 21.03.2016 T.: “İşçi eski coğrafi iş yerine davet edilmelidir. İşe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işe veya iş yerine işe iade olanağı kalmadığı için, işveren öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik olanağı yaratmadan iş teklifi yapmalı, bu olanak yoksa o zaman 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunmalıdır. İşçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda, eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa veya işverenin değişiklik teklifi hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmeyecekse işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. İşverenin yeni iş teklifi iş şartlarında esaslı değişiklik yaratıyor ise, bu durumda işveren 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca hareket etmeli ve değişiklik feshine gitmelidir.”; Yarg. 9.HD. 2014/5801 E. 2014/16662 K. 26.05.2014 T.: “Kural olarak işçi, geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı iş yerinde ve işte işe başlatılmalıdır. İşçiye önceki koşulların tam olarak sağlanması ve aynı parasal hakların ödenmesi gerekir. Hatta, yargılama sürecinde işçinin mahrum kaldığı ancak emsali işçilere sağlanmış olan ücret artışlarından da işçinin yararlandırılması gerekir.”.

değişikliğe rıza göstermemişse, işverenin işçiyi işe başlatmadığı kabul edilecek, işçi işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ve boşa geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir^{409,410}.

4857 Sayılı İş Kanunu'nda, işverenin işçiyi nasıl davet etmesi gerektiği hususunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu husustaki tek kural, işverenin işçiyi bir aylık süre içerisinde işe başlatması gerektiğidir. İhtilaf halinde, işverenin, bahsedilen bir aylık süre içerisinde işçiyi eski işine davet ettiği yahut başlattığı hususları ispata muhtaç olup, bu noktada ispat kolaylığı sağlaması bakımından işçiyi yazılı bir şekilde işe davet etmesi hatta noter vasıtasıyla iş bu daveti gerçekleştirmesi, yararına olacaktır⁴¹¹. Yargıtay, işverene tanınan bir aylık sürenin, işe davet ihtarnamesine ilişkin süre olmayıp, işe başlatmak için tanınan bir süre olduğunu, dolayısıyla işverenin dürüstlük kuralına aykırı davranışlarının sonucuna katlanması gerektiğini hüküm altına almıştır⁴¹².

İşçi kesinleşen işe iade kararı üzerine süresinde işverene başvurması ve bu başvurusunun samimi olması koşuluyla ister işverence işe başlatılmış olsun ister

⁴⁰⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.616; aksi yönde bkz. Yarg. 22.HD. 2013/13746 E. 2014/16197 K. 09.06.2014 T.: “Somut olayda, davacının işe iade başvurusunun kabul edildiği ancak daha önce görev yaptığı iş yerinin kapatılması üzerine bu iş yerinde işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır. Kocaeli iş yerinin kapatılması sebebiyle davacının bu yerde işe başlatılması fiilen imkansızdır. Ancak teklif edilen işyerleri de iş sözleşmesinde esaslı değişiklik teşkil ettiğinden, teklifin davacı tarafından kabulü zorunlu değildir. Hal böyle olmakla; davacı boşa geçen süre ücreti alacağını “tamamına” hak kazanırken, işe başlatmama tazminatına hak kazanamaz.”.

⁴¹⁰ İşçinin işe iade başvurusu üzerine iş yerinde grev olması durumunda Yargıtay: “Somut olayda, davacının iş sözleşmesinin feshi üzerine feshin geçersizliği ve işe iade istemli dava açtığı, mahkemece davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verildiği, hükmün temyizi sonucunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2009/35501 esas – 2010/34679 karar sayılı onama kararı ile kesinleştiği, davacının kesinleşen mahkeme kararı gereğince süresi içerisinde işverene işe başlatılmak için başvuruda bulunduğu, davalının söz konusu talebi kabul ettiği, ancak iş sözleşmesinin grevin sona ermesine kadar askıda olduğunu bildirmesi üzerine, davacının grev uygulamasına devam etmeyeceğini işverene bildirmesi ve iş yerine gitmesine rağmen, işveren tarafından, grev bittikten sonra işe başlayabileceği söylenerek işe başlatılmadığı tartışmasıdır. Dosya içerisinde bulunan Türkiye Gazeteciler Sendikası'nın 10.07.2013 tarihli cevabi yazısından, davalı iş yerinde grevin 13.02.2009 tarihinde başladığı ve halen devam ettiği anlaşılmakla, 2822 sayılı Kanun'un 38/3. maddesi gereğince, davalı işverenin grev devam ettiğinden bahisle, grevden vazgeçse bile davacıyı çalıştırmama hakkı bulunduğundan, davacının işe başlatılmadığından bahsetmek mümkün değildir. Kanunun verdiği takdir hakkının kullanılması işe başlatılmama olarak değerlendirilemez.” şeklinde hüküm kurmuştur: Yarg. 22.HD. 2013/34831 E. 2013/28746 K. 10.12.2013 T.

⁴¹¹ Nazlı ELBİR, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde “Samimiyet” Olgusu”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1077540>, (27.12.2020), s.149.

⁴¹² Yarg. 9.HD. 2015/25243 E. 2018/22436 K. 05.12.2018 T.: “Bir aylık sürenin son günü mesai bitimine doğru ihtarname keşide eden işverenin tebligatın ancak süre dolduktan sonra işçiye tebliğ edileceğini ve işe başlatma tarihinin kanuni sürenin dışında kalacağını bilerek hareket ettiği açıktır. Bu durumda işverenin hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanmadığı, işçiyi işe başlatma noktasında samimi olmadığı anlaşılmaktadır.”.

işverence işe başlatılmış olmasın, İK m.21/3 uyarınca boşta geçen sürelerle ilişkin en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir. İş Kanunu'nun lafzından da anlaşıldığı üzere boşta geçen sürelerle ilişkin talep edilecek miktar işçinin giydirilmiş ve brüt⁴¹³ ücreti dikkate alınarak hesaplanacaktır, işçi dört aydan fazla bir süreyi boşta geçirmiş dahi olsa^{414,415} en fazla dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer hakları ödenir⁴¹⁶. Mahkemece boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklara hükmedilebilmesi için, işçinin samimi bir şekilde işverene işe başlama başvurusunda bulunması yeterlidir, ayrıca talep etmesine gerek yoktur⁴¹⁷. İK m.21/3 lafzında ücret kelimesinin kullanılmasının sebebi, işe iade kararının kesinleşmesiyle işverence yapılmış feshin geçersizliği sabit olmuş, işçi ile işveren arasındaki sözleşme aslında hiç sona ermemiştir, bu sebeple ücret kelimesi bilinçli olarak tercih edilmiştir. İşçiye ödenecek boşta geçen sürelerle ilişkin en çok dört aylık ücret ve diğer hakları, İK m.21/4 gereği dava tarihindeki⁴¹⁸ ücret esas alınarak parasal olarak belirlenecektir. Yargıtay, boşta geçen süreler içerisinde işçinin yeni bir iş bulmasının, feshin

⁴¹³ Yarg. 9.HD. 2007/32727 E. 2008/31214 K. 18.11.2008 T.: “Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı bürüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.”.

⁴¹⁴ İşçinin boşta geçirdiği sürenin tamamına yönelik ücretinin ve diğer haklarının ödenmesi hususunda bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.623; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.219; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.187-188; aksi yönde AYM 2003/66 E. 2005/72 K. 19.10.2005 T. 24.11.2007 R.G. S.26710.: “Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak Devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.”; Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının ayrıntılı değerlendirilmesi hususunda bkz. Serkan ODAMAN, ““En Çok Dört Aya Kadar” İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6325_0OPP5QIRTJ16.pdf, (20.09.2020), (Değerlendirme), s.88-100.

⁴¹⁵ Boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakların dört ay ile sınırlandırılmasının ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. Tankut CENTEL, “Anayasa Karşısında Boşta Kalman Süreye İlişkin Ücreti Sınırlama”, https://www.mess.org.tr/media/files/6325_0OPP5QIRTJ16.pdf, (20.09.2020), (Anayasa), s. 15-21.

⁴¹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.616; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.523; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.422; DEMİR, İş Hukuku, s.387; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.303; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.219; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.187; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.217; SÜMER, İş Hukuku, s.105; GÜVEN/AYDIN, s.184.

⁴¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.304; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.222; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.187; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2012/26496 E. 2013/3782 K. 31.01.2013 T.: “Boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların ödenmesi, feshin geçersizliğine bağlı ikincil bir sonuçtur. Talep olmasa da mahkemece dikkate alınması gerekir.”.

⁴¹⁸ 7036 sayılı kanun ile boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatının dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplanmasına yönelik değişikliğin uygulamada işçiler açısından bir geriye gidiş olduğu hususunda bkz. ASTARLI, s.47 vd.; aksi yönde bkz. EKMEKÇİ, s.123.

geçersizliğini ve işe iadeyi etkilemeyeceğini, başka işte çalışılan sürenin dört aylık süreden mahsup edilmemesini hüküm altına almaktadır^{419,420}. Boşta geçen sürelerle ilişkin en çok dört aylık ücret ve diğer haklar, işçinin işverene samimi bir şekilde ve süresi içerisinde başvurmasıyla muaccel olacaktır⁴²¹ ve bu başvuru kanımızca muacceliyet ihbarı⁴²² olarak nitelendirilebilecek ve bu tarihten itibaren faiz⁴²³ işlemeye

⁴¹⁹ Yarg. 9.HD. 2017/9628 E. 2018/11418 K. 06.06.2006 T.: “Mahkemece davacının feshinin geçersizliği ve işe iade davası açtıktan sonra başka bir iş yerinde çalıştığı gerekçesiyle boşta geçen süre ücret alacağı üç ay olarak belirlenmiştir. Anılan dört aya kadar boşta geçen süre ücret ve sosyal haklardan çalışma halinde mahsup yapılacağına dair kanunda açık hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle bu alaktan çalışma yaptığı gerekçesiyle mahsup yapılması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”; aynı yönde ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.422; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.304; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.220; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.188; GÜVEN/AYDIN, s.184; aksi yönde Yarg. 7.HD. 2013/1937 E. 2013/10151 K. 30.05.2013 T.: “İşçinin boşta geçen süre içinde başka bir işveren yanında çalışması boşta geçen süre ücret alacağını çifte sigortalılığa sebebiyet vereceğinden etkileyecektir. İşçi aynı tarihlerde farklı iki iş yerinden sigortalı gösterileceği gibi bu durum yasa koyucunun işverenin iş akdini hukuka aykırı şekilde feshetmesi nedeniyle yargılama süresi gözetilerek işçinin en çok dört aya kadar boşta geçecek süre nedeniyle uğrayacağı ücret ve sosyal güvenlik hakkı olan sigortalılık süresi zararını telafi amacıyla koyduğu bu hükmün koyuluş amacında aykırı düşecektir. Bu durumda reel zarar gözetilmeli işçinin iş akdinin feshedildiği tarih ile işe iade kararının kesinleştiği tarih arasında boşta geçirdiği süre nazara alınmalı, bu süre 4 aydan az ise çalışmadan geçirdiği süre gözetilerek o süre ile sınırlı olarak ücret ve diğer hakları hesaplanmalı.”.

⁴²⁰ İstisnai olarak, işçinin açtığı işe iade davasının dört aydan kısa sürdüğü örneğin üç ay sürdüğü bir örnekte işçinin boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklarını üç ay üzerinden alması gerektiği yönünde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.220.

⁴²¹ Yarg. 22.HD. 2017/24285 E. 2019/24240 K. 24.12.2019 T.: “Kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar hesaplanacak ücret ve diğer alacaklar, işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur.” aynı yönde bkz. DEMİR, İş Hukuku, s.396; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.304; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.189.

⁴²² Esasen, boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklar için işe başlama başvurusunun, işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı için ise samimi işe başlama başvurusuna ek olarak işverenin açıkça yahut zımnen başvuruyu reddetmesinin, TBK m.170 çerçevesinde geciktirici koşul olarak nitelenmesi teknik olarak daha uygundur. Lakin söz edilen hususların şart olarak kabul edilmesi, bu şartların tahakkukunun yalnızca borcun doğumunu ve muacceliyetini temin etmesi sonucu doğuracak, ortada açıkça anlaşılabilecek bir belirli vade de söz konusu olmadığı için, temerrüt faizi istenebilmesi açısından ayrıca TBK m.117/1 uyarınca ihtarı gerekli kılacaktır. Bu sebeple kanımızca söz konusu başvurunun muacceliyet ihbarı olarak nitelenmesi, teknik olarak da TBK m.117/2’den faydalanma imkânı sağlayacak ve işe başlama başvurusuyla borcun doğumuna ve muacceliyete ek olarak temerrüdün de gerçekleştiğini kabul etme imkânı sunacaktır. Muacceliyet ihbarı için bkz. EREN, Genel Hükümler, s.1230 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.463 vd.

⁴²³ Faiz türü hususunda Yarg. 9.HD. 2007/32727 E. 2008/31214 K. 18.11.2008 T.: “İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır.” şeklinde karar vermiştir.; aynı yönde bkz. DEMİR, İş Hukuku, s.396; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.305. Bahsedilen içtihat kanımızca isabetli de olsa şu husus eleştiriye açıktır: Belirli süreli iş sözleşmesi feshedilen işçi, TBK m.438/1 uyarınca bakiye süreye ilişkin ücreti faiziyle birlikte işverenden talep ettiğinde Yargıtay, İK m.34’de öngörülen “Mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı”nın, fiili çalışma karşılığı olan ücret alacağına uygulanacak faiz türü olduğunu, işçinin bakiye süre ücretinin eylemli bir çalışma karşılığı olmadığını dolayısıyla öngörülen bu özel faiz türünün değil yasal faizin uygulanacağını hüküm altına almıştır: Yarg. 9.HD. 2015/28047 E. 2018/23085 K. 12.12.2018 T., üstelik bu hususta Yargıtay iş hukuku daireleri arasında görüş birliği vardır (Diğer dairelerin içtihatları için bkz. Üçüncü Bölüm- IV- B- 2.). Her ne kadar bakiye süre ücreti ile boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklar farklı iki kurum olsalar ve farklı amaçlara hizmet etseler de bahsettiğimiz iki kurumun da ortak özelliği

başlayacaktır⁴²⁴. Zira TBK m.117/2 uyarınca borcun muaccel olması taraflardan birinin usulüne uygun muacceliyet ihbarına bağlandığı takdirde, bu bildirimin yapılmasıyla ayrıca temerrüt ihtarına gerek kalmaksızın borçlu(işveren) temerrüde düşmüş olur. Nitekim boşta geçen sürelerle ilişkin ücretin ve diğer hakların kanunen yalnızca samimi ve süresi içerisindeki işe başlama başvurusuna bağlanmış olması ve işçi tarafından talep edilmesine gerek dahi duyulmaması, işe başlama bildiriminin içeriğinde muacceliyet ihbarı iradesinin de kanunen varsayıldığının kabulünü gerektirir.

İşveren, işe iade kararı kesinleşip kendisine işe iade başvurusu yapan işçiyi işe başlatmaz yahut davet etmezse, iş sözleşmesi, işçiyi işe başlatmayacağını bildirdiği tarihte yahut bir aylık hak düşürücü sürenin dolduğu tarihte feshedilmiş sayılacak⁴²⁵, şartları bulunduğu takdirde, işçinin fesih tarihi olan bu tarihteki ücreti değerlendirilerek kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilecek lakin işverenin, işçiyi işe davet etmediği yahut işe başlatmadığı durumlarda ödemesi gereken en az dört aylık ve

eylemli bir çalışmanın karşılığı olmamasıdır, hal böyle iken eylemli bir çalışmanın karşılığı olmayan boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklara İK m.34'te öngörülen özel faiz türü uygulanıp yine eylemli bir çalışmanın karşılığı olmayan bakiye süre ücretine İK m.34'te öngörülen özel faiz türünün değil de yasal faizin uygulanması hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu durumun temeli olarak kanımızca boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakların iş güvencesi kapsamına giren işçilerin talep edebileceği bir kalem olduğu ve iş güvencesi kapsamındaki işçilerin, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilere oranla daha çok korunacağı teorisi gösterilebilirse de zaten iş güvencesi kapsamındaki işçilerin işe iade davası açma opsiyonuyla yeterince korunacağı, bu kapsamda olamayan belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin talep edebileceği nadir tazminat kalemi olan bakiye sürelerle ilişkin ücrete de İK m.34'teki özel faiz türünün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz, kaldı ki İK m.34 lafzında mevduata uygulanan en yüksek faiz oranına hükmedilebilmesi için fiili çalışma kriteri de aranmamaktadır.

⁴²⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.304; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.189; SÜMER, İş Hukuku, s.105. Aksi yönde: Yarg. 22.HD. 2017/24285 E. 2019/24240 K. 24.12.2019 T.: “İşe iade başvurusunda boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi talep edilmiş ise, başvuru ile birlikte işveren de temerrüde düşürülmüş sayılmalıdır. Sözü edilen ücret ve diğer hakların ödenmemesi durumunda başvuru tarihinden itibaren faiz hakkı doğar. İşe başlama isteğini içeren başvuruda, boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların açıkça talep edilmemiş olması halinde ise, dava ve varsa ıslah tarihlerinden itibaren faiz yürütülmelidir.”; Yarg. 9.HD. 2016/10791 E. 2019/22179 K. 11.12.2019 T.: “İşe iade başvurusunda boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi talep edilmiş ise, başvuru ile birlikte işveren de temerrüde düşürülmüş sayılmalıdır. Sözü edilen ücret ve diğer hakların ödenmemesi durumunda başvuru tarihinden itibaren faiz hakkı doğar. İşe başlama isteğini içeren başvuruda, boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların açıkça talep edilmemiş olması halinde ise, dava ve varsa ıslah tarihlerinden itibaren faiz yürütülmelidir.”. Biz bu kararlara katılmamaktayız. Zira işe iade kararının ardından işe başvuru ihbarının kanun gereği zimnen boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklara ihtiva ettiği işçi lehine kabul edilmelidir.

⁴²⁵ Yarg. 22.HD. 2017/24285 E. 2019/24240 K. 24.12.2019 T.: “İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır.”.

en çok sekiz aylık⁴²⁶ ücreti tutarında işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı İK m.21/4 gereği dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirlenecektir⁴²⁷. Mahkemece işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatına hükmedilebilmesi için, işçinin samimi bir şekilde işverene işe başlama başvurusunda bulunması yeterlidir, ayrıca talep etmesine gerek yoktur⁴²⁸. İş Kanunu'nda aksine düzenleme bulunmadığından, işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı işçinin dava tarihinde çıplak⁴²⁹ ve brüt⁴³⁰ ücreti

⁴²⁶ İşe başlatmama tazminatının alt sınırı olan dört ay ile üst sınırı olan sekiz ay arasında tazminatın miktarının belirlenmesi hususunda, işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar dikkate alınarak bir belirleme yapılmalıdır.: Yarg. 9.HD. 2006/1216 E. 2006/3469 K. 13.02.2006 T.

⁴²⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.617,620; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.523,528 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.419; DEMİR, İş Hukuku, s.389; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.302; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.221; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.189; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.217; SÜMER, İş Hukuku, s.104; GÜVEN/AYDIN, s.185.

⁴²⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.621; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.528-529; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.302; EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN, s.222; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2003/14994 E. 2003/14267 K. 11.09.2003 T.

⁴²⁹ İşe başlatmama tazminatını hataen giydirilmiş brüt ücret üzerinden ödeyen işverenin, fazladan ödediği kısmı geri istemeyeceğine yönelik bkz. Yarg. 9.HD. 2013/8232 E. 2015/4644 K. 09.02.2015 T.: *“Dosya içeriğine göre davalı işçiye açtığı ve kesinleşen feshin geçersizliği ve işe iade kararı sonrası davacı işveren tarafından 10.12.2010 tarihinde banka yolu ile giydirilmiş ücret üzerinden işe başlatmama tazminatı ödenmiştir. Davalı işçinin fark alacaklar için dava açması üzerine açılan davada 5.5.2011 tarihli bilirkişi raporu ile davalı işçiye işe başlatmama tazminatının çıplak ücret üzerinden ödenmesi gerekirken, giydirilmiş ücret üzerinden ödeme yapılarak fazla ödeme yapıldığı saptanmıştır. Bunun üzerine davacı işveren bu saptamanın tespitinden ve öğrenmeden itibaren bir yıl geçtikten sonra 29.11.2012 tarihinde giydirilmiş-çıplak ücret farkından kaynaklanan fazla ödemenin davalı işçiden tahsiline karar verilmesi için bu davayı açmıştır. Somut uyuşmazlıkta bir borcu ifa etmek düşüncesiyle davacı işveren tarafından işe başlatmama tazminatının çıplak brüt ücret üzerinden ödenmesi yerine giydirilmiş ücret üzerinden ödenmesi nedeni ile davalı işçiye bir zenginleşme olduğu sabittir. Ancak bu hukuki işlemi gerçekleştiren fakirleşen işverenin kendisi olup mal varlığında eksilme iradesine dayandığı gibi giydirilmiş ücret üzerinden hatalı ödemeyi bilirkişi raporundan sonra öğrenildikten sonra 818 Sayılı BK. Hükümlerinin yürürlükte olduğu zamana göre bir yıl geçtikten sonra dava açılmıştır. Davanın zamanaşımı süresi içinde açıldığı kabul edilse dahi davalı işçi giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanan tazminatın bu ücret üzerinden ödenmesi gerektiğini sanarak kabul ettiğinden iyiniyetli olduğunun kabulü gerekir. Davacı işveren tazminatı hatalı hesaplasa da kendi hesaplaması ile karşı tarafa güven vermiştir. Dava açıldığında hatalı olarak ödenen miktarın iyiniyetli kabul eden davalı işçinin geri verme anında yedinde kaldığı da belirlenmemiştir. Diğer taraftan hatalı ödemeyi yapan davacı işveren ekonomik ve sosyal açıdan üstün, iyiniyetle zenginleşen işçi ise zayıf konumdadır. Güvenin korunması, hakkaniyet ilkeleri gereği bir borcu ifa etmek düşüncesiyle davacı işveren tarafından giydirilmiş ücret üzerinden ödenen işe başlatmama tazminatından fazla ödemenin istenmesi doğru değildir.”*

⁴³⁰ Taleple bağıllık ilkesi gereği, dava dilekçesinde davacı işçilik alacağı kalemini açıkça net olarak belirtmemişse, kural olarak brüt miktarlar üzerinden hesaplama yapılır, brüt yahut net olarak alacağı hükmedilmesi, alacağın gerçek miktarı ilke ilgili olmayıp, vergi kesintilerinin yapılmasıyla ilgilidir, bu nedenle talep net ise, infaz aşamasında ayrıca yasal kesintiler yapılmayacak lakin talep belirtilmemiş yahut brüt olarak belirtilmişse hükümde yasal kesintilerin infaz aşamasında dikkate alınması gerektiği ibaresi kullanılacaktır.: OCAK, s.2597; Aynı yönde Yarg. 7.HD. 2013/17130 E. 2013/10991 K. 11.06.2013 T.: *“Açıkça net olduğu belirtilmediği sürece brüt olarak talepte bulunulduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle hesap edilen fazla mesai ücretinin brüt miktar üzerinden tahsiline, yasal kesintilerin infazda gözetilmesine karar vermek gerekirken davacı vekilinin bu yöne ilişkin itirazı dikkate alınmadan yazılı şekilde net miktar üzerinden talebin kabulü hatalı olup bozma nedenidir.”*; Aynı yönde bkz. Yarg. 22.HD. 2012/11678 E. 2013/1303 K. 29.01.2013 T.; Yarg. 9.HD. 2011/13121 E. 2013/15434 K. 22.05.2013 T. Örneğin işçinin açtığı işçilik alacağı davasında, ücret hususunda davacı ve davalı arasında

üzerinden hesaplanacaktır⁴³¹. İşe başlatmama tazminatı, işçinin işverene samimi bir şekilde ve süresi içerisinde başvurusunun⁴³² ardından, işverenin işçiye açıkça işe başlatmayacağını bildirdiği tarihten yahut böyle bir bildirim yoksa bir aylık sürenin sonundan itibaren muaccel olacak⁴³³ ve ayrıca temerrüt ihtarına gerek kalmaksızın bu tarihten itibaren faiz⁴³⁴ işleyecektir⁴³⁵.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, İK m.21/son uyarınca boşa geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı, toplu iş sözleşmesi yahut bireysel iş sözleşmesiyle işçi lehine dahi olsa değiştirilemeyecek olup, kanun koyucu mutlak emredici bir hüküm getirmiştir⁴³⁶. Nitekim bahsedilen hükmün toplu iş sözleşmesi ve sözleşme özgürlüğünü güvence altına alan Anayasa maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılmışsa da, hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından ölçülülük ilkesine uygun bir denge oluşturduğundan bahisle iptal edilmemiştir⁴³⁷. Şunu da belirtmek gerekir ki, Yargıtay iş güvencesi kapsamı

ihtilaf bulunmaktaysa, Mahkeme’ce meslek odalarına sorulması durumunda, meslek odalarından gelen yanıtlarda belirlenen ücretin net mi brüt mü olduğu yazmıyor yahut anlaşılamıyorsa, hüküm kurmadan evvel bu hususun açıklığa kavuşturulması gerekir.: OCAK, s.2598; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2009/7132 E. 2011/6766 K. 14.03.2011 T.: “Yargılama sırasında ücret açısından yapılan inceleme hüküm kurmaya yeterli değildir. Yerel mahkemece yapılan ücret araştırmasına Kayseri Ticaret Odası’ndan verilen cevapta bildirilen ücretin net mi brüt mü olduğu anlaşılamamaktadır. Bu hususun ilgili merciden sorularak gelecek cevaba göre gerekirse bilirkişiden ek rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”.

⁴³¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.621; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.531; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.419; DEMİR, İş Hukuku, s.389; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.302; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.221; SÜMER, İş Hukuku, s.105.

⁴³² İşçinin işverene başvurusunun hukuki niteliğinin muacceliyet ihbarı olduğu ve bu başvuru haricinde ayrıca ihtar gerek kalmaksızın işverenin temerrüde düşeceği hususunda yukarıdaki açıklamalarımız aynen burada da geçerlidir bkz. s.75, dn. 359.

⁴³³ Yarg. 22.HD. 2017/24285 E. 2019/24240 K. 24.12.2019 T.: “İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır.”.

⁴³⁴ Faiz türü hususunda Yarg. 9.HD. 2007/32727 E. 2008/31214 K. 18.11.2008 T.: “Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.” şeklinde karar vermiştir; aynı yönde DEMİR, İş Hukuku, s.396; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.302; OCAK, s.1107.

⁴³⁵ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.533; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.302; DEMİR, İş Hukuku, s.396; SÜMER, İş Hukuku, s.105. Aksi yönde: Yarg. 22.HD. 2017/24285 E. 2019/24240 K. 24.12.2019 T.: “İşe başlatmama tazminatı yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. İşverenin dava tarihinden önce temerrüde düşürülmemiş olması halinde dava ve varsa ıslah tarihlerinden itibaren faize hükmedilir.”; OCAK, s.1107.

⁴³⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.625; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.305-306; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.223; SÜMER, İş Hukuku, s.105; GÜVEN/ AYDIN, s.185.

⁴³⁷ AYM 2003/66 E. 2005/72 K. 19.10.2005 T. 24.11.2007 R.G. S.26710.: “Sözleşme hürriyetine aykırı olduğu ileri sürülen kuralın, işverenler karşısında işçilerin zor durumundan yararlanılarak 21. maddede belirtilen haklarının sözleşmelerle ortadan kaldırılmasının ya da daraltılmasının önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu anlamda işçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler

dışındaki işçiler için toplu iş sözleşmesi ile sözleşmelerinin feshi hususunda işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı niteliğinde cezai şart öngörülmüşse, bu cezai şartın miktarı konusunda İK m.21/son uyarınca sekiz aylık ücretini geçemeyeceğini hüküm altına almaktadır⁴³⁸.



konusunda Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge oluşturulduğu görüldüğünden kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir".

⁴³⁸ Yarg. 9.HD. 2010/25818 E. 2012/9484 K. 21/03/2012 T.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKLI NEDENLE FESİHTE ŞEKİL

I. Genel Olarak

Öğretide, “Süresiz Fesih”, “Bildirimsiz Fesih”, “Olağanüstü Fesih”, “Önelsiz Fesih”, “Derhal Fesih” adlarıyla da ifade edilen haklı nedenle fesih, süresinin belirli yahut belirsiz olduğuna bakılmaksızın tüm iş sözleşmeleri için geçerli olan⁴³⁹, taraflardan birinin dürüstlük kuralı gereği iş ilişkisini devam ettirmesi kendisinden beklenemeyecek⁴⁴⁰ düzeyde güven temeli sarsılmış olması sonucu, bahsedilen tarafa sözleşmeyi derhal sona erdirmeye yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilebilir⁴⁴¹.

İş sözleşmesi, niteliği gereği karşılıklı güven temeline dayanan, kişisel ve sürekli borç⁴⁴² ilişkisi içeren bir sözleşme olup eğer temeli güven olan⁴⁴³ bu sözleşmeye aykırı bir durum yahut davranış nedeniyle iş ilişkisinin devamı katlanılamaz bir hal almışsa, taraflara derhal sözleşmeyi sona erdirebilme imkânı, tanınması gerekli bir çözüm yolu olup, bu ihtiyaç da haklı nedenle fesih kurumu ile

⁴³⁹ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.406; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.439; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.221; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.232; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 193; SÜMER, İş Hukuku, s. 110; KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU-ADA, s. 649; aynı yönde bkz. Yarg. HGK. 2019/9-331 E. 2019/633 K. 30.05.2019 T.: “Hukukumuzda “olağanüstü fesih”, “bildirimsiz fesih”, “süresiz fesih”, “önelsiz fesih”, “derhal fesih”, “muhik sebeple fesih” gibi terimlerle ifade edilen haklı nedenle fesih, TBK. madde 435, İş K. madde 24 ve 25; Deniz İş K. madde 14, 16; Basın İş K. madde 11’de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, haklı nedenle fesih kanunla tanınmış bir haktır. Bir tarafın işte bu haklı nedenle fesih hakkına dayanarak, karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanıyla iş sözleşmesine geçişe etkili olmaksızın derhal son vermesi, haklı nedenle fesih olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla İş Kanunu, haklı nedenle fesih hakkını “Haklı nedenle derhal fesih” başlığı altında düzenlemektedir.”.

⁴⁴⁰ Beklenmezlik kavramının değerlendirilmesi hususunda geniş bilgi için bkz. Gülsevil ALPAGUT, “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı – Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6347_9K7157B39V1.pdf, (14.05.2020), (Değerlendirme), s.76-80.

⁴⁴¹ Yarg. 9.HD. 2016/17914 E. 2020/6119 K. 22.06.2020 T.: “Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.”; ARSLAN-ERTÜRK, s. 294.

⁴⁴² Sürekli borç ilişkisi kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Pınar ALTINOK-ORMANCI, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 5-33.

⁴⁴³ Yarg. 9. H.D. 2008/14793 E. 2010/824 K. 21.1.2010 T.: “İş sözleşmeleri tarafların karşılıklı güvenine dayanan sözleşmelerdir. Bu güvenin ortadan kalkması halinde, güven sarsıcı durumla karşılaşan taraftan sözleşmeyi sürdürmesi beklenemez. Davacının bu davranışı güven sarsıcı davranış olup davalı tarafça iş sözleşmesi haklı olarak feshedildiğinden kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesi hatalıdır.”.

giderilebilecektir⁴⁴⁴. Sözleşmesel ilişkinin çekilmez bir hal alıp almadığı objektif iyi niyet kuralları gereği belirlenecektir.

Her şeyden önce İK m.24 ve İK m.25 uyarınca yapılacak haklı nedenle feshin ilk koşulu, iş sözleşmesinin sürekli olmasıdır⁴⁴⁵. Sürekli işler ise İK m.10 uyarınca nitelikleri gereği otuz iş gününden fazla süren işlerdir. Süreksiz işlerde çalışan işçilere uygulanacak haklı nedenle fesih hükmü ise İK m.10/2 yollamasıyla TBK m.435 hükmüdür⁴⁴⁶. 4857 Sayılı İş Kanunu’nun haklı nedenle feshe ilişkin 24 ila 26. Maddeleri iş güvencesi hükümleri olmadığından, ister bahsi geçen iş güvencesi hükümlerine tabi olsun ister bu hükümlere tabi olmasın⁴⁴⁷, iş kanunu kapsamına giren bütün işçiler açısından bu hükümler uygulama alanı bulabilecektir. Lakin, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin haklı nedenle fesih hakkını kullanması yahut bunlara karşı haklı nedenle fesih hakkının kullanılması durumu sonucunda ortaya çıkacak sonuçlar ile iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin haklı nedenle fesih hakkını kullanması yahut bunlara karşı haklı nedenle fesih hakkının kullanılması durumlarında ortaya çıkacak sonuçlar farklıdır. Çalışmamızın devamında bu ayrımın sonuçları ayrıntılı olarak ele alınıp, sonuçlarına değinilmeye çalışılacaktır.

4857 Sayılı İş Kanunu’nda, “haklı nedenle derhal fesih hakkı” başlıkları altında m.24 ve m.25 hükümleri getirilmiş bunlar ayrı ayrı işçi ve işveren açısından düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun dışında “derhal fesih” başlıklı TBK m.435 hükmü, BİK m.11 ve m.12 hükümleri, DİK m.14 hükmü de bu kanunlara tabi olanlar için haklı nedenle derhal fesih hükümleridir.

⁴⁴⁴ ARSLAN-ERTÜRK, s. 294.

⁴⁴⁵ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 220, SÜMER, İş Hukuku, s.110.

⁴⁴⁶ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.220.

⁴⁴⁷ Türk Borçlar Kanunu’nda iş güvencesi hükümlerine yer verilmemesinin, işçilerin nitelikleri ve çalışma koşulları değerlendirildiğinde, isabetsiz bir farklılık olduğu yönünde bkz. ÇELİK, s.8.

II. Haklı Neden Kavramı

4857 Sayılı İş Kanunu'nda haklı neden tanımı mevcut olmamakla⁴⁴⁸ birlikte kanun koyucu, taraflara İK m.24 ve İK m.25'te kimi zaman tahdidi sayım yoluyla kimi zaman tadadi sayım yoluyla, ne gibi hallerin haklı neden olduğunu göstermiştir. Bunlar, “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”, “zorlayıcı sebepler” ve “işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması”dır. Hangi olayların⁴⁴⁹ haklı sebep sayıldığıнын önceden tek tek belirlenmesi mümkün olmamakla⁴⁵⁰ birlikte, bu şekilde kazuistik bir yasa yapmak çok mantıklı gözükmemektedir. Nitekim kanun koyucu da örneğin İK m.25/2 başlığında “ve

⁴⁴⁸ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 193; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.220; aynı yönde bkz. Yarg. HGK. 2019/9-331 E. 2019/633 K. 30.05.2019 T.: “...İş sözleşmesi işçi ile işveren arasında kurulan ve her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, işçi ile işveren arasında karşılıklı güvene dayanan kişisel ve sürekli bir ilişki yaratır. Bu nedenle işçi veya işveren taraflarından birinin davranışı ile bu güveni sarsması hâlinde güveni sarsılan tarafın objektif iyi niyet kurallarına göre artık bu ilişkiyi sürdürmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda iş sözleşmesi ile bağlı kalamayacağı gerçeğinden hareket eden kanun koyucu, yaptığı düzenleme ile taraflara iş sözleşmesini haklı nedenle tazminatsız fesih hakkı tanımıştır...”; Yarg. 22.HD. 2016/14438 E. 2016/16489 K. 06.06.2016 T.: “...İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil, kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir...”.

⁴⁴⁹ Alışılmış haklı fesih sebeplerinin dışında sıra dışı haklı fesih sebepleri için bkz.: İşveren değişikliğinin haklı fesih imkânı verip vermeyeceği hususunda bir karar incelemesi için bkz. Seracetin GÖKTAŞ, “İşveren Değişikliğinin İşçiye İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesih İmkânını Verip Vermeyeceği Sorunu”, https://www.mess.org.tr/media/files/6346_ISM4H9K7MW2.pdf, (03.03.2020), (İmkân), s.66-92; Hepatit-B hastalığının işverene ve iş yerinde çalışan diğer işçilere sözleşmeyi derhal feshetme hakkı verip vermediği hususunda bir karar incelemesi için bkz. Hediye ERGİN, “İşyerinde Çalışan Bir İşçinin Hepatit-B Hastalığına Yakalanması Nedeniyle Diğer İşçilerin Sözleşmelerini Derhal Fesih Hakkı”, https://www.mess.org.tr/media/files/6447_XW6JLLLMVP6447_63116v0hajsicil-dergisi-mess.pdf, (10.04.2020), (Hepatit-B) s.56-64; İşçinin iş yerindeki başka bir işçiye sataşması durumunda işverence fesih hakkının kullanımı hususunda bir karar incelemesi için bkz. Hediye ERGİN, “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6555_X6YQIV063Isicil_34.indd.pdf, (Sataşma), s.71-89; sataşma hususunda ayrıca bkz. Sezgi ÖKTEM-SONGU, “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma””, https://www.mess.org.tr/media/files/6835_A3WK6F5Z5Ysicil_02.2018.pdf, (04.05.2020), (Sataşma), s.113-145; Kanun lafzındaki sataşma kavramının muğlak kalması sebebiyle bu kavram yerine “kişilik haklarına aykırılık teşkil eden her türlü söz ve davranış” kavramının kullanılmasının yerinde olacağı yönünde bkz. ÖKTEM-SONGU, (Sataşma), s.115. İş sözleşmesinin kurulmasından önce sözleşme görüşmeleri esnasında tarafların birbirlerini yanıltması durumunda haklı nedenle fesih hakkına ilişkin bkz. Damla GÜRPINAR, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, (Tavsiye), s.71-72.

⁴⁵⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 222; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.221.

benzerleri” ibaresi kullanarak bunların tahdidi sayılmadığını belirtmek istemiştir⁴⁵¹. Bu sebeplerle hukuksal unsurlarını belirterek haklı neden kavramını tanımlamak ve bu tanıma uyan olay ve durumları haklı neden olarak kabul etmek uygun olacaktır⁴⁵². Yine kanun koyucu TBK m.435/2’de sözleşmenin taraflarından birinin dürüstlük kurallarına göre sözleşmeyi sürdürmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda, bu durumun o taraf için haklı sebep sayılacağını işaret ederek dürüstlük kurallarına atıf yapmış ve “beklenemezlik ölçütünü”⁴⁵³ kriter olarak belirlemiştir. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi de iş sözleşmesinde haklı nedenin bulunup bulunmadığı araştırılırken, ahlak kuralları ile dürüstlük kuralı gereğince, taraflardan birinden borcunu ifa etmesinin beklenebilip beklenemeyeceğinin irdelenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁴⁵⁴.

4857 Sayılı İş Kanunu’nun haklı nedenleri tahdidi şekilde düzenlediği maddelerde, TBK m.435 uyarınca kıyas yoluyla bu tahdidi maddelere yenilerini eklemek mümkün değildir⁴⁵⁵. Lakin bu kapsamda haklı neden olamasa da geçerli neden olarak değerlendirilmesine de bir engel bulunmamaktadır⁴⁵⁶. Şunu da belirtmek gerekir ki İK m.25/2 gibi açıkça tahdidi sayıma gidilmeyen haklı fesih sebeplerinde TBK m.435 hükmüyle birlikte değerlendirilip kıyas yoluyla bir sonuca varmakta sakınca yoktur.

İK m.24 ve İK m.25 hükümleri niteliği gereği emredici hükümler olduğundan, adı geçen maddelerde tahdidi sayıma gidilen fıkralara dahil olmayan hallerin, taraflar arasındaki sözleşmede haklı neden olarak belirtilmesi yahut tahdidi sayıma gidilen fıkralara dahil olup da tarafların arasındaki sözleşmede haklı neden olarak sayılmayacağının kararlaştırılması, bu belirtilen durumların sırasıyla haklı neden olarak kabul edileceği yahut edilmeyeceği anlamına gelmeyecektir⁴⁵⁷. Sözleşmeye bu

⁴⁵¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.232; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.221; İK m.24/2.bent ile İK m.25/2.bent’de sayılmış hallerin tümünü, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi için gerekli ağırlıkta olmadığı yönünde bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.221.

⁴⁵² ARSLAN-ERTÜRK, s.295.

⁴⁵³ Hukukta “beklenemezlik”, “bir tarafın borçlandığı edimin ifasının önünde ortaya çıkan ve ifayı çok güçleştiren bir hal, yani çok ciddi sıkıntılarla aşılabilecek bir ifa engeli karşısında artık o tarafın borcunu ifa etmemesi nedeniyle sözleşmeye aykırı davrandığının, buna göre de kusurlu olduğunun dürüstlük kuralı gereği söylenememesidir.” Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.222, SÜMER, İş Hukuku, s.109.

⁴⁵⁴ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.220.

⁴⁵⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.227; Aksi yönde, NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.418.

⁴⁵⁶ ARSLAN-ERTÜRK, s. 297.

⁴⁵⁷ DEMİR, İş Hukuku, s. 418; ayrıca bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.470-475.

yönde dahil edilecek hükümler TBK m.27 gereği kesin olarak hükümsüz olacaktır. Lakin tarafların TBK m.27/2 hükmüne göre sözleşmenin tamamını kesin olarak hükümsüz hale getirebilme hakları saklıdır.

Önemi nedeniyle belirtilmelidir ki, İş Kanunu hükümleri kural olarak “*Nispi Emredici*” niteliktedir ve “*Kamu Düzeni*” ile ilgili sınırlayıcı etki sadece işveren için söz konusudur, toplu iş sözleşmesine işçi yararına olarak İK m.17 ve m.25 maddelerinden farklı hükümler konulabilecektir⁴⁵⁸. Lakin bunu yaparken dahi haklı fesih nedenlerini ortadan kaldıracak şekilde değil, fesih koşullarının ağırlaştırılması yahut uygulama alanının daraltılması şeklinde yapılması gerekir⁴⁵⁹. Örnek vermek gerekirse, işçinin otuz günlük ücretiyle ödeyemeyecek miktarda zarar vermesi halinde kanunun işverene verdiği haklı sebeple derhal fesih hakkı, tarafların anlaşmasıyla kırk günlük hatta iki aylık ücretine tekabül edecek zarar miktarına kadar artırılabilir lakin yine bu hakkın kullanımını engelleyecek şekilde örneğin bir yıllık ücreti tutarındaki zarar miktarına kadar artırılmayacaktır⁴⁶⁰. Bu noktada önemli olan, hakkın özüne dokunmamak, onu ortadan kaldıran yahut kullanılmasını olağanüstü güçleştiren, etkisizleştiren⁴⁶¹ yahut imkansız kılan hükümler kabul etmemektir⁴⁶².

Nitekim Yargıtay da örneğin toplu iş sözleşmesinde işçinin iki gün üst üste işe gitmemesi halinde yevmiye kesme cezasına çarptırılmasının öngörölmüş olması karşısında, İK m.25 hükmü yerine bu cezanın uygulanması gerektiğine

⁴⁵⁸ DEMİR, İş Hukuku, s. 419; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.227; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 193; SÜMER, İş Hukuku, s.110-111; aynı yönde Yarg. 9.HD. 1970/101 E. 1970/3487 K. 10.04.1970 T.: “*İş Kanunu’na ait hükümlerin, kural olarak, nispi emredici hükümler olduğu şüphe dışıdır. Şu anlamdaki, iş kanununda öngörülen, haklar işçi için asgari olup bir taban teşkil eder: bu tabanın üstüne çıkılabilir, lakin altına inilemez. Bir başka söyleyişle, kamu düzeninin sınırlayıcı etkisi, kural olarak, sadece işveren için söz konusu olur.*”; Yarg. 9.HD. 1982/3149 E. 1982/4503 K. 04.05.1982 T.: “*Davacı daha önceki tarihlerde bir ayda üç iş günü işine devam etmemiş ise de, davalı bu sebepten dolayı iş aktini fesih yoluna gitmemiş, ancak müteaddit defa özürsüz olarak göreve geç gelmesi nedeniyle, toplu iş sözleşmesinin özürsüz olarak göreve geç gelmeyi veya erken ayrılmayı alışkanlık haline getirenlerin işten çıkarılacağı hükmüne dayanarak iş aktini feshetmiştir. Ancak böyle bir durumun 1475 sayılı İş Kanunu’nun 17. maddesinin 2. bendinde gösterilen bildirimsiz tazminatsız fesih sebepleri arasında gösterilmemiştir. Anılan kanun maddesindeki hükümler işçi aleyhine genişletilemez. Bu itibarla davanın feshe dayanak gösterdiği TİS hükmü kanuna aykırı olup geçersizdir.*”.

⁴⁵⁹ DEMİR, İş Hukuku, s. 419; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 193; SÜMER, İş Hukuku, s.111.

⁴⁶⁰ DEMİR, İş Hukuku, s. 419.

⁴⁶¹ Fesih hakkının etkisizleştirilmesi konusunda geniş bilgi için bkz. BİRBEN, Etkisizleştirme, s.462-464.

⁴⁶² DEMİR, İş Hukuku, s. 419; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.228; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 193; SÜMER, İş Hukuku, s.111.

hükmetmiştir⁴⁶³. Ayrıca Yargıtay işten çıkarmalarda Toplu İş Sözleşmesi hükümleri uyulmaması durumunda öngörülen cezai şartı da geçerli saymış lakin fahiş görülen cezai şartı TBK m.182 uyarınca indirimine tabi tutmuştur⁴⁶⁴.

III. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılması ve Şekli

A. Genel Olarak

Haklı nedenle fesih hakkının doğması iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmeyi, lehine haklı nedenle fesih hakkı doğmuş olan taraf, bu hakkını kullanıp kullanmamak konusunda herhangi bir baskı yahut dış etkene maruz kalmaksızın serbesttir⁴⁶⁵. Lakin işveren, haklı fesih yolunu işletme imkânı olmasına rağmen sürekli feshe başvurduğu takdirde, sonradan bu konuda yanlışlığa düştüğünü iddia edemez⁴⁶⁶. Haklı nedenin doğması sadece sözleşmeyi sona erdirebilme hakkını ve olanağını sağlayacaktır⁴⁶⁷. Feshin gerçekleşebilmesi için söz konusu hakkın İK m.24, m.25 ve m.26 hükümleri uyarınca ve TBK m.435 hükmü de dikkate alınmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi takdirde haksız fesih durumu meydana gelecek, bunun hüküm ve sonuçlarına tabi olunacaktır.

⁴⁶³ Yarg. 9.HD. 1997/17214 E. 1997/21011 K. 09.12.1997 T.; Yarg. HGK. 1997/9-451 E. 1997/772 K. 08.10.1997 T.: “İşyerinde uygulanmakta olan Toplu İş Sözleşmesinin 60. maddesine göre, fesih işleminin disiplin kurulundan geçirilmesi gerekmektedir. Bu tür hükümler işçi yararına getirilmiş olup fesih işleminin tekemmülü için ön koşuldur. Böyle olunca disiplin kurulundan geçirilmeksizin davacının hizmet sözleşmesinin feshedilmiş olması başlı başına feshin haklı nedene dayanmadığı sonucunu doğurur. Dairemizin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen kararlılık kazanmış uygulaması da bu doğrultudadır.”.

⁴⁶⁴ Yarg. 9.HD. 1991/11567 E. 1991/13949K. 06.11.1991 T.: “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle her ne kadar mahkemece TİS'nin 20. maddesinde yer alan “işten çıkarmada yukarıdaki sıraya uyulmadığı takdirde işçiye ihbar ve kıdem tazminatı işverence üç misli olarak ödenir” biçimindeki ibare kıdem ve ihbar tazminatı niteliğinde görülüp kıdem tazminatı yönünden tavan sınırı gözetilerek bir indirim yapılmış ve TİS'nin anılan kuralı yanlış yorumlanmış ise de anılan hüküm aslında cezai şart niteliğinde olduğu ve mahkemece sonucu itibarıyla ayrıca indirimde de tabi tutulmuş olduğuna göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibarıyla doğru olan kararın onanmasına.”.

⁴⁶⁵ DEMİR, İş Hukuku, s. 398; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 223; SÜMER, İş Hukuku, s.109; GÜVEN/AYDIN, s.214, Haklı sebeple fesih hakkının kullanılması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. ALTINOK-ORMANCI, s.172-191.

⁴⁶⁶ GÜVEN/AYDIN, s.214. Aynı yönde Yarg. 7.HD. 2013/19425 E. 2014/3950 E. 17.02.2014 T.: “İşveren işçiye bildirdiği fesih sebebi ile bağlıdır. Bu nedenle işverenin haklı fesih sebebinin var olduğu bu nedenle haklı fesih yapılacaktan hataen geçerli fesih bildirimde bulunulduğuna dair savunmasına itibar edilemez.”.

⁴⁶⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.440.

Şunu da belirtmekte fayda vardır ki haklı nedenle feshe ilişkin İş Kanunu'nun ilgili hükümleri, iş güvencesine tabi olsun olmasın iş kanununa tabi bütün iş ilişkileri için geçerlidir⁴⁶⁸. Lakin tabi ki iş güvencesine tabi iş ilişkileri ile iş güvencesine tabi olmayan iş ilişkilerini haklı nedenle feshinin sonuçları birbirinden farklı olacaktır.

B. Fesih Beyanının Muhataba Yöneltilmesi

İş ilişkisinin taraflarından biri eğer iş ilişkisini haklı nedenlerle derhal feshetmek istiyorsa bu iradesini yukarıda anlatılan şekilde ortaya koymalı ve bu fesih iradesinin muhatabı olan karşı tarafa yöneltilmelidir aksi takdirde feshe ilişkin bir işlem söz konusu olmayacaktır⁴⁶⁹. Fesih beyanının karşı tarafa yöneltilmesi durumunda feshin hangi anda gerçekleşmiş sayılacağı sorusunun cevabını TMK m.5 yollamasıyla Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerinde aramamız gerekmektedir. Nitekim yüz yüze yapılan fesihlerde (hazırlar arası), fesih beyanının derhal hüküm doğuracağı konusunda şüphe yoktur zira varma ile öğrenme arasında zaman farkı yoktur. Bir vasıta kullanılması durumunda (hazır olmayanlar arası) fesih beyanı karşı tarafa varmasıyla hüküm doğurur, karşı tarafın daha sonra öğrenmesi bu sonucu değiştirmez, karşı tarafın egemenlik alanına fesih iradesinin girmesiyle, fesih hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁴⁷⁰. Fesih beyanı belirli koşullar altında geri de alınabilecektir. Geri alma fesih beyanından önce karşı tarafa ulaşmışsa yahut aynı anda ulaşması koşuluyla karşı taraf geri alma beyanını daha önce öğrenmişse, geri alma beyanı geçerli olarak kabul edilecektir⁴⁷¹. Fesih beyanı, geleceğe etkili olarak sözleşmeyi sona erdirecektir bundan dolayı fesih anına kadar doğmuş olan sözleşme hükümleri, fesihten etkilenmeyecek, fesih hüküm ve sonuçlarını ileriye etkili olarak doğuracaktır⁴⁷².

⁴⁶⁸ ARSLAN-ERTÜRK, s. 297.

⁴⁶⁹ Yarg. 9.HD. 2016/17914 E. 2020/6119 K. 22.06.2020 T.: “İş sözleşmesi taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasıyla ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür. Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.”; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 222-223; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 204; SÜMER, İş Hukuku, s.109.

⁴⁷⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.226; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 205; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.41; SÜMER, İş Hukuku, s.110; GÜVEN/AYDIN, s. 197.

⁴⁷¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.226.

⁴⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.226; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 204.

Fesih beyanının açık ve kesin bir şekilde karşı tarafa yöneltilmesi konusunda öğretide tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre fesih beyanının yöneltilmesi konusunda İK m.25 hükmü uyarınca yapılacak derhal fesihlerde, feshin usulüne ilişkin m.19 hükmü (İK m.25/son atfı gereği) her ne kadar uygulanmayacak olsa da İK m.20/1 ve İK m.21/1 hükümleri fesih bildirimlerinden sebep gösterilmesi gerekliliğini ve bu gerekliliğe uyulmaması durumunda ne gibi sonuçlarla karşılaşılacağını düzenlemektedir, bu nedenle madde hükümleri bir arada düşünüldüğünde, işveren tarafından yapılacak derhal fesihlerde işverenin fesih nedenini belirtmesi gerektiği ve bu nedenlerin herhangi bir duraksamaya yol açmayacak şekilde olması gerektiği sonucuna varılmalıdır⁴⁷³. İş Kanunu'na tabi olup iş güvencesi hükümlerinden yararlanacak işçiler açısından yukarıdaki görüşe katılmaktayız. Lakin İş Kanunu'na tabi olup iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçiler ile İş Kanunu'na tabi olmayıp Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan işçiler açısından uygulama alanı bulacak TBK m.435 hükmü fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi konusunda yeterli midir bunu tartışmak gerekmektedir. Bahsedilen hükümde, ilişkiyi haklı nedenle feshedecek tarafa fesih sebebini salt yazılı olarak bildirme yükümlülüğü yüklenmişse de kanımızca burada amaçsal yoruma başvurulmalı, TBK m.435'teki fesih sebebinin yazılı olarak belirtilmesi yükümlülüğünün -tıpkı yukarıda İK m.20/1 ve İK m.21/1'de yapılan değerlendirmenin paralelinde- açık ve kesin bir şekilde, herhangi bir duraksamaya yer vermeden yerine getirilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Bu maddeleri sadece işveren haklı feshi penceresinden düşünmemek gerekir, İş Kanunu'na tabi işçiler için m.24 hükmü gereği ve İş Kanunu'na tabi olmayan işçiler için TBK m.435 hükmü gereği, sözleşmeyi feshedecek tarafın işçi olması halinde, her iki grup işçi için de TBK m.435 hükmü uygulama alanı bulacak ve fesih sebeplerini yazılı, açık ve kesin bir şekilde işverene bildirmeleri gerekecektir. Lakin salt bu yükümlülüğe uymayan işçiler, haksız fesih rejimine tabi tutulmamalıdır. Bu husustaki tartışmalara ve Yargıtay uygulamasına aşağıda ayrıntılı olarak değinileceğinden burada daha fazla açıklama yapmaktan imtina etmekteyiz⁴⁷⁴.

Öte yandan, sözleşmeyi haklı nedenle fesheden taraf, karşı tarafa fesih nedenini

⁴⁷³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.223-224; SÜZEK, İş Hukuku, s.696 vd.; Aksi yönde bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s.439; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 204.

⁴⁷⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm- III- E.

bildirmişse, daha sonra sözleşmeyi başka bir nedenle feshettiğini ileri süremeyecektir⁴⁷⁵.

İş ilişkisinin taraflarının sözleşmeyi karşılıklı olarak feshetmesi durumunda, feshin hukuki sonuçlarının ortaya konabilmesi açısından, karşılıklı fesih bildirimlerinden hangisinin önce gerçekleştiği ve hangisinin haklı olduğunu saptamak gerekir⁴⁷⁶.

C. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılabileceği Süre

İK m.26 gereği, İK m.24/2 ve İK m.25/2 uyarınca yapılacak haklı nedenle fesihlerde, taraflara altı iş günü ve bir yıllık iki çeşit süre tanımıştır. Madde uyarınca fesih hakkı, bu hakka sahip olan tarafın, diğer tarafın ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı olarak ilişkideki güven temelini sarstığını öğrendiği günden itibaren altı iş günü içerisinde ve her halükârda bu tarz fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde kullanılabilir⁴⁷⁷. Lakin, somut olayda işçi yahut işveren ekonomik bir çıkar sağlamaktaysa (Örneğin işçi işverenden bir mal çaldıysa) bu bir yıllık üst sınır uygulanmaz⁴⁷⁸. Şundan da bahsetmek gerekir ki ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller harici yapılacak haklı nedenlerle fesiHLere ilişkin İK m.26’da yahut başka bir kanunda düzenleme bulunmadığından, altı iş günlük ve bir yıllık süreler bu hallerde uygulanmayacak⁴⁷⁹ ve haklı nedenle fesih hakkını öğrenen taraf dürüstlük kuralı

⁴⁷⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.439; DEMİR, İş Hukuku, s. 397; MOLLAMAHMUT OĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.224; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 204; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.234; SÜMER, İş Hukuku, s.110; GÜVEN/AYDIN, s.199; ayrıntılı bilgi için bkz.; Gaye BAYCIK, “İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42634/513917>, (06.08.2019), (Değiştirme), s.121-124; aynı yönde Yarg. 7.HD. 2013/19425 E. 2014/3950 E. 17.02.2014 T.: “İşveren işçiye bildirdiği fesih sebebi ile bağlıdır.”.

⁴⁷⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.692; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.439-440.

⁴⁷⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.475; DEMİR, İş Hukuku, s.421; MOLLAMAHMUT OĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.224; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.248; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 205; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.235; SÜMER, İş Hukuku, s.118; GÜVEN/AYDIN, s.216; OCAK, s.931; bu hüküm hakkında geniş bilgi için bkz. Ertan İREN, “Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan, C. II, İstanbul, 2011, s.1335-1342.

⁴⁷⁸ Madde gerekçesi: “Ülkemizde son yıllarda, özellikle bankacılık alanında yaşanan kötü niyetli davranışlar dikkate alınmış ve işçinin maddi bir çıkar sağlaması durumunda bir yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmayacağı belirtilmiştir.” şeklindedir; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.225; OCAK, s.931.

⁴⁷⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 690; DEMİR, İş Hukuku, s.421; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 205; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.235; SÜMER, İş Hukuku, s.118-119, BİRBEN, Etkisizleşme, s.463.

gereği bu hakkını kötüye kullanma anlamına gelmeyecek “makul süre”⁴⁸⁰ içerisinde kullanması gerekecek, aksi takdirde fesih iradesinin hiç oluşmadığı yahut bu iradenin zaman içerisinde köreldiği veya kaybolduğunu kabul etmemiz gerekecektir, bu süreler her olayın somut özelliğine göre değişiklik gösterebilecektir, somut olayın özelliğine göre tayin edilecek uygun sürenin geçmesinin ardından yapılacak fesihler ise hukuka uygun feshin sonuçlarını doğurmayacak, haksız fesih rejimine tabi olacaktır.

Yukarıdaki altı iş günü ve bir yıllık süreler, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan hak düşürücü süre⁴⁸¹ olup bu sürenin - zamanaşımı süresinin aksine- kesilmesi yahut durması söz konusu değildir⁴⁸². Öte yandan bahsedilen süreler hak düşürücü süreler olduğu için, haklı nedenle fesih hakkının bu süreler içinde kullanılıp kullanılmadığı konusunu yargıç re’sen göz önünde bulundurmalıdır⁴⁸³. Bu sürelerin geçmesinin ardından yapılacak fesihler hukuka uygun feshin sonuçlarını doğurmayacak, haksız fesih özelliğini taşıyacak ve haksız feshin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁴⁸⁴. Fesih iradesinin bu süreler içerisinde açığa vurulması yeterli olup, karşı tarafa bu süreler içerisinde ulaşp

⁴⁸⁰ Makul süre kavramının etkisizleşmesi konusunda bkz. BİRBEN, Etkisizleşme, s.468-476.

⁴⁸¹ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.411; DEMİR, İş Hukuku, s. 422; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.224; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 205; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.235; SÜMER, İş Hukuku, s.119; GÜVEN/AYDIN, s.216; KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU-ADA, s.746; OCAK, s.931; aynı yönde bkz. Yarg. HGK. 2015/9-2886 E. 2017/1408 K. 22.11.2017 T.: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun 26. maddesine göre iş sözleşmesinin ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan hâllere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Maddede belirtilen bu süreler hak düşürücü süre olup resen gözetilmesi gerekmektedir.”.

⁴⁸² SÜZEK, İş Hukuku, s. 690; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.476; MOLLAMAHMUT OĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.224; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 205; Yarg. 9.HD. 1998/4460 E. 1998/5972 K. 30.03.1998 T.; Yarg. 9.HD. 1998/13590 E. 1998/15501 K. 21.11.1998 T.

⁴⁸³ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.412; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.476; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.224; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 205; GÜVEN/AYDIN, s.216; KILIÇOĞLU/ KILIÇOĞLU-ADA, s.746; OCAK, s.932; aynı yönde bkz. Yarg. HGK. 2015/9-2886 E. 2017/1408 K. 22.11.2017 T.: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun 26. maddesine göre iş sözleşmesinin ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan hâllere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Maddede belirtilen bu süreler hak düşürücü süre olup resen gözetilmesi gerekmektedir.”.

⁴⁸⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s. 690; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.416; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.476; DEMİR, İş Hukuku, s.421; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.224; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 205; GÜVEN/AYDIN, s.216; OCAK, s.931; aynı yönde bkz. Yarg. HGK. 2015/9-2886 E. 2017/1408 K. 22.11.2017 T.: “Haklı neden bulunmasına rağmen lehine haklı neden ortaya çıkan taraf belirtilen süre içerisinde fesih iradesini kullanmazsa ya da bu süre aşıldıktan sonra fesih iradesini ortaya koyması durumunda fesih haksız hale geleceğinden işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanacağı açıktır.”.

ulaşmaması önem taşımamaktadır, bu sürelerin örneğin postadaki yahut resmi yazışmalardaki gecikmeler sebebiyle geçmesi hak düşürücü sürenin geçmesi olarak değerlendirilemez⁴⁸⁵.

Altı iş günlük sürenin başlangıcı, mağdur tarafın, ilişkideki güven temelini tahrip eden tarafa ait bu fiili ve bu fiilin failini öğrendiği günden itibaren başlayacaktır⁴⁸⁶. Bu noktada zan yahut tahmin yeterli değildir⁴⁸⁷. Yargıtay’a göre sürenin başlangıç tarihi olayı öğrenme günü hesaba dahil edilmeksizin takip eden iş günleri sayılarak hesaplanır, altıncı iş gününün sonunda haklı nedenle fesih hakkı kullanılamaz⁴⁸⁸. Yargıtay’a göre altı iş günlük süreye “hafta tatili” ile “ulusal bayram ve genel tatil günleri” dahil değildir⁴⁸⁹. Yargıtay’a göre toplu iş sözleşmesi ile iş

⁴⁸⁵ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.235; Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD. 2008/32617 E. 2009/21650 K. 20.07.2009 T.

⁴⁸⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s. 691; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 205; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2012/2207 E. 2012/42609 K. 13.10.2012 T.

⁴⁸⁷ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.235; aynı yönde Yarg. 9.HD. 1999/1764 E. 1999/3828 K. 02.03.1999 T.: “İşverenin olay hakkında gerekli araştırma ve incelemeyi yaptırarak bir tereddütte mahal vermeyecek şekilde olayı öğrendiği tarih altı iş günlük sürenin başlangıcı olarak kabul edilmelidir.”; Yarg. 9.HD. 2010/26738 E. 2010/20549 K. 25.06.2010 T.: “Ancak failin ve fiilin veya haklı fesih nedeninin doğup doğmadığının öğrenilmesi bir soruşturmayı veya örneğin işçinin verdiği zarar miktarının belirlenmesi gibi bir araştırmayı gerekli kılıyorsa, söz konusu altı iş günlük süre soruşturmanın bitiminden itibaren başlar.”.

⁴⁸⁸ Yarg. 9.HD. 2012/2207 E. 2012/42609 K. 13.10.2012 T.: “Altı iş günlük süre işçi ya da işverenin haklı nedenle feshe neden olan olayı öğrendiği günden itibaren işlemeye başlar. Olayı öğrenme günü hesaba katılmaksızın, takip eden iş günleri sayılarak altıncı günün bitiminde haklı nedenle fesih yetkisi sonra erer. İşverenin tüzel kişi olması durumunda altı iş günlük süre feshe yetkili merciin öğrendiği günden başlar. Olayın feshe yetkili kişi ya da kurula intikal ettirildiği gün altı iş günlük sürenin başlangıcını oluşturur. Bir yıllık süre ise her durumda olayın gerçekleştiği gün başlar.”; aynı yönde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.225; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.249; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 205; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.235.

⁴⁸⁹ Yarg. HGK. 2015/9-2886 E. 2017/1408 K. 22.11.2017 T.: “Davacı işçinin bu savunması üzerine davalı işveren tarafından 06.05.2009 tarihli fesih bildirimi ile davacının 7-8-9-10.04.2009 tarihlerinde raporlu olduğunu belgelediği, 06.04.2009 ile 21-22-24.04.2009 tarihlerinde kabul edilebilir bir mazeretle işe gelmediğinin anlaşılması karşısında iş sözleşmesinin 06.05.2009 tarihi itibarıyla 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 25/2-g bendi uyarınca haklı sebeple feshedildiği bildirilmiştir. İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkânı vermez. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı sebeple fesih imkânı bulunmamaktadır. İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir. Somut olayda davalı işveren davacı işçinin devamsızlığının haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktasında iki kez ihtarname keşide ederek devamsızlığının nedenini araştırmıştır. Bu araştırma ile davacıdan varsa devamsızlığının haklı nedene dayandığına dair belgeleri sunması istenmiştir. Devamsızlığın bir bölümünün haklı bir nedene dayanmadığının davalı işverenin tarafından öğrenildiği tarih ise savunmanın alındığı 29.04.2009 tarihidir. Kaldı ki davalı işveren, davacı işçinin savunmasında devamsızlığının haklı bir nedene dayandığına dair sağlık raporu sunduğu 07-10.04.2009 tarihleri arasındaki mazerete dayalı devamsızlığını da fesih gerekçesi yapmamıştır. Bu delil durumu karşısında, davalı işveren yönünden 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 26. maddesinde belirtilen altı iş günlük hak düşürücü sürenin başlangıç tarihinin savunmanın alındığı 29.04.2009 tarihi olduğu anlaşılmıştır. Davalı iş yerinde iş gününün haftanın beş günü olduğu, hafta sonları çalışma bulunmadığı dosyaya sunulan Bölge Çalışma Müdürlüğü’nün raporu ile de sabittir. Bu durumda hafta sonları ile 1 Mayıs (Emek ve Dayanışma Günü)

akdinin feshine bir disiplin soruşturması sonucu karar verileceği öngörülmüşse, İK md.26'daki hak düşürücü süre feshe yetkili kişi yahut organın soruşturma sonucunu öğrendiği günden itibaren başlayacaktır⁴⁹⁰ bununla beraber, bir soruşturmayı gerektiren durumlarda da, olayın öğrenildiği tarihten en geç altı işgünü içinde disiplin kuruluna intikal ettirilmiş olması zorunludur⁴⁹¹. Lakin her ne kadar altı iş günlük süre, fesih hakkı olan tarafın, olayın fiilini ve failini öğrendiği günden itibaren başlasa da, bir yıllık süre (maddi çıkar sağlama durumu hariç) her halükarda olayın gerçekleştiği tarihten itibaren başlar yani fesih hakkı olan taraf olayın geçmesinin üzerinden bir yıl sonra güven temelini tahrip eden olayı öğrenip üzerine bu tarihten itibaren fesih hakkını kullanırsa, haksız feshin hüküm ve sonuçlarıyla karşı karşıya kalacaktır⁴⁹². Aynı şekilde olayın gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl dolmasına altı iş gününden daha az bir süre kala öğrenilmişse, fesih hakkının, kalan süre içinde kullanılması gerekecektir⁴⁹³.

Haklı nedenle derhal fesih kim tarafından gerçekleştirildiyse, o tarafın sözleşmenin altı iş günü içerisinde feshedildiğini ispat etmesi gerekir⁴⁹⁴.

Altı iş günlük süre, feshe sebep olan ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı olay temadi gösterdiği sürece başlamayacak olup⁴⁹⁵ yine bir yıllık sürenin başlangıcı ahlak

resmî tatil günü dışlandığında, öğrenme tarihi olan 29.04.2009 tarihi ile fesih tarihi arasında yasal altı iş günlük sürenin geçmediği sonucuna varılmıştır. Hâl böyle olunca, haklı neden olmaksızın davacı işçinin yaptığı devamsızlığın davalı işveren tarafından öğrenildiği tarih olan 29.04.2009 tarihinden fesih tarihine kadar altı iş günlük yasal sürenin aşılmadığı ve haklı feshin süresinde yapıldığı sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken, temadinin kesildiği tarihin 24.04.2009 tarihi olduğu ve bu tarihten fesih tarihine kadar geçen sürede altı iş günlük süre aşıldığından bahisle davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır. Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.”; aynı yönde bkz. Yarg. 9.HD. 1979/2732 E. 1979/3884 K. 12.03.1979 T.; aynı yönde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.225.

⁴⁹⁰ Yarg. 9.HD. 1998/13233 E. 1998/15588 K. 04.11.1998 T.; aynı yönde YHGK 1985/9-11 E. 1985/716 K. 20.09.1985 T.; aynı yönde OCAK, s.931.

⁴⁹¹ Yarg. 9.HD. 1998/8300 E. 1998/10068 K. 18.06.1998 T.

⁴⁹² TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.235; ARSLAN-ERTÜRK, s. 301.

⁴⁹³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.225.

⁴⁹⁴ Yarg. 9.HD. 1998/13711 E. 1998/15477 K. 02.11.1998 T.: “Davacı fesih dilekçesinde sağlığının bozulmasını neden göstermişse de bu hususu kanıtlayamamıştır. Davacı bunun dışında İş Yasasının 16. maddesindeki diğer hallerin varlığı hususunda delil de ibraz edememiştir. Hizmet aktinin İş Kanunu'nun 16. maddesi gereğince feshedildiğinin kanıklanması külfeti davacıya aittir. Bu nedenlerle davacının haklı nedenlerle hizmet akdinin feshedildiği kabul edilerek kıdem tazminatına hükmedilmesi hatalıdır. Karar bu nedenle bozulmalıdır.”.

⁴⁹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.691; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 205; OCAK, s.931; aynı yönde Yarg. HGK. 2015/9-2886 E. 2017/1408 K. 22.11.2017 T.: “Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır. Görüldüğü üzere devamsızlık niteliği itibariyle temadi eden bir davranış olup iş sözleşmesinin bu sebeple feshi için temadinin kesildiği tarihten itibaren altı iş günlük süre işlemeye başlayacaktır.”; Yarg. 9.HD. 1995/26081 E. 1995/34799 K. 28.11.1995 T.: “Ne varki altı iş günlük

ve iyi niyet kurallarına aykırı olay temadi gösterse dahi sözleşmenin ilk ihlal edildiği tarihten itibaren başlayacaktır⁴⁹⁶.

Öte yandan Türk Borçlar Kanunu'na tabi ilişkiler bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda bir sürenin öngörülmemiş olması da yine bu hakkın keyfi olarak istenilen sürede kullanılabileceği anlamına gelmeyecektir zira TMK m.2/2 gereği bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacaktır. Yukarıda iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı haller harici yapılacak fesihler için hakkın kullanılabileceği süre konusundaki görüşlerimiz burada da aynen geçerlidir. Yani uzun beklemler sonucu karşı tarafa uygun bir süre içinde yöneltilmeyen fesih beyanları hukuka uygun feshin sonuçlarını doğurmayacak, haksız feshin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁴⁹⁷.

BİRBEN, bu noktada uygulamadaki problemlerden başka birine daha değinmektedir: “...Burada tartışılacak diğer bir husus, işverenin yasada öngörülen hak düşürücü sürenin bitimine çok kısa bir süre kala fesih hakkını kullanmak istemesi halinde etkisizleşmenin söz konusu olup olamayacağıdır. Söz gelimi, ard arda iki iş günü devamsızlık yaptıktan sonra ertesi gün işe başlamış olan işçinin iş sözleşmesinin son devamsızlığını takip eden altıncı iş günü feshedilmek istendiğinde işçi buradaki fesih hakkının etkisizleştiğini ileri sürebilecek midir? Kural olarak, fesih iradesinin hak düşürücü sürenin ilk günü kullanılması ile son günü kullanılması arasında bir fark gözetilemez. Hak sahibi, hakkını kullanmakta acele etmeye zorlanamayacağından, onun süreyi son ana kadar kullanmak istemesi nedeniyle hakkının etkisizleştiğinin kabulü mümkün olmamak gerekir.”⁴⁹⁸ Bu hususta *BUZ*, yenilik doğuran hakkını kullanacak hak sahibine kısa hak düşürücü süre verilmiş ve hak sahibi hakkını kasten kullanmakta gecikmişse fesih hakkının etkisizleşeceğini belirtmektedir⁴⁹⁹. *BİRBEN*, bu görüşten hareket edildiğinde, işverenin haklı nedenle

sürenin davalı işveren tarafından geçirilmesi nedeni ile feshin haksız olduğu sonucuna varılarak, bakiye süre için ücret talebi kabul edilmişse, dosyada mevcut bozuk imalatlarla ilgili tutanaklardan, davacının kusurlu davranışının devam etmekte olduğu böylece altı iş günlük sürenin geçirildiği görüşüne değer verilemeyeceği açık seçik ortadadır. Böyle olunca bakiye ücrete ilişkin isteğin reddine karar verilmesi gerekir. Yazılı şekilde hüküm tesisi haklı olup, bozmayı gerektirmiştir.”.

⁴⁹⁶ Nitekim Yargıtay da bir kararında “işçilerin işi yavaşlatma ve üretimi düşürme şeklindeki hareketleri temadi edip son bulunduğu tarihten itibaren İş Kanunu'nun 18. Maddesindeki sürenin hesaplanması gerektiği gözetilmektedir. Bu yön dikkate alınmadan 6 günlük sürenin eylemin başladığı tarihten hesaplanması isabetsizdir.”: Yarg. 9. HD. 1995/26081 E. 1995/34799 K. 28.11.1995 T.

⁴⁹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 224.

⁴⁹⁸ *BİRBEN*, Etkisizleşme, s.463-464.

⁴⁹⁹ *BUZ*, s.407.

fesih hakkını sosyal amacından saptırarak kullanması halinde, bu hakkın kullanılabilmesi hak düşürücü süre geçmemiş de olsa feshin kötü niyetli olarak yapıldığı göz önüne alınarak etkisizleştirilmesinin kabul edilebileceğini belirtmektedir⁵⁰⁰.

D. Haklı Nedenle Fesihte Savunma Alınması Sorunu

Mevcut ve yürürlükteki iş kanunumuzun haklı nedenle feshi düzenleyen 25. Maddesinin son fıkrasına göre işçi feshin İK m.25'in ilgili bentlerinde öngörülen sebeplere aykırı olduğunu düşünüyorsa iş güvencesi hükümleri olan İK m.18, m.20 ve m.21 hükümlerinden yararlanmak suretiyle yargı yoluna başvurabilecektir. Dikkat edilirse maddede iş sözleşmesinin feshinde usulü düzenleyen 19. Madde hükmü sayılmamıştır. Her ne kadar bu sayım bilinçli olup 19. Madde hükmü bilinçli olarak madde kapsamına alınmamışsa da adı geçen 19. Maddenin 2. Fıkrasının son cümlesi düzenlemesi, öğretide tartışmalara yol açmıştır. Bahsedilen hükümde kısaca işverenin İK m.25/II bendi uyarınca yapabileceği haklı nedenle fesih hakkı saklıdır denilerek, iş kanunun açıkça 19.maddeyi kapsamına almayan ve bütün haklı nedenle fesih sebepleri için geçerli 25.maddesinin son fıkrasına karşılık acaba kanunun 25. Maddesinin (II) numaralı bendi dışındaki İK m.25/I (sağlık sebepleri), İK m.25/III (zorlayıcı sebepler), İK m.25/IV (gözetim ve tutuklama)'e göre haklı nedenle fesih sebeplerinde savunma alınması gerekmekte midir sorularına mahal vermiştir. Bu sorulardan birine Yargıtay 9. HD.'nin verdiği yanıt olumlu yöndedir⁵⁰¹. Lakin daha

⁵⁰⁰ BİRBEN, Etkisizleşme, s.464.

⁵⁰¹ Yarg. 9.HD. 2015/23385 E. 2015/33398 K. 24.11.2015 T.: “4857 İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: “Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır”. Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranış veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. Maddenin açık düzenlemesi gereği, işçinin savunmasının aranmadığı tek durum, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde işveren feshi olarak düzenlenen nedenlerdir. O halde işverenin 25/I maddesinde sağlık nedenleri olarak belirtilen fesihten dolayı verimi ile ilgili olduğunun savunmasının alınması gerekir...Dosya içeriğine göre 28.06.2013 ile 10.01.2014 tarihleri arasında istirahat raporu kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen davacı işçinin kullandığı rapor süresi ihbar süresine ilaveten altı haftadan fazladır. İşveren açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I.b maddesi uyarınca haklı fesih nedeni oluşmuştur. Ancak işveren davacının verimliliğine dayanan bu nedenle fesihten dolayı 4857 sayılı yasanın 19. Maddesi uyarınca savunmasını almamıştır. Savunmasını almaması feshi geçersiz kılar. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.”.

sonra Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu aksi yönde karar vermiştir⁵⁰².

⁵⁰² Yarg. İBGK 2017/9 E. 2018/10 K. 19.10.2018 T.: "4857 sayılı İş Kanunu'nun "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlıklı 18'inci maddesine göre, "...belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, iş yerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." Aynı Kanun'un "Sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında ise, "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır." Buna karşılık, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen aynı Kanun'un 25'inci maddesinin son fıkrası uyarınca, "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir." Bu düzenleme ile iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde, iş güvencesine ilişkin kapsam, fesih bildirimine itiraz ve usulü, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen maddeler aynen uygulanacaktır. Ancak anılan fıkra, iş güvencesi hükümleri içerisinde yer almasına rağmen sözleşmenin feshinde usulü düzenleyen 19'uncu maddeye atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla sözleşmenin feshinde usulü düzenleyen Kanun'un 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası ile işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 25'inci maddesinin son fıkrası arasındaki ilişkinin niteliğinin tespiti gerekmektedir. Öncelikle "Sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19'uncu madde, iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin süreli fesih usulünü düzenleyen bir madde olup, sistematik olarak kanunun yazılış biçiminden farklı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Aksinin kabulü hâlinde, her türlü işveren feshinin yazılı yapılması ve işçinin savunmasının alınması gerektiği gibi, hiçbir biçimde normla amaçlanmayan bir sonuca varılacaktır (Doğan Yenisey, Değerlendirme, s.531). Bu noktadan hareketle, işverenin süreli fesih hakkının sınırlandırıldığı geçerli nedenle fesihlerde, işverenin uyması gereken usul kuralları Kanun'un 19'uncu maddesinde belirtilmiş olup, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde, fesihten önce işçiden savunma alınması, feshin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır. Buna karşılık, 25'inci maddenin son fıkrasında sözleşmenin feshinde usulü düzenleyen 19'uncu maddeye atıf yapılmaması dikkate alındığında, işverenin haklı nedenle derhal feshinde işçi, fesihten önce savunmasının alınmadığı gerekçesiyle feshin geçersiz olduğunu ileri süremeyecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinin, aynı Kanun'un 18'inci maddesinde düzenlenen geçerli fesihlerde uygulanacağı belirlendikten sonra, işçinin fesihten önce savunmasının alınmasındaki amaca da değinmek gerekmektedir. Fesihten önce savunma alınmasında amaç, işçinin feshe neden olabilecek sebepleri öğrenmesi ile bu konudaki gerçeği ortaya çıkarmasını, böylece işverenin fesih konusundaki düşüncelerini etkileyerek onu fesihten vazgeçirmesini sağlamaktır. Eş deyişle, işçiden savunma alınması fesihten önce şekli bir unsur olmaktan öteye, iş ilişkisini olumsuz etkileyen unsurların tespiti ile bundan haberdar edilen işçinin, üzerinde tasarruf edebileceği, değiştirebileceği nitelikteki davranışı ya da verimi ile ilgili olumsuzlukları düzeltebilmesi veya ortadan kaldırılabilmesine imkan vermektedir. Bu nedenle işçiden kaynaklanmayan, onunla ilgisi bulunmayan veya işçinin üzerinde tasarruf edemeyeceği ya da değiştiremeyeceği durumlarda işçiden savunma alınmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Bu noktadan hareket eden kanun koyucu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, işveren tarafından yapılan her türlü fesihte savunma alınmasını zorunlu kılmamıştır. Zira Kanun'un 18'inci maddesinde belirtilen bir diğer geçerli fesih nedeni olan iş yerinden kaynaklanan (işletme, iş yeri ve işin gerekleri nedeniyle) fesihlerde savunma alınması öngörülmemiştir. Esasen işçiden kaynaklanmayan, onunla bir ilgisi bulunmayan işletme gereği fesihlerde işçinin kendisini savunması mümkün olmadığı gibi, bunun bir anlamı da yoktur (Süzek, a.g.e., s.602). Aynı şekilde Kanun'un 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki açık düzenleme nedeniyle, 25'inci maddenin (II) numaralı bendi uyarınca yapılan haklı nedenle derhal fesihlerde de fesihten önce işçiden savunma alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla işveren, Kanun'un 18'inci maddesine göre işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle süreli fesih yoluna gidip işçinin savunmasını almak zorundayken, 25'inci maddenin ikinci bendi uyarınca işçinin ahlâk ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışla iddiasıyla sözleşmeyi derhal feshederse işçinin savunmasını almak zorunda değildir (Süzek, a.g.e., s.706). Kanun'un 19'uncu maddesinde sadece 25'inci maddenin (II) numaralı bendinin saklı tutulmasının nedeni, bu bentteki fesih nedenlerinin işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler olmasıdır (Doğan Yenisey, Değerlendirme, s.532). İşçinin davranışları, ağırlığına göre, işverene iş sözleşmesini geçerli ya da haklı nedenle feshetme yetkisi veren ortak nedenlerdir. Şöyle ki; işçinin davranışının geçerli neden oluşturabilmesi için, haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte, bu davranışın iş yerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz

etkilemesi ve iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte olması gerekmektedir. Buna karşılık haklı nedenle derhal fesihlerde ise, dayanağını objektif iyi niyet kurallarından alan, iş sözleşmesinin devamını çekilmez hâle getiren ve işverene iş sözleşmesini derhal sona erdirmeye yetkisi veren davranışlardır. Bir diğer neden ise, işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde işçi kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanırken; Kanun'un 25'inci maddesinin (II) numaralı bendinde belirtilen ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlar nedeniyle iş sözleşmesinin derhal feshinde işçi, kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanamamaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin davranışları nedeniyle tazminatsız feshi, sözleşmenin en ağır yaptırımını oluşturmaktadır. Bu nedenle daha hafif iddialar için işçinin savunmasını alma zorunluluğu getirilmişken, daha ağır nedenler için savunma alma zorunluluğunun bulunmaması, çoğun içinde az da vardır biçimindeki genel hukuk ilkesine aykırılık oluşturacağından kanun koyucu tarafından özel olarak açıklanma ihtiyacı duyulmasından kaynaklanmaktadır (Doğan Yenisey, Değerlendirme, s.532). Burada üzerinde durulması gereken bir başka neden de, Kanun'un 19'uncu maddesinde sadece 25'inci maddenin (II) numaralı bendinin saklı tutulmasından hareketle, 25'inci maddenin diğer bentleri uyarınca yapılacak derhal fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekip gerekmeyeceği, eş deyişle bu gibi hâllerde Kanun'un 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasının mümkün olup olmayacağıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere 19'uncu madde sadece geçerli nedenle fesihlerde uygulanmakta olup, aynı Kanun'un 25'inci maddesinin son fıkrasında açıkça 19'uncu madde dışlandığından, haklı nedenle derhal fesihlerde işçiden savunma alınması gerekli değildir. Süzek'e göre, maddede sadece 25'inci maddenin (II) numaralı bendinin belirtilmesinin nedeni, bu bent dışında kalan diğer bentlerde savunma alınmasının gerekli olduğu değil, 25'inci maddenin son fıkrası dolayısıyla anılan bentlerde esasen savunma alınmasının öngörülmemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu, 25'inci maddenin (II) numaralı bendi dışındaki diğer bentlerde savunma alma zorunluluğunu hükme bağlamayı amaçlamamıştır (Süzek, a.g.e., s.708). Bu açıklamalar karşısında içtihadı birleştirmenin konusunu teşkil eden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde, haklı nedenin doğumu ile sözleşme kendiliğinden sona ermez. Lehine haklı neden doğan taraf, bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen almış olduğu kesintisiz sağlık raporu nedeniyle işçinin işe devamsızlığının bekleme süresini altı hafta aşması hâli, işveren için haklı nedenle derhal fesih nedenidir. İşverenin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshettiğine dair fesih iradesinin işçiye ulaşmasıyla iş sözleşmesi derhal sona erer. Görüldüğü üzere bu nedene dayanarak yapılacak fesihlerde, ihbar süresine eklenecek altı haftayı aşan işe devamsızlık hâli yeterli olup, bu hakkın kullanımı için 25'inci maddede başka bir şart öngörülmemiştir. Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, işçinin bekleme süresini aşan işe devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine neden olan sağlık sebepleri, 19'uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen işçinin davranışı ya da verimi ile ilgili nedenler kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla işçinin sağlık sebeplerinden kaynaklanan bekleme süresini aşan işe devamsızlığında, fesihten önce işçiden istenilecek savunmanın gerek işçi gerekse işveren yönünden bir önemi bulunmamaktadır. Zira haklı nedeni doğuran olay, bu devamsızlığın bildirim süresine eklenecek altı haftayı aşması olup, işçinin bekleme süresini aşan bu işe devamsızlığı fiili bir durum teşkil etmektedir. Bu nedenle işçinin rahatsızlığının var olup olmadığı ya da alman raporun sahteliği gibi nedenler ileri sürülmediğinden -bu hususların varlığı anılan bent kapsamında olmayıp ancak 25'inci maddenin (II) numaralı bendinde belirtilen işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedeni olacağından- işverenden fesihten önce savunma alma zorunluluğunun öngörülmesi, şekil şartının yerine getirilmesinden öte bir anlam taşımayacaktır. İşçinin bekleme süresini aşan işe devamsızlığı nedeniyle fesihten evvel işçiden alınacak olan savunma herhangi bir sonuca ulaşmaya yönelik olmadığı gibi, alman raporlar feshin bağlandığı olgunun ortaya çıktığını gösteren yegane belgeler olduğundan savunma alınması ile ulaşılabilecek başkaca bir belge ya da öğrenilecek bir durum söz konusu değildir (Dulay Yangın, a.g.m., s.2052). Öte yandan ülkemizde de onaylanan 158 Sayılı Sözleşme'nin 7'nci maddesine göre, "İşverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez." Maddede düzenlendiği üzere, işçinin davranışı ve verimi ile ilgili nedenlerle fesihlerde dahi işverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek durumlarda savunma alınma zorunluluğu getirilmemiştir. Bununla birlikte Kanun'un 19'uncu maddesinin gerekçesinde de, "...Belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilecektir. Ancak, işçinin zihinsel

Öğretide Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin kararın lehine ve aleyhine ileri sürülen gerekçelerle çeşitli tartışmalara yer verilmiştir. SÜZEK'e göre İK m.25 uyarınca yapılacak fesihlerde herhangi bir ayırım söz konusu olmaksızın İK m.25/son uygulanacağından, İK m.25/II gibi diğer 25.madde bentlerine dayanılarak gerçekleştirilecek fesihlerde de savunma alınması zorunluluğunun bulunmadığı sonucuna varmak gerekir⁵⁰³. İK m.19/2 hükmüne dayanarak, savunma alınmadan işten çıkarmanın sadece İK m.25/II ile sınır olduğu ileri sürülebilirse de İK m.19'un uygulanmasını açıkça tümüyle dışlayan İK m.25/son hükmü bu yönde bir yoruma olanak bırakmamaktadır⁵⁰⁴.

İK m.19/2 ile m.25/son hükümlerinin birbiriyle çeliştiğini ve bu nedenle çatışma boşluğu olduğunu ileri süren SÜZEK, bu boşluğun yasanın amacına uygun biçimde İK 25/son uygulanmak suretiyle doldurulması gerektiğini belirtmektedir. Fakat aynı yazar, olması gereken hukuk açısından İK m.25/II'ye dayanarak yapılacak fesihlerde işçinin savunmasının alınmasının adalet ve hakkaniyete uygun düşeceğini belirtmektedir⁵⁰⁵. Buna karşılık m.25/I, m.25/III ve m.25/IV bentlerinde yer alan fesih nedenlerinin kusur ile ilişkili olmadıklarından bahisle savunma yapılmasına uygun düşmediklerini, bu sebeple anılan bentler kapsamında yapılacak fesihlerde savunma alınmasının gerekli olmadığını ileri sürmektedir⁵⁰⁶.

veya bedensel yetersizliği... gibi durumlarda savunmasının alınması işverenden beklenemeyecektir." denilerek, 158 Sayılı Sözleşme ile uyumlu olacak şekilde işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği hâllerinde, işverenden savunma almasının beklenemeyeceği vurgulanmıştır. Bu noktada, gerekçede ifade edilen işçinin zihinsel veya bedensel yetersizlik hâllerinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasına münhasır olduğu da belirtilmelidir. İşçinin bekleme süresini aşan işe devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde savunma alınıp alınmayacağı öğretide de tartışılmış olup, ekseriyetle bekleme süresini aşan işe devamsızlık hâlinde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesi durumunda, fesihden önce işçiden savunma alınmasının gerekmediği ifade edilmiştir. Bu açıklamalar ışığında işçinin bekleme süresini aşan işe devamsızlığı, işçinin davranışı ya da verimi ile ilgili bir neden olmadığı gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin son fıkrası uyarınca haklı nedenle derhal fesihlerde, fesihden önce işçiden savunma alınmasını düzenleyen aynı Kanun'un 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası uygulanmayacağından, işverenin fesihden önce savunma alma zorunluluğu bulunmamaktadır."

⁵⁰³ SÜZEK, İş Hukuku, s.695; aynı yönde bkz. SÜMER, İş Hukuku, s.110; EKMEKÇİ, s.128; GÜNAY, Fesih, s.73.

⁵⁰⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.695, EKMEKÇİ, s.128; ARSLAN-ERTÜRK, s.302, aynı yönde bkz. ALP, Feshe Karşı Koruma, s.19; GÜNAY, Fesih, s.73; Serkan ODAMAN, "İş Sözleşmesinin Sağlık Nedenleriyle İşveren Tarafından Derhal Feshinde Savunmanın Gerekmemesi-Karar İncelemesi", https://www.mess.org.tr/media/files/7028_MC6SJXX668sicil_42.sayi_small.pdf, (13.03.2020), (Sağlık Nedenleriyle), s.225-227.

⁵⁰⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 695-696; SÜZEK, Gelecek, s.19.

⁵⁰⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s. 695-696; SÜZEK, Gelecek, s.19; aynı yönde bkz. Nurşen CANIKLIOĞLU, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, onikilevha, İstanbul,2019, s.290-291.

Öğretideki diğer bir görüşe göre, izafe edilen kusurun ve sonuçların daha ağır olmasına rağmen, kendisini savunma imkânı tanınmayan işçinin bu savunma hakkından yoksun bırakılması hem çelişki yaratmakta hem de adalet duygusuna aykırı düşmektedir⁵⁰⁷.

Uygulamada önemli bir ispat vasıtası olması nedeniyle, bilhassa nispeten büyük işverenler İK m.25/II kapsamında yapılan fesihlerde fesihden önce işçinin yazılı ifadesinin alınması yoluna gidildiği; bu nedenle de işçiye bu tarz durumlar için savunma hakkı verilmesinin pratik bir öneminin kalmadığı ifade edilmektedir⁵⁰⁸. Lakin buna rağmen kanundaki eksikliğin sürdüğünü, haklı yahut geçerli nedenle yapılacak fesihlerin tek bir prosedüre bağlanması gerektiği ve savunma alınmasının zorunlu hale getirilmesi evleviyetle önerilmektedir⁵⁰⁹.

İş Kanunu'nun 19. Maddesi gereği işveren tarafından yapılacak geçerli nedenle fesihte savunması alınmak koşuluyla ve hatta savunma alınmasından önce kanunda yer almamasına karşın Yargıtay uygulamasıyla belirli şartlar altında ihtar kurumu⁵¹⁰ getirilmiş olup, sırf bu ihtar ve/veya savunma şartları yerine getirilmediği için işçiler tarafından açılan işe iade davaları kabul edilmektedir. İş kanunu 25/II'ye göre yapılan fesih sonucu işçiye yüklenilen kusur ve kusurun sonucu ortaya çıkan durumda, işçi kıdem tazminatı ve ihbar tazminatından yoksun kalabilecek duruma düşebilecektir. Dolayısıyla haklı nedenle feshin bu türü süreli fesihlere göre işçi aleyhine daha ağır sonuçlar yaratabilecek pozisyonda olmasına karşın İş Kanunu'nun çelişen 19/2 ve 25/son maddelerinin ortak sonucu gereği savunması alınmamaktadır. Kanımızca, bir an için *SÜZEK*'in olması gereken hukuk açısından uygun bulduğu çözüm hukuk mantığı açısından kabul edilebilir bir sonuç olup, işçinin mahrum kaldığı haklarının ağırlığı gereği savunması alınmasının gerekli olduğu düşünülebilirse de yukarıda yazarın kendisinin de belirttiği üzere İK m.25/I, İK m. 25/III ve İK m. 25/IV. bentlerinde yer alan fesih nedenleri kusur ile ilişkili olmadıkları sebebiyle savunma yapılmasına uygun nitelik taşımadıkları gibi İK m.25/II'nin de niteliği gereği savunma

⁵⁰⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.215; ARSLAN-ERTÜRK, s. 302.

⁵⁰⁸ SARIBAY, s.97.

⁵⁰⁹ SARIBAY, s.97.

⁵¹⁰ İhtar kurumunun haklı nedenlerle fesihte uygulanmayacağına yönelik Yarg. 9.HD. 2019/6407 E. 2020/678 E. 20.01.2020 T.: *"Buna göre, işverene süresizi fesih hakkı verilen İş Kanunu'nun 25.maddesinde belirtilen hallerden dolayı kural olarak, işçiye önceden ihtar verilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir."*

alınmasına uygun olmadığı görüşünü taşımaktayız. Kısaca örnek vermek gerekirse işçinin, işverenin aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi yahut davranışlarda bulunması üzerine, bu işçiye karşı haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanacak işverene, bir de savunma alma yükümlülüğü yüklemenin anlamı olmadığı gibi, pratikte de karşılığı olmayacaktır. İşverene güven temeli çöken bir ilişkide üstüne bir de savunma alma yükümlülüğü yüklemek hakkaniyete uygun düşmez. İş ilişkileri gibi sürekli borç yaratan sözleşmelerin, kişilik haklarını ölçsüz surette kısıtlayıcı ve adeta kelepçeleyci⁵¹¹ sözleşme olmasını engelleyen, güven temelinin taraflardan sözleşmeyi devam ettirmesi beklenemeyecek kadar önemli ölçüde sarsıldığı hallerde kullanılabilecek haklı sebeple derhal fesih hakkının ölçsüzce sınırlandırılması, hakkaniyete ve borçlar hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil edebilecektir. Bu sebeplerle sürekli borç ilişkilerinden sıyrılma imkânı tanıyan haklı nedenle derhal fesih hakkının bu şekilde sınırlanması doğru olmayacak ve pratikte de karşılığını bulamayacaktır.

Nitekim bu tartışmalara bir son vermek amacıyla Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu İK m.25'in son fıkrasını işaret ederek, anılan maddenin, işçinin savunması alınması hususunu düzenleyen İK m.19/u dışarda bıraktığından bahisle, İK m.25 uyarınca yapılacak fesihlerde savunma alınmasının gerekli olmadığına hükmetmiştir⁵¹².

⁵¹¹ Bu hususta ayrıca geniş bilgi için bkz.: Akın ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2017, s. 195-196; Yarg. HGK 2012/11-1601 E. 2013/752 K. 22.05.2013 T.: “Bahsi geçen ahlaka aykırı sözleşmelere, ekonomik olarak zayıf ve diğerine muhtaç durumda olan sözleşme tarafının, kendisinden daha güçlü diğer tarafın isteklerini kabul ederek imzalamak zorunda kaldığı sözleşmeler örnek verilebilir. Öğretide kavram birliği olmasa da bu tür sözleşmelere değişik isimler verilmiştir. Bunlar arasında; “kelepçeleyen sözleşmeler”, “köleleştiren sözleşme”, “cenderece sözleşmeleri”, “kıvıldamayacak bir surette bağlama sözleşmesi” sayılabilir.”.

⁵¹² Yarg. İBGK 2017/9 E. 2018/ 10 K. 19.10.2018 T.: “İşçinin bekleme süresini aşan devamsızlığı, işçinin davranışı ya da verimi ile ilgili bir neden olmadığı gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin son fıkrası uyarınca haklı nedenle derhal fesihlerde, fesihten önce işçiden savunma alınmasını düzenleyen Kanun'un 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası uygulanmayacağından, işverenin fesihten önce savunma alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Hal böyle olunca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekmediği sonucuna varılmıştır.”; Aynı yönde Yarg. 9.HD. 2017/28161 E. 2018/17404 K. 03.10.2018 T.: “Bu durumda işvereni tehdit ettiği sabit olan davacı işçinin eylemi, iyi niyet ve ahlak kurallarına uymayan bir davranış olup, bu davranışı sonucunda iş ilişkisine devam etmenin işveren açısından çekilmez hale geldiği, iş ilişkisinin temelinin çöktüğü, işçinin bu eylemi sebebiyle işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple derhal feshetme hakkının doğduğu ve bu sebeple işverenin haklı sebeple derhal feshinin ölçülü (orantılı) olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır. İşverenin İş. K. 25/2'ye göre haklı sebeple derhal feshi Dairemizce de haklı ve orantılı görüldüğü için, fesihten önce işçinin savunmasının alınmaması hususu, yukarıdaki açıklamalar ve Dairemiz kararları kapsamında feshin haklılığını etkilemez.”; Yarg. 22.HD. 2016/14438 E. 2016/16489 K. 06.06.2016 T.: “Mahkeme gerekçesinde her ne kadar savunma alınmadığına dayanılsa

Yine iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan işçiler açısından da eğer iş akdi haklı nedenle feshedilecekse savunması alınması gerekmemektedir. Bu kategorideki işçilerin sözleşmesinin feshedilmesi için geçerli bir nedene dahi ihtiyaç yokken, haklı nedenle fesih gibi sözleşmenin devamı konusunda büyük güven problemleri yaratacak derecedeki kusurlu işçiye karşı, yasal derhal fesih hakkını kullanmak isteyen işverene, savunma alınması yükümlülüğünü yüklemek hakkaniyetli olmayacak, yine pratikte de bir karşılık bulmayacaktır.

İşçi tarafından gerçekleştirilecek haklı nedenle fesihlerde, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmek istemesi durumunda, ne gibi bir yol izlemesi gerektiği hususunda İş Kanunu'nda açık hüküm bulunmadığından, genel kanunun özel hükmü niteliğindeki TBK m.435 uygulama alanı bulacak, fesih sebebi işçi tarafından yazılı olarak bildirilerek iş sözleşmesi işçi tarafından, işverenin savunması alınmaksızın haklı nedenle feshedilebilecektir. Bu feshin şeklini ilerleyen konularda tekrar ele alacağız⁵¹³.

E. Fesih Nedeninin Yazılı Olarak Bildirilmesi Sorunu

İş ilişkilerinin haklı nedenle feshi noktasında, şekil şartı bulunup bulunmadığı öğretide öteden beri tartışılmalıdır. 6098 sayılı yeni TBK'nun m.435 hükmü bu tartışmalara yeni perspektifler kazandırmıştır. Bahsedilen yasadan önce haklı nedenle fesihlerde şekil şartının olup olmadığı hususu oldukça tartışmalıydı zira iş kanununda bu fesih türü için şekil şartını düzenleyen doğrudan bir hüküm bulunmamaktaydı⁵¹⁴. Öğretideki bir görüşe göre İK m.109 hükmü gereğince, iş kanununa tabi olup iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçilerin sözleşmelerinin haklı nedenle feshi hususunda yazılı olarak bu feshin gerçekleştirilmesi gerektiği, buradaki yazılı şeklin ispat şartı olduğu belirtilmekteydi⁵¹⁵.

da haklı nedene dayalı fesih halinde savunma zorunluluğu bulunmamakta olup...”; Yarg. 9.HD. 2018/2118 E. 2018/16485 K. 24.09.2018 T.: “haklı fesihlerde savunma alma zorunluluğunun bulunmaması ve feshin yazılı olması zorunluluğunda olmaması karşısında yerinde olmadığı, davalı işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı anlaşılmakla mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.”.

⁵¹³ Bkz. Üçüncü Bölüm- III- E.

⁵¹⁴ ARSLAN-ERTÜRK, s. 303.

⁵¹⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.248; Serkan ODAMAN, “İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı”, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/serkanodaman.pdf>, (28.08.2020), (Ahlak), s. 205, Ercan AKYİĞİT, “İş Sözleşmesinin

İş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçiler açısından İK m.25'in açık atfı uyarınca İK m.19'u dışlaması ve bu kapsamdaki işçilerin sözleşmelerinin haklı nedenle feshinin yazılı olarak yapılıp yapılmayacağı konusu, tartışmaların odağıydı. Öğretideki bir görüş, İK m.19 hükmünde yer alan şekil şartının hem bildirimli fesihlerde hem de haklı nedenle fesihlerde uygulanacağını ve yazılılığın geçerlilik şekli olduğuna dikkat çekmekte, zira “yargılamanın kısa tutulması” esasının ancak bu yolla sağlanabileceğini belirtmekteydi⁵¹⁶. Aynı doğrultuda diğer bir görüşe göre, her ne kadar İK m.25 İK m.19'a atıf yapmadıysa da İK m.19 hükmünün içerdiği yazılılık şartının iş güvencesine tabi işçilerin sözleşmelerinin sadece geçerli nedenle feshiyle sınırlı olmadığını, haklı nedenle fesihte de yazılılık şartının aranması gerektiğini savunmaktaydı⁵¹⁷.

Buna karşılık öğretideki diğer bir görüşe göre ise, iş güvencesine tabi işçiler açısından öngörülen yazılılık şekli bir geçerlilik şartı değil olsa olsa bir ispat şartı olduğu zira kanun koyucunun İK m.25 hükmünde bilinçli olarak İK m.19'a yer verilmediği belirtilmiştir⁵¹⁸. Bu hususta ALPAGUT, öğretide savunulan bir görüşe yer vererek bu görüşü şu şekilde eleştirmektedir: İK m.25 hükmü uyarınca yapılacak fesihler için kanunda herhangi bir yazılılık şekli ve neden gösterme zorunluluğu öngörülmediği lakin kanunun iki fesih türü arasında öngördüğü usul farklılığının sorunlar yaratacağı, bu sebeple İK m.19 hükmünün ayırım yapılmaksızın hem geçerli nedenle feshe hem de haklı nedenle feshe uygulanması gerektiği savunulsa da⁵¹⁹ öğretinin amaçsal yorum yöntemiyle getirdiği bu çözümün, kanun tarafından öngörülmediği dolayısıyla bu tarz bir yükümlülüğün işverenlere yüklemenin hukuken mümkün olmadığını belirtmektedir⁵²⁰. ALPAGUT, İK m.25 uyarınca yapılacak haklı nedenle fesihlerde, işverenin öne sürdüğü fesih nedeninin haklı neden olarak değerlendirilemeyeceği durumlarda, mahkemelerin işveren tarafından ileri sürülen

Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6325_0OPP5QIRTJ16.pdf, (20.09.2020), (Fesih), s.53-63.

⁵¹⁶ ULUCAN, s.73-74'ten aktaran ARSLAN-ERTÜRK, s.304.

⁵¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.223.

⁵¹⁸ EKMEKÇİ, s.128; ALPAGUT, İş Güvencesi, s.237-238; SARIBAY, s. 89-90; Erdem ÖZDEMİR, “Yeni Borçlar Kanunun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, <https://www.izmirbarosu.org.tr/izmirbaro/pdf/yayinlar/dergi2012.pdf#page=205>, (30.08.2020), (Etki), s.217.

⁵¹⁹ ALPAGUT, İş Güvencesi, s. 237-238.

⁵²⁰ ALPAGUT, İş Güvencesi, s. 237-238.

fesih nedeninin haklı neden boyutuna ulaşmasa dahi geçerli neden niteliği taşıması durumunda, feshin yazılı şekilde yapılmaması yahut fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde bildirilmemesi nedeniyle yapılan feshin geçersiz mi olacağı konusunu sorgulamakta ve geçerli nedenle feshedilebilecek ağırlıkta bir işçi kusuru olsa dahi, İK m.19'daki şekle uyulmadıysa, feshin geçersizliğine karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵²¹.

Yargıtay'ın yukarıdaki gibi fesih sebebinin haklı neden ağırlığına ulaşmadığı fesihlerde, geçerli neden varlığını sorgulaması öğretide tahvil kurumunun işletilmesi olarak nitelendirilmekte ve bunun kaynağının da HMK m.33 olduğu belirtilmektedir⁵²². Yargıtay'ın bu uygulaması öğretide eleştirilmektedir. NARMANLIOĞLU, dava hangi sebep ve ekseninde açılmışsa yargıcın davayı bu ekseninde sonuçlandırması gerektiğini belirtmektedir⁵²³. Kanunun öngördüğü süreli fesih prosedürü, yargı eliyle kötü niyetli olarak dolanılmaya müsait hale gelmektedir⁵²⁴. Tüm bu hususlar, tahvil kurumuna elzem olmadığı sürece başvurulmaması gerektiğinin göstergeleridir⁵²⁵.

Nitekim yukarıda belirtilen durumlarda, yapılacak geçerli neden oluşturup oluşturmama değerlendirmesinde, her ne kadar işverence gösterilen sebep geçerli neden oluştursa da İK m.19 hükmü gereği yerine getirilmesi gereken yükümlülükler uyulmadıysa feshin geçersizliğine karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde İK m.25 hükmünün açık atfı ile İK m.19 hükmünün uygulanmaması

⁵²¹ ALPAGUT, İş Güvencesi, s. 238-239; Buna karşılık Yargıtay bir kararında işverenin haklı nedenlerle iş ilişkisini 6 iş günlük hak düşürücü süresi içinde sona erdirmediği için feshin haklı nedenle fesih niteliğinde olmadığı, lakin fesih sebebinin geçerli nedenle fesih açısından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, bu durumda yapılacak geçerli nedenle fesih değerlendirmesinde İK m.19'daki şartlara uyulup uyulmadığı incelenmeksizin hüküm vermiştir: Yarg. 9.HD. 2003/22581 E. 2004/2329 K. 24.02.2004 T.; aynı yönde Yarg. 22.HD. 2016/14438 E. 2016/16489 K. 06.06.2016 T.: “Mahkeme gerekçesinde her ne kadar savunma alınmadığına dayanılsa da haklı nedene dayalı fesih halinde savunma zorunluluğu bulunmamakta olup davacının feshe konu eyleminin haklı neden ağırlığına varmamakla birlikte geçerli fesih nedeni teşkil ettiğinin kabulü gerekir. Bu bağlamda işverenden artık mevcut iş ilişkisinin devamı beklenemez. Fesih geçerli nedene dayandığı anlaşılmakla, işe iade isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.”; aynı yönde İzmir BAM. 3.HD. 2019/2994 E. 2020/174 K.: “sözleşmeyi fesih yetkisinin 6 iş günlük sürede kullanıldığı söylenemeyecektir... Açıklanan nedenlerle, davacının iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır...”.

⁵²² GÜVEN/AYDIN, s.198.

⁵²³ Ünal NARMANLIOĞLU, “Kanuna Aykırı Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)”, Fevzi ŞAHLANAN’a Armağan, İstanbul, 2016, (Tahvil), s.551 vd.

⁵²⁴ NARMANLIOĞLU, Tahvil, s.562 vd.

⁵²⁵ GÜVEN/AYDIN, s.199.

durumunda, işverenlerin bu durumu kötüye kullanabileceğini, elinde iş ilişkini geçerli nedenle sona erdirebilecek bir neden bulunan işverenin, bu nedeni yazılılık, savunma alma ve bilhassa “*feshin son çare olması ilkesi*” gibi önemli yükümlülükleri dolanmak maksadıyla kötüye kullanabileceğini ve İK m.25/II hükmü uyarınca sözleşmeyi feshedip İK m.19 hükmünü dolanabileceğini düşünmekteyiz ki TMK m.2/2 gereği bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının da hukuk düzenimiz tarafından korunmayacağı hususu tartışılmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkacaktır.

Uygulamada Yargıtay haklı nedenle derhal fesihlerde yazılı şekli geçerlilik şartı olarak kabul etmemektedir buna zemin olarak da İK m.25 hükmünün İK m.19 hükmüne atıf yapmamış olmasını göstermektedir⁵²⁶.

4857 Sayılı İş Kanunu’nun 25/son fıkrası uyarınca yapılan atıfta her ne kadar 20 ve 21. Maddelere atıf yapılmışsa da aynı maddede 19.maddeye açıkça atıf yapılmaması öğretide tartışmalara yol açmıştır. Yapılan atıf gereği 20. ve 21. maddelerde fesih sebebinin gösterilmesi gerektiği açıkça anlaşılmakta lakin bu sebebin yazılı olarak gösterilmesi gerekip gerekmediği, gösterilecekse bunun ispat şekli mi geçerlilik şekli mi olacağı konusunda fikir ayrılıkları yaşanmıştır.

Bu konuya açıklık getirebilmek amacıyla yeni Türk Borçlar Kanunu’nda hizmet sözleşmelerine ilişkin m.435/1’de iş akdinin haklı nedenle feshinde sebebin belirtilmesi ve hatta bu sebebin yazılı olarak bildirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Yeni Türk Borçlar Kanunu ile yürürlüğü giren bu hükmün ardından öğretide yine bu hükmün iş kanununa tabi iş ilişkilerinde uygulanabilirliği sorgulanmıştır. Bu hükmün iş kanununa tabi olmayan yani Türk Borçlar Kanunu’na tabi hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilere uygulanacağı konusunda şüphe yoktu. Lakin İş Kanunu’na tabi iş ilişkilerinde bu hükmün uygulanabilirliği sorgulanmalıdır. Bu sorguyu yapabilmek için öncelikle özel kanun niteliğindeki 4857 sayılı kanuna bakmak gerekir. Anılan kanunun 25.maddesindeki atıf gereği haklı nedenle fesihte her ne kadar fesih sebebinin gösterilmesi gerektiğine ilişkin 20. ve 21. Maddelere atıf yapılmışsa da bu sebebin yazılı olarak gösterilmesi konusunda 19. Madde hükmüne atıf yapılmadığından bu noktada bir kanun boşluğu oluşmaktadır⁵²⁷. Sonradan

⁵²⁶ Yarg. 9.HD. 2009/37139 E. 2010/41030 K. 27.12.2010 T.

⁵²⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 697.

yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu'na göre hizmet ilişkileri konusunda daha genel nitelikli bir kanun olduğu söylenebilir⁵²⁸. Mevcut durumda özel kanun eski tarihli iken genel kanun yeni tarihli ise sorun, yorum kurallarını devreye sokarak amaçsal yorum yöntemiyle çözümlenmelidir⁵²⁹. Bu durumda eski Türk Borçlar Kanunu'nda yazılı şekil şartı aramayan ve yeni Türk Borçlar Kanunu ile yazılı şekil şartı getiren kanun koyucunun iradesi, menfaatler dengesi gözetildiğinde, İş Kanunu'na tabi olsun olmasın, iş güvencesi hükümlerine tabi olsun olmasın, bütün iş ilişkilerinde uygulanması gerektiği yönünde değerlendirilmelidir ve bu şart geçerlilik şartıdır⁵³⁰. Aynı zamanda bu sonuç TMK m.5 gereği tutarlıdır. Nitekim kanımızca da özel nitelikli kanun olan İş Kanunu'na tabi işçilerin, genel nitelikli kanun olan Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerden daha az korunacağı düşünülmemelidir. Bu çerçevede kural olarak İK m.25 uyarınca yapılacak haklı nedenle fesihlerde, yazılılık kuralına riayet edilmelidir. Lakin, feshe yol açan olaylarda işçinin kusurunun çok ağır olduğu istisnai haller⁵³¹ bakımından TMK m.2/2 gereği, yazılılık kuralı da göz ardı

⁵²⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder YILMAZ, “Genel Kanun- Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, https://www.mess.org.tr/media/files/6318_5M4D7SLTTT22.pdf, (20.09.2020), (Genel Kanun-Özel Kanun), s.22-32.

⁵²⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 697.

⁵³⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 696-697; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.248; Ş. ERTÜRK, s.35; SÜMER, İş Hukuku, s.110; Polat SOYER, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6318_5M4D7SLTTT22.pdf, (30.08.2020), (Sona Erme), s.14; Ender GÜLVER, “Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, Legal İSGHD., C.8, S.31, (Derhal Fesih), s. 1010; Ender GÜLVER, “İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade Karar İncelemesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/321976>, (06.08.2019), (İnceleme), s.409; Esra BASKAN, “Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Hukuku'na Etkisi”, Legal İSGHD., C.9, S.35, s. 113-114.

⁵³¹ Bu hallere örnek olarak birkaç Yargıtay kararına işaret etmek gerekirse: Yarg. 9.HD. 2015/35803 E. 2019/6594 K. 25.03.2019 T.: “Dosya içinde yer alan taciz olayına dair görüntü kayıtlarında davacının diğer çalışan kadın işçinin yalnız olduğu bir aşamada ve gece saatlerinde masasına geldiği, kısa süreli bir konuşmadan sonra diğer işçinin masadan kalkması üzerine asansörün önüne geldikleri, asansörün önünde elleri ile müdahale ederek diğer işçiyi asansör içine sokmaya zorladığı kadın işçinin elleri ile davacıyı itmek suretiyle zorlukla uzaklaşabildiği anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut delil durumuna göre davacının iş yerinde çalışan personele gece saatlerinde tacizde bulunduğu ve bu durumun 4857 Sayılı İş Kanununun 25/II-e maddesi uyarınca haklı fesih nedeni olduğu ve fesih hakkının yasal sürede kullanıldığı anlaşılmakla, davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”; Yarg. 9.HD. 1995/24043 E. 1995/33191 K. 31.10.1995 T.: “Tarafların dinlenmiş oldukları birbirini doğrulayan tanık anlatımlarına göre, davacının olay günü yapılan bir işten dolayı, şefi ile tartışmaları bunun sonucunda şefin eşinin gelerek davacıyı dövdüğü, genel müdür yardımcısının olaya müdahale ederek, tarafları yatıştırmaya çalıştığı ve her iki tarafada bir süre dinlenmelerini tavsiye ettiği, davacının bir hafta sonra iş yerine çağrıldığı işe başlanmasının istendiği ve şefinin de iş akdinin sona erdirileceğinin söylendiği, davacının bunu kabul etmeyip, çalışmak istemediğini bildirdiği ve iş yerinden ayrıldığı, kısa bir müddet sonra tekrar telgrafla çağrıldığı fakat işbaşı yapmadığı böylece davacının iş aktini kendisinin feshettiği anlaşılmaktadır. İşyerinde tutulan tutanaklar ve telgraf bu hususu doğrulamaktadır.”.

edilebilmelidir⁵³².

SÜZEK'e göre, bu durum hem yasa koyucunun fesih usulleri arasında yeknesaklık getirmek istemesiyle açıklanabilirken hem de örneğin iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde yapılacak geçerli nedenle fesihte dahi fesih nedeninin yazılı olarak açık ve kesin bir şekilde işçiye bildirilmesi geçerlilik şartı iken, işçi açısından daha ağır sonuçlar doğurabilecek bir fesih türü olan haklı nedenle fesihte bu şartı aramamak adalet duygusuna ve çatışan menfaatler dengesine aykırıdır⁵³³.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, kanun koyucunun bir yandan şekle ilişkin bir düzenleme öngörürken diğer yandan bu düzenlemeyi sadece geçerli nedenle fesih için öngörmüş olmasını, bilinçli bir tercih olarak değerlendirmekte ve bunun sonucu olarak kanunda bu konuda bir boşluk bulunmadığını, boşluk kavramının bu kadar geniş değerlendirilmemesi gerektiğini, bu denli geniş değerlendirmenin hem kavramın özüne hem de hukuk güvenliğine aykırı olacağını ifade etmektedir⁵³⁴.

⁵³² Nitekim somut olayda yukarıdaki atıfta verilen örneklerde olduğu gibi, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilebileceği hallerde, işçinin kusur derecesi, yargıç tarafından takdir edilerek, menfaatler dengesi göz önünde tutulmalı ve işveren haklı feshinde yukarıda da bahsettiğimiz uyulması gereken yazılılık kuralı göz ardı edilebilmelidir. Bu durumda diğer şartlara uyulması koşuluyla, işçi iş güvencesi kapsamındaysa, salt fesih sebebinin yazılı olarak gösterilmediği iddiası ile açtığı işe iade davası reddedilmeli, iş güvencesi kapsamında değilse de TBK m.438 maddesi uyarınca talep ettiği kalemlere hükmedilmemelidir. Aksi takdirde yukarıdaki atıfta verilen örneklerde işçinin açtığı işe iade davalarının şekle aykırılık nedeniyle kabulü halinde oluşabilecek durumlar, İş Hukuku'nun gayesine aykırı düşebilecek hatta diğer işçilerin kişilik haklarını dahi haleldar edebilecektir. Lakin bahsettiğimiz gibi bu tarz durumların çok istisnai olarak işçinin ağır kusurlu olduğu durumlarla sınırlı tutulması, "İstisnalar Dar Yorumlanır (Singularia Non Sunt Extenda)" ilkesi doğrultusunda hareket edilmesi gerekmektedir.

⁵³³ SÜZEK, İş Hukuku, s. 697; aynı yönde bkz. Filiz ATAY, "Geçerli Neden ve Haklı Neden Ayırımında Yazılı Bildirim Şartı", https://www.mess.org.tr/media/files/6318_5M4D7SLTTT22.pdf, (20.09.2020), s.120.

⁵³⁴ ÖZDEMİR, (Etki), s. 217; ÇELİK, s.8; DOĞAN-YENİSEY, Emredici Yapı, s.352; ARSLAN-ERTÜRK, s. 312; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2017/27394 E. 2018/11152 K. 21.05.2018 T.: "Somut olayda her ne kadar malların teslim edilmesi gereken bayi yerine onun alt bayiine teslim edildiği anlaşılmaktaysa da davalı tanığının beyanında malın teslim edildiği yerin sahibinin çelişkili beyanlarda bulunduğunu belirttiği, davacının malın neden irsaliyede yazan yere değil de alt bayiye teslim edildiği hususunda açıklama getirmediği, tanığın beyanlarının da bu hususu doğruladığı, yargılama sırasında dinlenen tanığın olaya dair ayrıntılı ve somut anlatımlarına itibar edilmemesi için bir neden bulunmadığı, davalı işverence iş akdinin feshinin haklı sebeple feshedildiğinin bildirildiği ve işten çıkış kodu olarak kod 29 ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller sebebiyle fesih olarak bildirildiği, ilk derece mahkemesince ve bölge adliye mahkemesince davacının iş akdinin yazılı olarak feshedilmediği gerekçesiyle işe iadeye karar verilmişse de haklı fesihte yazılılık koşulunun aranmadığı, davacının işverenin aleyhine ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı eylemlerinin sabit olduğu bu sebeple feshin haklı nedene dayandığı anlaşılmakla davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozularak ortadan kaldırılmasına."; Yarg. 7.HD. 2015/34093 E. 2016/407 K. 20.01.2016 T.: "Dairemizce haklı neden iddiası ile yapılan fesihlerde yazılılık şartı aranmaması yerleşik uygulamadır. Ancak BK. 435 vd. maddelerinde haklı nedenle yapılan fesihlerde de yazılılık şartı aranması karşısında konu yeniden değerlendirilmiş olup 4857 sayılı İş Kanununun 25/son fıkrasında, feshin şeklini düzenleyen 19.maddeye atıf yapılmaması yanında,

Yazılılık noktasında öğretideki diğer tartışmalardan biri ise, iş ilişkisinin haklı nedenle feshinde e-tebligat yolunun kullanılabilirliği hususundadır. Bu konuda İş Kanunu yahut Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, iş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmelerinin feshine ilişkin İK m.19 hükmünün öngördüğü yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğundan dolayı, feshe ilişkin bildirimin işverenin imzasını taşıması gerektiği, işveren tarafından imzalanan bu bildirimin işçiye tebliğ edilmesi gerektiği, bu nedenle de e-posta yahut sms yoluyla gerçekleştirilen fesih bildirimlerinin İK m.19 hükmündeki yazılı şekil koşulunu gerçekleştiremeyeceğini savunmaktadırlar⁵³⁵.

ERTÜRK'e göre ise, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshi noktasında fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmasının şart olduğunu lakin yazılılık noktasında akla sadece yazılı bir metnin gelmemesi

19/2.fikrasında savunma hususunda açıkça 25/2 de düzenlenen doğruluk ve bağlılığa uymayan hallerin istisna tutulması, ayrıca Borçlar Kanununun genel kanun olup özel kanun niteliğindeki 4857 sayılı İş Kanununda açıkça düzenlenmemiş durumlarda uygulanacağı, yani genel kanun özel kanun ayrımı yapılması gerektiği sonucuna varılmakla, haklı nedenle fesihlerde yazılılık şartı aranmayacağı tespitinden sonra dosya kapsamında feshin haklı ya da geçerli nedene dayandığına dair davalı tarafından ispat hususu yerine getirilemediğinden davalı tarafın temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.”; Yarg. 7.HD 2016/20566 E. 2016/13560K. 16.06.2016 T.: “Dairemizce haklı neden iddiası ile yapılan fesihlerde yazılılık şartı aranmaması yerleşik uygulamadır. Ancak BK. 435 vd. maddelerinde haklı nedenle yapılan fesihlerde de yazılılık şartı aranması karşısında konu yeniden değerlendirilmiş olup 4857 sayılı İş Kanununun 25/son fıkrasında, feshin şeklini düzenleyen 19.maddeye atıf yapılmaması yanında, 19/2.fikrasında savunma hususunda açıkça 25/2 de düzenlenen doğruluk ve bağlılığa uymayan hallerin istisna tutulması, ayrıca Borçlar Kanununun genel kanun olup özel kanun niteliğindeki 4857 sayılı İş Kanununda açıkça düzenlenmemiş durumlarda uygulanacağı, yani genel kanun özel kanun ayrımı yapılması gerektiği sonucuna varılmakla, haklı nedenle fesihlerde yazılılık şartı aranmayacağı tespitinden sonra dosya kapsamında feshin haklı ya da geçerli nedene dayandığına dair davalı tarafından ispat hususu yerine getirilemediğinden davalı tarafın temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.”; Yarg. 9.HD. 2018/2118 E. 2018/16485 K. 24.09.2018 T.: “Somut uyumsuzlukta davalı iş yerinde minibar sorumlusu olarak çalışan davacının, 2014 yılında minibarlara koyulan ve son kullanma tarihi geçmiş olan çikolataları 2015 yılında alınan farklı bir markaya ait çikolatalarla değiştirmedeği, 2015 yılında yeni alınan çikolataların da büyük bir kısmının eksik olduğunun tespit edildiği ve bu çikolataların akıbetinin ne olduğunun belirlenmediği, minibarlara koyulan içkilerde de büyük miktarda eksiklik olduğu, davalı iş yeri tarafından davacıya tahsis edilen ve fesihten sonra davacının işverene iade ettiği telefonda yapılan incelemede bir yakınının davacıdan içki getirmesini talep ettiği ve telefonda bulunan fotoğrafta da bir çantanın içerisinde içki şişelerinin bulunduğu görüldüğü, davacının iş akdinin davalı işverence doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları üzerine haklı nedenle feshedildiği anlaşılmakla ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesince fesih nedenleri üzerinde durulmadan işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmadığı ve fesih öncesi davacının savunmasını almadığı gerekçesiyle feshin geçersiz olduğuna dair gerekçelerinin davalı işverenin iş akdini haklı nedenle feshettiğini belirtmesi, haklı fesihlerde savunma alma zorunluluğunun bulunmaması ve feshin yazılı olması zorunluluğunda olmaması karşısında yerinde olmadığı, davalı işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı anlaşılmakla mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.”.

⁵³⁵ ARSLAN-ERTÜRK, s.319-320.

gerektiğini ifade etmektedir⁵³⁶. Yazar, E-posta yahut sms yoluyla gönderilen mesajın da elektronik ortamda yer alan birer yazılı belge olduğunu, bu yönüyle yazılılık şartının yerine getirilmiş olacağını bu yöntemle aynı zamanda işverene maliyet ve zaman yönlerinden tasarruf sağlanacağını da belirtmekte⁵³⁷, lakin bu yöntemlerle yapılacak fesihlerin de geçerliliği açısından birkaç hususa dikkat edilmesi gerektiğini de dile getirmektedir: Sözleşmenin başında işçi tarafından iş sözleşmesinde açıkça telefon numarası veya e-posta adresi belirtilmiş ve bu telefon yahut e-posta adresine tebligat yoluyla fesih bildirimi yapılabileceği, işçinin özgür iradesiyle kararlaştırılabilmişse, SMS yahut e-posta yoluyla yapılan fesih bildiriminin, yazılılık şeklini yerine getirdiğinin kabulü gerekir. Diğer açıdan, e-posta adresinin yahut SMS gönderilecek telefon numarasının fesih bildirimi yapılacak muhataba ait olması gerektiğini belirten yazar, aksi takdirde fesih işleminin geçersiz olacağını da belirtmiştir⁵³⁸.

Bu noktada diğer bir problem de iş akdinin işçi tarafından haklı nedenlerle feshinde ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da değindiğimiz gibi iş kanununa tabi olsun olmasın bütün iş ilişkilerinde TBK m.435 uygulanmalı bunun sonucu olarak da fesih kim tarafından gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin fesih nedeni yazılı olarak karşı tarafı bildirilmelidir. Dolayısıyla iş akdini haklı nedenle fesheden taraf işçiye bu zorunluluğa işçinin de katlanması gerekecektir⁵³⁹. İşçi bu zorunluluğa uymadığında ise hem fesih haksız fesih olacak ve bunun sonucu olarak işverene -Hangi kanuna tabi olduğuna göre değişecektir- İK m.17 gereği ihbar tazminatı yahut TBK m.439/1 gereği aylık ücretinin dörtte birine eşit bir tazminat ödemek zorunda kalabilecek hem de kıdem tazminatından mahrum kalacaktır. Yani sözleşmenin devamı kendisi için çekilmez bir hal alan işçi, salt TBK m.435/1 gereği yazılılık kuralına uymadığı için, yukarıdaki bahsedilen haklarından mahrum kalacak ve bu sonuç da iş hukukunun özel karakterine açıkça aykırı olacaktır⁵⁴⁰. Bu durumda *SÜZEK*'e göre, TBK m.435/1 kuralı TMK 1/2 ve TMK 5 uyarınca uyarlamaya tabi tutularak, sözleşmenin işçi tarafından

⁵³⁶ Ş. ERTÜRK, s.36.

⁵³⁷ Ş. ERTÜRK, s.36.

⁵³⁸ Ş. ERTÜRK, s.37.

⁵³⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm- III- D.

⁵⁴⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 698; aynı yönde bkz. Mustafa ALP, "Olumsuz İşyeri Uygulaması ile Bir İkrariyenin Kaldırılması -Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının İncelenmesi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756150>, (27.12.2020), (İşyeri Uygulaması), s.3089.

geçerli bir şekilde haklı nedenle feshedildiği sonucuna varılmalıdır⁵⁴¹.

F. Haklı Nedenle Fesihte Feshin Son Çare Olması İlkesinin Uygulanabilirliği

4857 Sayılı İş Kanunu'nda "*Feshin Son Çare Olması İlkesi (Ultima Ratio)*" açıkça düzenlenmemiştir, buna rağmen iş sözleşmelerinin süreli feshinde⁵⁴², feshin son çare olması ilkesinin uygulanabilirliği konusunda öğretide görüş birliği vardır denebilir⁵⁴³. Feshin son çare olması ilkesi gereğince, dürüst ve makul bir işveren, iş ilişkisinin feshinden önce sözleşmenin devamlılığını ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini sağlamak için yeterli çabayı göstermelidir⁵⁴⁴.

Diğer sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, iş ilişkileri de güven temeli üzerine kurulmaktadır. Taraflar için bahsedilen güvenin temelinden çökmesi halinde çoğu zaman taraflar ilişkiyi haklı nedenlerle derhal feshetmek isteyebileceklerdir. Bu açıdan feshin son çare olması ilkesinin, iş ilişkilerinin haklı nedenlerle feshine nitelik olarak uygunluğu sorgulanmalıdır⁵⁴⁵.

Öğretide ALP, Yüksek Mahkeme'nin bu kararı⁵⁴⁶ ile feshin son çare olması ilkesine göre bir denetime gidileceğini kabul ederek işverenin haklı fesih yetkisini

⁵⁴¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.698; aynı yönde Yarg. 22.HD. 2017/8955 E. 2017/18252 K. 18.09.2017 T.: "*Bu durumda, uzun süreli çalışması bulunan bir işçinin haklarını ortadan kaldıracak şekilde istifa ederek işten ayrılmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu da değerlendirildiğinde, istifa dilekçesinin gerçek bir istifa iradesi taşımadığı, işçinin fazla çalışma ve genel tatil ücreti alacaklarının ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği anlaşılmaktadır.*"

⁵⁴² Nitekim İK m.18 gerekçesinde de: "*Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.*"

⁵⁴³ SÜZEK, İş Hukuku, s.580-581; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.517; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.396; DEMİR, İş Hukuku, s.344; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.289; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.209; SÜMER, İş Hukuku, s.102; GÜVEN/AYDIN, s.176; ŞEN, s.110; Bkz. İkinci Bölüm- II- D- 2- e.

⁵⁴⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.581; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.98; EYRENCİ, Ölçülülük, s.36; GÜZEL, Son Çare İlkesi, s.561 vd.

⁵⁴⁵ Yarg. 9.H.D. 2006/3213 E. 2006/5521 K. 06.03.2006 T.: "*Kuşkusuz işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshi kural olarak geçerli nedene dayanır. Ancak, bu halde dahi feshin son çare olması gerekir. İşyerinde davacının yapabileceği iş olup olmadığı araştırılmamıştır. Başka bir anlatımla davacının iş sözleşmesinin feshinden önce feshin son çare olduğu ilkesinin uygulanıp uygulanmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Davalıya ait işletmenin kapasitesi ve davacının nitelikleri dikkate alınarak, gerekirse iş yerinde keşif yapılmak suretiyle durumuna uygun hafif bir işte değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.*"; Aynı yönde Yarg. 9.HD. 2015/24151 E. 2015/35707 K. 16.12.2015 T.

⁵⁴⁶ Bkz. Dn.561'daki karar ilk karar. (Yarg. 9.H.D. 2006/3213 E. 2006/5521 K. 06.03.2006 T.)

sınırladığını belirtmekte, kararın adil ve olması gereken hukuk bakımından yerinde olduğu görüşünü savunmaktadır⁵⁴⁷. Yazara göre: “... Eğer işverene ait başka bir iş yeri daha varsa, bu iş yerinde boş bir pozisyon mevcutsa ve bu pozisyonda farklı bir iş yerinde çalışmak işçi bakımından sakıncalı değil ise, bu tedbire başvurmadan doğrudan iş sözleşmesinin feshedilmesi, iş güvencesinin ruhuna aykırı bir sonuçtur. Gerçekten iş güvencesinin temelinde işçinin süreli veya derhal ayırımı gözetilmeksizin her türlü işveren feshine karşı korunması düşüncesi yatmaktadır. Bu nedenle işverenin haklı fesih yetkisini de ölçülü olarak, son çare ilkesini gözeterek kullanması gerekir. Alman hukukunda da ölçülülük ve son çare ilkelerinin haklı fesihlerde de uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak olan hukuk bakımından aynı sonuca ulaşmak güçtür. Zira İK 25/I-b’deki koşullar oluşmuş ise, feshin ölçülü, gerekli, elverişli olup olmamasına, işçinin başka bir işte çalışma olanağı bulunup bulunmamasına bakılmaksızın işverenin haklı fesih yetkisini kabul etmek gerekir. Yapılması gereken, İK m. 25’in yasa koyucu tarafından yeniden elden geçirilmesi, özellikle sağlık sebeplerinde işverene haklı fesih yetkisi tanıyan 1. Bendin yasadan çıkartılmasıdır...”⁵⁴⁸

Kanımızca, ALP’in olması gereken hukuk açısından uygun bulunduğu çözüm hukuk mantığı açısından tutarlı gözükse de ve işçinin mahrum kaldığı haklarının ağırlığı gereği “Feshin Son Çare Olması İlkesi”nin uygulanmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşılması gerekiyor gibi olsa da, İK m.24 ve İK m.25 hükümlerinin içerdiği derhal fesih hakkının niteliği gereği, “Feshin Son Çare Olması İlkesi”nin uygulanabilir olmadığı görüşünü taşımaktayız. Kısaca örnek vermek gerekirse işçinin, iş yerinde hırsızlık yapması üzerine, işçiye karşı haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanacak işverene, sözleşmeyi feshetmeden önce örneğin işçinin başka bir pozisyonda çalışabilip çalışamayacağını sorgulatmak⁵⁴⁹ yahut işverenin başka bir iş yeri veya işletmesinde çalışabilip çalışamayacağını sorgulatmak ve salt bu

⁵⁴⁷ ALP, Değerlendirme, s.159; aynı yönde bkz.; Gaye Burcu YILDIZ, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756541>, (31.08.2020), (Orantılılık), s.691-693.

⁵⁴⁸ ALP, Değerlendirme, s.159; aynı yönde BİRBEN, Ölçülülük, s.312-314; TURGUT, s.158.

⁵⁴⁹ Örneğin bir süpermarkette kasiyer olarak çalışan işçinin, günlük ciroyu aşırması durumunda, işverenin kasiyeri başka bir pozisyonda çalıştırmak zorunda kaldığını, işçinin kasiyerlik görevinden alınarak ürün etiketleme görevlisi olarak çalıştırılmaya devam ettirildiğini düşünelim. Bu ihtimalde de İK m.22 gereği işveren, işçi aleyhine esaslı değişiklik yapma yasağı ile karşı karşıya kalabilecektir. Bu sebeple “Feshin Son Çare Olması İlkesi”nin, haklı nedenlerle derhal fesihlerde uygulanabilir bir ilke olmadığı kanaatindeyiz.

sorgulamanın yapılmadığından bahisle işçinin açtığı işe iade davasını kabul etmek, iş hukukunun gayesine aykırı olacağı gibi, bu çözümün pratikte de karşılığı olmayacaktır. İşverene, güven temeli çöken bir ilişkide, yapacağı feshin son çare olup olmadığını sorgulama yükümlülüğünü yüklemek doğru olmayacaktır. Yukarıda haklı nedenle fesihte savunma alınmasının zorunlu olmaması gerektiğini belirttiğimiz kısımda⁵⁵⁰ da ifade ettiğimiz üzere, iş ilişkileri gibi sürekli borç yaratan ve güven temeli üzerine kurulan sözleşmelerde, güven temelinin, sözleşmeye devam edilmesi beklenemeyecek şekilde tahrip olması durumunda, haklı sebeple derhal fesih hakkının, feshin son çare olup olmadığı sorgulanmaksızın kullanılabilmesi ve fesih hakkının bu denli sınırlandırılmaması gerekir, aksini düşünmek, hakkaniyete ve borçlar hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil edebilecektir. Kaldı ki, kanun koyucu İK m.18 gerekçesinde de feshe en son çare olarak bakılması noktasını geçerli sebeplerle fesih için sınırlı tutmuş, “geçerli sebep” lafzının yanında haklı sebep kavramına kanımızca bilinçli olarak yer vermemiştir. Tüm bu sebeplerle sürekli borç ilişkilerinden kurtulma imkânı tanıyan haklı nedenle derhal fesih hakkının, bahsedilen şekilde sınırlanması yerinde olmayacaktır.

Öğretide, iş ilişkisini sürdürmenin katlanılamaz bir hal aldığı durumlarda gerçekleştirilecek haklı nedenle fesihlerde, bu hakkın kullanımın son çare olması gerektiği yönünde pozitif bir düzenleme getirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁵¹.

G. Basın İş Kanunu Kapsamındaki ve Deniz İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin İş Sözleşmelerinin Haklı Nedenle Feshi

Basın İş Kanunu’nda haklı nedenle derhal feshin şekline ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir⁵⁵². Basın İş Kanunu m.6/son fıkrası uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanan ve haklarında İş Kanunu m.18, m.19, m.20, m.21 ve m.29 hükümleri kıyas yoluyla uygulanacak gazeteciler bakımından, İş Kanunu’na tabi olup da iş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin haklı nedenle derhal feshindeki yazılılık sorunlarına ilişkin tartışmalar, burada da aynen geçerliliğini

⁵⁵⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm- III- D.

⁵⁵¹ GÜRSEL, s.112; TURGUT, s.159.

⁵⁵² SÜMER, Basın İş, s.189; ARSLAN-ERTÜRK, s.314.

korumaktadır⁵⁵³. Öğretide, TBK m.435 hükmünün, bütün diğer İş Kanunlarına tabi olan işçilerin iş sözleşmelerinin haklı nedenle derhal feshinde uygulanması gerektiği gibi, Basın İş Kanunu'na tabi işçilerin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde de uygulanması gerektiği, dolayısıyla gazeteci yahut işveren tarafından yapılacak haklı nedenle derhal fesihlerde, TBK m.435 gereğince fesih beyanlarının yazılı olarak yapılması ve dayanılan sebebin de açıkça gösterilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁵⁴. Sözleşmeyi fesheden taraf, serdettiği haklı fesih iradesi ve sebebiyle bağlı olacak ve daha sonra başka bir sebebin varlığını ileri süremeyecektir⁵⁵⁵. Uyuşmazlık halinde haklı sebebin varlığını, sözleşmeyi fesheden taraf ispatlayacaktır⁵⁵⁶.

Haklı nedenle derhal fesihte savunma alınması sorununa ilişkin öğretideki tartışmalar aynen burada da geçerlidir⁵⁵⁷. Diğer bir yandan haklı nedenle derhal feshin hangi süre içerisinde kullanılabileceği hususundaki boşluklar ve tartışmalar, yine

⁵⁵³ Bkz. Üçüncü Bölüm- III- E.

⁵⁵⁴ SÜMER, Basın İş Hukuku, s.189-190.

⁵⁵⁵ ARSLAN-ERTÜRK, s.314-315; aynı yönde bkz. Yarg. 22.HD. 2016/15006 E. 2019/12901 K. 13.06.2019 T.: "...Somut olayda; davacı işçi iş sözleşmesinin davalı yanca haklı nedene dayanmaksızın feshedildiğini ileri sürmüştü, buna karşılık davalı vekilince davacının iş sözleşmesinin kendilerince feshedilmediği aksine davacının haklı bir neden olmadan istifa dilekçesi vermek suretiyle iş akdine son verdiği savunulmuştur. Mahkemece; 27.10.2010 tarihli istifa dilekçesine göre iş sözleşmesinin davacı tarafından feshedildiği, davacının ödenmeyen işçilik alacaklarının bulunması nedeniyle feshin haklı nedene dayandığı gerekçesiyle kıdem tazminatının kabulüne karar verilmiş, ihbar tazminatı talebi ise reddedilmiştir. Gerçekten, 27.10.2010 tarihli istifa dilekçesinde davacı kendi isteği ile işten ayrıldığını beyan etmiş olup dosya kapsamı ile iş akdinin işçi tarafından sonlandırıldığı sabittir. İşçinin fesih tarihi itibarıyla ödenmeyen işçilik alacakları bulunmakta ise de; dava dilekçesinde iş sözleşmesinin işverence sonlandırıldığı iddia edilmiştir. Dairemizin yerleşik hale gelen görüşüne göre; davacı, işverenin haklı bir neden olmadan iş akdine son verdiği iddiasını ispatlayamadığı gibi dava dilekçesinde iş akdinin haklı nedenle işçi tarafından sonlandırıldığı da iddia edilmediğinden artık işçi feshinin haklı bir nedene dayalı olup olmadığının tartışılabilmesi davacı talebi ile çelişeceği gibi davacının iddiasını genişletir mahiyette olacağından mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle; Mahkemece kıdem tazminatı talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..."; Yarg. HGK. 2013/9-1075 E. 2014/923 K. 19.11.2014 T.: "... İş sözleşmelerinde fesih bildiriminde bulunma hakkı, kural olarak her iki tarafa da tanınmıştır. Hukuki niteliği itibarıyla fesih bildirimi yenilik doğuran bir hak olduğundan beyanın karşı tarafa ulaşması ile sonuç doğuracağından karşı tarafın kabulüne gerek yoktur. Bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı olan fesih bildirimi ile, iş sözleşmesi sona ereceğinden, bildirimin belirli ve açık şekilde yapılması gerekmektedir. Bu nedenle fesih bildiriminde bulunan taraf ileri sürdüğü sözleşmeyi sona erdirmeye nedenini ile bağlı olup bildirdiği fesih nedenini sonradan değiştirmesi mümkün değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.1990 gün 1990/9-464 E. 1990/592 K. sayılı ilamında da iş sözleşmesini fesheden tarafın ileri sürdüğü fesih sebepleri ile bağlı olduğu ve bildirdiği fesih nedenini sonradan değiştirmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, somut olay değerlendirildiğinde, ailevi nedenlerle iş akdini feshettiğini 16.08.2005 tarihli istifa dilekçesi ile işverene bildirerek sözleşmeyi fesheden davacı işçinin, 30.12.2008 tarihli dilekçesine eklediği Sosyal Güvenlik Kurumundan aldığı yazıyı da ekleyip kıdem tazminatı isteminde bulunarak, fesih nedenini değiştirmesi mümkün değildir...".

⁵⁵⁶ SÜMER, Basın İş Hukuku, s.190.

⁵⁵⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm- III- D.

burada da geçerlidir⁵⁵⁸. Uygulamada Yargıtay, İş Kanunu'nda mevcut haklı nedenle derhal feshin kullanılmasına ilişkin 6 iş günlük sürenin, Basın İş Kanunu'nda yer almadığı ve bu sebepten dolayı bu sürenin gazetecilere uygulanamayacağını içtihat etmektedir⁵⁵⁹.

Deniz İş Kanunu'na tabi işçiler açısından ise Deniz İş Kanunu m.18 hükmü süreli fesih ile haklı nedenle derhal fesih arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın ortak yükümlülükler yer vermektedir, dolayısıyla yukarıda Deniz İş Kanunu'na tabi işçilerin sözleşmelerinin süreli feshi hususundaki açıklamalar, aynen burada da geçerliliğini koruyacaktır⁵⁶⁰. Nitekim Yargıtay da yazılı şekle ilişkin hükmün ispat şartı olduğu görüşünü benimsemektedir⁵⁶¹.

IV. Haklı Nedenle Fesihte Şekle Uyulmamasının Hukuki Sonuçları

A. Genel Olarak

İşveren yahut işçi tarafından yapılacak haklı nedenle fesihlerde, yukarıda bahsedilen şekil kurallarına uyulmaması sonucu yapılacak fesih haksız fesih olarak nitelendirilecek ve haksız fesih rejimine tabi olacaktır⁵⁶². İş sözleşmesinin, işçi yahut işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde İK m.26/2 gereği genel hükümlere göre tazminat talep edilebileceği açıktır⁵⁶³. Nitekim Yargıtay'da bir

⁵⁵⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm- III- C.

⁵⁵⁹ Yarg. 9.HD. 2000/4840 E. 2000/8081 K. 07.06.2000 T.: “Ayrıca hak düşürücü süre niteliğinde olduğu için irtula tarihinden itibaren fesih hakkını kullanma için öngörülen 6 işgünlük süre İş Yasasında bulunduğu halde Basın İş Yasasında yer almamıştır. Yasada yer almayan hak düşürücü sürenin davada uygulanması doğru değildir.”

⁵⁶⁰ Bkz. İkinci Bölüm- II- F.

⁵⁶¹ Yarg. 9.HD. 2009/5204 E. 2011/5925 K. 13.03.2011 T.: “Deniz İş Kanunu’nun “Fesih Bildirimi” başlıklı 18.Maddesinin “Hizmet aktinin işveren veya işveren vekili tarafından feshedilmesi halinde sebepleri ile birlikte gemi adamına yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Bildirim imkânı olmıyan hallerde durum bir tutanakla tespit olunur.” hükmünü taşıdığı anlaşılmıştır. Davacının iş akdinin işveren tarafından kendisi gibi aynı gemide gemi adamı olan 2.Makinist ile tartışıp, kafasına bardak fırlatması nedeniyle feshi haklı nedene dayandığından, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanması mümkün değildir. Yazılı fesih bildiriminin olmaması haklı feshi hükümsüz hale getirmez. Bu nedenle davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.”

⁵⁶² EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.250; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.206; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.249-250; Haklı bir neden olmaksızın fesih bildiriminde bulunulması durumunda, bu feshin iş sözleşmesinin kaldırılması yolunda karşı yana yapılmış bir öneri olarak yorumlanabileceği yönünde: TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.238.

⁵⁶³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.477-478; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.226-227; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.237; BAL, s.25 vd.

kararında genel hükümlere göre manevi tazminat talebinin kabulü yönünde karar vermiştir⁵⁶⁴.

Genel hükümlere göre tazminat talebinin yanında, iş ilişkisi haksız şekilde feshedilen işçi yahut işverenin başka ne gibi taleplerde bulunabileceğine çalışmamızın devam eden kısımlarında yer vermeye çalışacağız.

B. İşverenin Haklı Nedenle Fesihte Şekle Uymaması

1) Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri Bakımından

a) İş Güvencesi Kapsamına Giren İş Sözleşmelerinde

İş güvencesi kapsamına giren iş ilişkilerinde, İK m.25/son uyarınca iş güvencesi hükümlerinin haksız fesihlerde de uygulanacağı öngörülmüştür⁵⁶⁵. Gerçekten de işverence geçerli nedenle yapılan fesihlerde iş güvencesi hükümlerinin uygulanıp, işverence haklı nedenle yapılmış gibi gösterilen haksız fesihten karşı iş güvencesi hükümlerinin uygulanmaması yasanın eksik kalmasına yol açardı⁵⁶⁶. Örneğin işveren tarafından yapılan haklı nedenle fesihte İK m.20 yahut İK m.21'deki kurallara uymayarak sözleşmeyi fesheden işverenin yaptığı bu fesih, haksız fesih olarak nitelendirilecek ve işveren haksız fesih rejimi ile muhatap olacaktır. Nitekim Yargıtay da iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanarak işe iade davalarının kabulü yönünde hüküm vermektedir⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Yarg. 9.HD. 2014/2671 E. 2015/14580 K. 16.04.2015 T.: "Dosya kapsamına göre "işveren yetkilisinin ellerinde görüntülerinin bulunduğunu belirterek ahlaksızlıkla suçlamasının" davacının kişilik haklarına saldırı ve kişilik haklarının ihlali niteliğinde olduğunun kabulü gerekirken davalıların kendi iddialarını ispatlayamaması karşısında manevi tazminat talebinin kabulü gerekirken Mahkemece, gerekçesi dahi belirtilmeden yazılı şekilde talebin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

⁵⁶⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.700; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.465; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.247,250; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 204,206; GÜVEN/AYDIN, s.217; SÜMER, İş Hukuku, s.120.

⁵⁶⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.700.

⁵⁶⁷ Yarg. 9.HD. 2005/39001 E. 2006/2268 K. 06.02.2006 T.: "Davacının iş sözleşmesi, davalı işverence ihbar öneli verilmeden ya da ihbar tazminatı ödenmeden feshedilmiştir. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesi bildirimli fesih yolu ile değil, haklı nedene dayanılarak derhal fesih hakkı çerçevesinde sonlandırılmıştır. İşverenin, İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshettikten sonra işçinin emeklilik talebinde bulunması, feshin işçi tarafından yapıldığı sonucunu doğurmaz. Zira, işverenin derhal fesih hakkına ilişkin bildirimi işçiye ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurmuştur. Bu nedenle, davacının fesihten sonra emeklilik talebinde bulunduğu gerekçesi ile işe iade isteğinin reddine

Bu noktada, yukarıda iş güvencesine tabi işçilerin sözleşmelerinin süreli olarak geçerli nedenlerle feshedilmesi durumunda şekle uyulmamasının hukuki sonuçları ile paralel sonuçlar doğacağından, burada tekrara düşmemek adına aynı açıklamalara yer vermekten imtina etmekteyiz⁵⁶⁸.

b) İş Güvencesi Kapsamına Girmeyen İş Sözleşmelerinde

İş Kanunu'na tabi olup da iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan işçilere karşı yapılan haksız fesihlerde İK m.17 hükmü ve bu hükümde boşluk bulunan hallerde (öğretide tartışmalı olmakla birlikte) TBK m.438 hükmü , İş Kanunu'na tabi olmayıp Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan işçilere karşı uygulanacak haksız fesihlerde ise TBK m.438 hükmü uygulama alanı bulacaktır, böylelikle usulüne uyulmaksızın yapılan fesihler haksız fesih niteliği taşıyıp haksız feshin hüküm ve sonuçlarına tabi olacaktır⁵⁶⁹. Bu doğrultuda İş Kanunu'na tabi olup iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan bir işçinin iş sözleşmesi haksız olarak feshedildiğinde İK m.17 gereği fesih bildirim süresine ilişkin ücret tutarında ihbar tazminatı, koşulları varsa kıdem tazminatı ve -öğretide tartışmalı olmakla birlikte haksız fesih tazminatına ilişkin olarak İş Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme bulunmadığından, bunun bir boşluk olarak nitelendirilebileceği ve sonuç olarak İş Kanunu'na tabi ilişkilerde de genel hüküm niteliğindeki TBK m.438/3ün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz- TBK m.438/3 gereği yargıç tarafından takdir edilirse işçinin en fazla altı aylık ücreti tutarında bir tazminat (haksız fesih tazminatı) işverenden talep edilebilecektir⁵⁷⁰.

karar verilmiş olması doğru değildir... Dosya içeriğine göre, feshin haklı veya geçerli nedene dayandığı işverence kanıtlanmış olmadığından davacının işe iade isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekir.”.

⁵⁶⁸ Bkz. İkinci Bölüm- III- B.

⁵⁶⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.700; DEMİR, İş Hukuku, s.423; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.250-251; ARSLAN-ERTÜRK, s.310; BASKAN, s.105 vd.; SOYER, Sona Erme, s.15; ÖZDEMİR, (Etki), s.220 vd.; Emine Tuncay SENYEN-KAPLAN, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları”, https://www.mess.org.tr/media/files/6695_YAESR973B5sicilsayi36.pdf, (19.04.2020), (Belirli Süreli), s.28; Hakan KESER, “Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/7113_OFS1KGUEREsicil43.pdf, (22.09.2020), (Objektif Sebep), s.37.

⁵⁷⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.700-701; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.466-467; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.250-251; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.250; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN; s. 206; SÜMER, İş Hukuku, s.120; GÜVEN/AYDIN, s.217-218.

Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler açısından ise yine TBK m.438 hükmü uygulanacak lakin sonuçlar yukarıda anlatılanlardan farklı olacaktır. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, bu işçi grubu İş Kanunu'na tabi olmadığından kıdem tazminatı talep edemeyecektir. Diğer bir fark ise fesih süreleri bakımından devreye girecektir. Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler İK m.17 düzenlemesinden yararlanamayacaklarından TBK m.432'deki fesih bildirim sürelerine tabi olacaklardır. Anılan maddedeki süreler, İK m.17'deki sürelere nazaran daha kısa olduğundan, Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan işçilerin talep edecekleri ihbar tazminatı benzeri tazminatın miktarı daha azdır. Yine TBK m.438/3 uyarınca yargıç tarafından takdir edilmesi koşuluyla en fazla altı aylık ücreti tutarında haksız fesih tazminatı talep edebileceklerdir⁵⁷¹.

Önemle belirtilmelidir ki, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedildiğinde, iş güvencesi hükümleri devreye girdiğinden, yapılan fesih geçersiz(kendine özgü geçersizlik) kabul edildiği halde, iş güvencesi kapsamında olmayan İş Kanunu'na tabi işçilerle Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler açısından haklı neden olmadan yapılan fesihler haksız fesih olarak kabul edilecek ancak bu kabul yapılan feshin geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğurmasına engel olamayacak ve sözleşme sona erecek, bununla beraber işçi yukarıda belirtilen tazminat kalemlerini talep edebilecektir⁵⁷².

2) Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Bakımından

İK m.25 hükmünde “*süresi belirli olsun veya olmasın...*” şeklinde hüküm kurulmuş ve haklı nedenlerle feshin sözleşme türü fark etmeksizin bütün iş ilişkilerinde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshedilmesi halinde iş güvencesine ilişkin İK m.18 vd. hükümleri, İK m.18 lafzında da anlaşıldığı üzere, uygulanamaz. Bu sebeple belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde hangi hüküm ve sonuçlar doğacağı hususunda cevabı İş Kanunu'nda bulamamaktayız⁵⁷³. Bu sorunun cevabı yeni TBK m.438 ile açıklığa kavuşturulmuştur. Bu hükümle birlikte yasa koyucu, Türk Borçlar Kanunu'na tabi belirli süreli iş

⁵⁷¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.700; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.226-227.

⁵⁷² SÜZEK, İş Hukuku, s.701.

⁵⁷³ SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.22.

sözleşmeleri ile -genel hüküm niteliğindeki bu hükmün kıyasen uygulanması sonucu- İş Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmelerinin, haklı neden olmaksızın feshinde hangi sonuçların ortaya çıkacağını hüküm altına almıştır⁵⁷⁴.

Eski borçlar kanunu dönemindeki, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işverence sona erdirilmesinin kusurlu imkansızlık mı, alacaklı temerrüdü mü yoksa sözleşmenin haksız feshi mi olduğu konusundaki öğretideki tartışmalar yeni TBK m.438 ile son bulmuş; İsviçre ve Fransız hukukunda olduğu gibi bu tutumun bir haksız fesih oluşturduğunu, sözleşmeyi sona erdirdiğini ve işçinin bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarının tazminat olarak talep edebileceğini, ayrıca yargıç tarafından takdir edilirse haksız fesih tazminatı da talep edebileceğini açıkça hüküm altına almıştır⁵⁷⁵.

Bu noktada İş Kanunu'na tabi olup belirli süreli iş sözleşmesi haksız⁵⁷⁶ olarak feshedilen işçiler, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapıldığını ve bu sözleşmenin de süresinden önce feshedildiğini ispatlamak koşuluyla⁵⁷⁷, TBK m.438'deki bakiye

⁵⁷⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.701; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.467-468; DEMİR, İş Hukuku, s. 423; AKTAY/ARICI/SENİYEN-KAPLAN; s. 206; SÜMER, İş Hukuku, s.120; SENİYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.26.

⁵⁷⁵ SÜZEK, İş Hukuku s. 702; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.226-227.

⁵⁷⁶ Yarg. 9.HD. 2007/16098 E. 2008/15750 K. 16.06.2008 T.: *“Belirli süreli sözleşmeler, geçerli nedenlerle feshedilemez, taraflar aralarındaki iş sözleşmesini belirli bir süre öngörerek yapmışlarsa, fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sayılmalıdırlar.”*.

⁵⁷⁷ OCAK, s.1294; Buna karşılık sözleşmenin haklı olarak feshedildiğini ve bundan dolayı bakiye süre ücretine hak kazanılmadığının ispat yükü ise işverendedir.: OCAK, s.1294.

ücret⁵⁷⁸ ve yargıç tarafından takdir edilirse işçinin en fazla⁵⁷⁹ altı aylık ücreti tutarında haksız fesih tazminatı⁵⁸⁰na ek olarak sözleşmede kararlaştırıldıysa cezai şart ve eğer şartları oluştuysa kıdem tazminatı talep edebileceklerdir. Lakin sözleşme belirli süreli olduğundan ihbar tazminatı isteyemeyecekleri gibi iş güvencesi hükümlerinden de yararlanamayacaklarından işe iade davası ve bu davaya bağlanan sonuçlardan da yararlanamayacaklardır⁵⁸¹. Türk Borçlar Kanunu'na tabi olup belirli süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçiler ise belirtilen kalemlerden İş Kanunu'na tabi olmadıklarından kıdem tazminatı, sözleşmelerinin süresi belirsiz olmadığından ihbar tazminatı ve yine İş Kanunu'na tabi olmadıklarından iş güvencesine ilişkin

⁵⁷⁸ Bakiye ücretin geniş anlamda ücret üzerinden hesaplanması gerekir: SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.24; Bakiye ücrete işletilecek faiz türü hususunda Yarg. 7.HD. 2014/18735 E. 2015/12270 K. 16.06.2015 T.: “İş Hukukunda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi ya da taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir. Bakiye süre ücreti eylemli bir çalışmanın karşılığı olmadığından, 4857 Sayılı Kanun'un 34. maddesinde öngörülen özel faiz uygulanmaz ve bu ücretlere dair olarak sigorta primi ödenmesi de gerekmez.”; aynı yönde Yarg. 22. HD. 2014/4997 E. 2015/15488 K. 28.04.2015 T.; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2015/28047 E. 2018/23085 K. 12.12.2018 T.; aynı yönde OCAK, s.1293; ÇİL, s.309; Bakiye süre ücretine işletilecek faiz oranının da İK m.34'te belirlenen özel faiz oranı olması gerektiğine yönelik görüşümüz için bkz. İkinci Bölüm-III- B- dn.361. Dönemsel bir ödeme olduğundan bahisle bakiye süre ücretinin zamanlaşımının on yıl olduğu hususunda bkz. ÇİL, s.309. Kanımızca, belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi durumunda, bakiye ücrete ilişkin toplu iş sözleşmesinde ayrıca bir hüküm varsa, bu ücretin kanundan kaynaklanan kısmına İK m.34'te belirlenen özel faiz oranı, kanuni kısmını aşan kısmına ise SETİSK m.53/2'de öngörülen faiz oranı uygulanmalıdır. Örnek vermek gerekirse, iş yerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesinde, haksız fesih halinde 24 aylık bakiye ücret ödeneceği hususunda bir hüküm bulunduğunu varsayalım, bu iş yerinde süresi 12 ay olarak belirlenen bir iş sözleşmesinin işverence 4. Ayda haksız feshi halinde, kalan 8 aylık bakiye ücret kanundan kaynaklanan bir alacak kalemi olduğundan İK m.34'teki özel faiz oranı, 12 aylık bakiye ücret ise Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklandığından SETİSK m.53/2'de öngörülen faiz oranı uygulanmalıdır.: Yarg 9.HD. 2009/18959 E. 2011/24260 K. 14.07.2011 T.: “Öte yandan, alacağın bir kısmının yasadan bir kısmının toplu iş sözleşmesinden doğması halinde, kural olarak yasadan ve toplu iş sözleşmesinden doğan miktarlar ayrı ayrı belirlenmeli ve yasadan kaynaklanan için yasal faize, toplu iş sözleşmesi sebebiyle ödenmesi gereken miktar yönünden ise işletme kredisi faizine karar verilmelidir.”.

⁵⁷⁹ Hükümün nispi emredici olduğu, bireysel yahut toplu iş sözleşmesi ile bu tutarın işçi lehine artırılabilceği hatta bu tazminata ek olarak cezai şartın da kararlaştırılabileceği hususunda bkz. SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.27.

⁵⁸⁰ Haksız fesih tazminatının niteliği gereği sui generis bir tazminat olduğu, bu tazminatın amaçlarından birinin işçiyi manevi yönden tatmin etmek olduğu ve bundan dolayı medeni ceza özelliği gösterdiği yönünde bkz. SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.27; haksız fesih tazminatının medeni ceza özelliğinden dolayı manevi zararın miktarının ve kişilik haklarının ne derecede ihlal edildiğini işçi tarafından ispatı gerektiği yönünde bkz.: SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.27.; Kanunda aksine bir belirleme olmadığından haksız fesih tazminatının işçinin çıplak ücreti üzerinden hesaplanması gerektiği yönünde bkz.: SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.28; KESER, Objektif Sebep, s.37. Haksız fesih tazminatı için ayrıca bkz. Bektaş KAR, “Haksız Fesih Tazminatı”, Prof. Dr. Savaş TAŞKENT'e Armağan, İstanbul, 2019, (Haksız Fesih), s.1-10.

⁵⁸¹ Yarg. İBGK 2017/10 E. 2019/1 K. 08.03.2019 T.: “Belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi, iş güvencesinden yararlanamaz, sözleşmenin feshinde bildirim süresi tanınması gerekmez ve tarafların ihbar tazminatı talep hakları bulunmamaktadır. Sözleşmenin kendiliğinden sona ermesinde kıdem tazminatı talep hakkının bulunduğu dair yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle süre bitiminde iş ilişkisi kendiliğinden sonlandığında kıdem tazminatı alamayacağı yönündeki görüş ve uygulamalar mevcuttur.”; aynı yönde SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.24.

tazminatları talep edemeyecekler, sadece TBK m.438 gereği bakiye ücret tutarında bir tazminat, yargıç takdir ederse haksız fesih tazminatı ve eğer sözleşmeyle kararlaştırıldıysa cezai şart isteyebileceklerdir⁵⁸². Bakiye süre ücretinden, TBK m.438/2 gereği gerekli indirimler yapılmalıdır⁵⁸³, bu indirimin yasal şartları araştırılmaksızın belli bir oran üzerinden yapılması Yargıtay’ca bozma sebebi olarak görülmektedir⁵⁸⁴, lakin Yargıtay’ın oransal indirimde gittiği birkaç kararına da rastlanmıştır⁵⁸⁵. Şunu da belirtmek gerekir ki, belirli süreli iş sözleşmesi olmasına rağmen işverence işçiye ihbar tazminatı ödenmişse, ihbar tazminatının bakiye süre

⁵⁸² SÜZEK, İş Hukuku, s. 702. SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.27; fesih sebebiyle kişilik hakları zedelenmiş olan işçinin bu kalemlere ek olarak genel hükümlere göre manevi tazminat talep edebileceği lakin haksız fesih tazminatıyla birlikte kötü niyet tazminatı yahut sendikal tazminat talep edilemeyeceği yönünde bkz. SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.27-28.

⁵⁸³ Yarg. 9.HD. 2014/15933 E. 2015/27556 K. 06.10.2015 T.: “Somut olayda davacının 4 aylık belirli süreli iş sözleşmesi 27 gün sonra davalı işverence haksız olarak feshedilmiştir. Mahkemece davacının bakiye 93 günlük süre ile iş sözleşmesinde kararlaştırılan ikramiye alacağı hüküm altına alınmıştır. SGK hizmet cetveline göre bu bakiye süre zarfında davacının başka bir iş yerinde çalışması gözükmemektedir. Ancak davacının bu bakiye süre zarfında iş yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar nazara alınarak hüküm altına alınan alacaklardan makul bir oranda indirim yapılmaması hatalıdır.”; Yarg. 9.HD. 2014/13114 E. 2015/25647 K. 15.09.2015T.: “Öncelikle davacının bakiye süre ücret alacağı hesaplanırken başka işverenler nezdinde çalıştığı bu sürelerde kazandığı değer bakiye süre ücretinden düşülmelidir. Ayrıca bunun yanında davacının kadın doğum uzmanı bir doktor olması ve işsiz kalmayacağı da nazara alınarak indirim oranı daha yüksek tutulmalıdır.”; aynı yönde bkz. Yarg. 22.HD. 2016/3437 E. 2019/1856 K. 24.01.2019 T.: “Bakiye ücret alacağının hesaplanması noktasında taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, 408. maddesinde işverenin işi kabuldeki temerrüdü sebebiyle işçinin iş görememesi halinde ücret hakkının olduğu açıklanmıştır. İşçinin iş görme edimini yerine getirememesi halinde yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir işi yaparak kazandığı veya kasten kaçındığı yararlarının indirileceği de hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak indirim yapılmalıdır. Somut olayda, davacının bakiye süre alacağı hesaplanırken yasal düzenleme gereği, bu süre içinde elde ettiği gelirlerin hesaplanan miktardan mahsubu gerekmektedir. Davacının belirli süreli iş sözleşmesinin bitim tarihi 14.08.2014 olarak belirlenmiş ancak davalı işverence 10.02.2014 tarihinde feshedilmiştir. Dosyaya sunulan davacıya ait hizmet döküm cetvelinden, davacının bakiye süre alacağı talep ettiği dönem içerisinde başka iş yerlerinde çalışmak suretiyle gelir elde ettiği sabittir. Buna rağmen, yapılan hesaplama bu gelirlerin düşülmemesi hatalı olup bozma nedenidir.”.

⁵⁸⁴ ÇİL, s.308; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2014/5054 E. 2015/19031 K. 26.05.2015 T.: “Somut olayda, davacının iç hastalıkları uzmanı hekim olarak davalı iş yerinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşme asgari süreli olup, davacı, iş sözleşmesinde asgari süreden önce iş sözleşmenin feshi sebebiyle sözleşme gereği, asgari sürenin sonuna kadar olan bakiye süre ücretini istemiştir. Bu istemin yasal dayanağı fesih tarihinde yürürlükte olan 818 Sayılı B.K.nun 325. maddesine göre bakiye süre ücretinden işçinin tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği gelirler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilebilir. Mahkemece davacının bu dönemde başka yerde çalışmalarından dolayı elde ettiği gelir bu alacaktan indirilmişse de anılan maddede takdiri indirim öngörülmediğinden ayrıca % 40 oranında indirim yapılması hatalıdır. Anılan alacaktan indirim maddede belirtilen gelirler dikkate alınarak yapılmalıdır.”.

⁵⁸⁵ Yarg. 9.HD. 2014/13114 E. 2015/25647 K. 15.09.2015 T.

ücreti ile aynı neviden olduğundan bahisle, takas mahsup define gerek kalmaksızın, bakiye ücret alacağından ödenen ihbar tazminatı miktarı düşülür⁵⁸⁶.

Şu konuya da dikkat edilmelidir ki, sözleşmenin en başında, işveren tarafından belirli süreli sözleşme yapma yönündeki iradenin, ilişkinin güçsüz tarafı olan işçiye dayatılmasının ardından, bu sözleşmenin işverence haksız feshedilmesi durumunda, işçinin açtığı davada yukarıdaki bahsettiğimiz kalemleri yahut sözleşmede öngörülmüş cezai şartı⁵⁸⁷ talep etmesi üzerine, işçiyle arasındaki sözleşmenin İş Kanunu m.11'deki şartları taşımadığından bahisle, sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun işveren tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshinin hukuki sonuçlarını doğurmalıdır⁵⁸⁸. İK m.11'de bahsedilen objektif neden içerikli normun koruma amacından yola çıkıldığında, bu norma aykırılığın sadece işçi tarafından ileri sürülebilmesi gerekir, işçinin belirli süreli sözleşmeye dayandığı bir davada mahkemenin objektif neden yokluğunu resen dikkate alması ve sözleşmeyi belirsiz süreli kabul etmesi kanun

⁵⁸⁶ ÇİL, s.308; aynı yönde Yarg. 22.HD. 2013/7893 E. 2014/7476 K. 09.04.2014 T.; Yarg. 9.HD. 2015/28047 E. 2018/23085 K. 12.12.2018 T.: “*Borçlar Kanununun 325. maddesine (6098 Sayılı TBK 408) göre işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde etmediği ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak indirim yapılmalıdır. İşçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse bu tutarın, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan miktar üzerinden mahsup edilmesi gerekir.*”.

⁵⁸⁷ Yarg. İBGK 2017/10 E. 2019/1 K. 08.03.2019 T.: “*Açıklanan bu hususlara göre, işçi ve işveren tarafından iş sözleşmesinin belirli süreli olarak akdedilmesi ve sözleşmede "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" düzenlemesinin öngörülmesi durumunda, objektif koşulları bulunmadığı için sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde kabul edilse de, burada 6098 sayılı TBK'nın 27'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanarak taraf iradelerine üstünlük tanınmalı ve "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" hükmünün, kararlaştırılan süre için geçerliliğini koruduğu kabul edilmelidir.*”; aynı yönde bkz. ALP, Değerlendirme 2013, s.240-241; KESER, Objektif Sebep, s.48-49.

⁵⁸⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 703; SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.26-27; Mustafa ALP, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Resen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dönüştürülmesi”, Prof. Dr. Savaş TAŞKENT’e Armağan, onikilevha, İstanbul, 2019, (Belirli Süreli), s. 477-502, özellikle bkz. s.499-500; ALP, Değerlendirme 2013, s.181 vd.; EREN, Genel Hükümler, s.328.

koyucunun amacına aykırıdır⁵⁸⁹. Nitekim öğreti⁵⁹⁰ ve uygulamadaki⁵⁹¹ yerleşik kanaate göre, şekle aykırılığı ileri sürmenin MK m.2/2'ye göre hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda, şekil kuralları göz ardı edilir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na göre de MK m.2/2'nin uygulanmasına yol açan tüm ihtimallerde, *bu hükme dayanarak sözleşmenin geçerlilik kazanması sadece haksızlığa uğrayan yani mağdur taraf yararına* söz konusu olabilecektir ve davranışları ile MK m.2/2'nin uygulanmasına yol açan tarafın, MK m.2/2'yi kendi yararına kullanarak, şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecektir⁵⁹². Bu doğrultuda, hemen her zaman⁵⁹³ sözleşmeyi hazırlayan taraf olan işverenin belirli

⁵⁸⁹ DOĞAN-YENİSEY, Emredici Yapı, s.377. Bu hususta öğretideki diğer görüşler için bkz. ALP, Belirli Süreli, s.489, dn.5; ALP, Değerlendirme 2013, s.182-187.

⁵⁹⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.325-326; OĞUZMAN/ÖZ, C.:I, s.156-157; EREN, Genel Hükümler, s.328; REİSOĞLU, s.83 vd.; Aydın ZEVLİLİLER/Şeref ERTAŞ/Ayşe HAVUTÇU/Damla GÜRPINAR, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Turhan Kitabevi, 9.Bası, Ankara, 2015, s.61-62; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 19.Bası, Ankara, 2015, s.158 vd.; Benzer biçimde Andreas von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Çev.:Cevat EDEGE, Yargıtay Yayınları, Ankara,1983, s.232-233.

⁵⁹¹ Yarg. HGK 1996/13-701 E. 1996/840 K. 27.11.1996 T.: “Şekle uyulmadan yapılan bir sözleşme henüz ifa edilmemiş olsa dahi butlan iddiası aşağıda belirtilen mal ve şartlar altında hakkın kötüye kullanılması sayıldığı kabul edilebilmektedir. Bir kimsenin;

a) Şeklin gerçekleşmesine kendi yararı için yanıltıcı hareketlerle engel olduğu belli oluyorsa;

b) Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi ahlaki duyguları rencide ediyorsa veya kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak kullandığı anlaşıyorsa;

c) Edimlerini mutlaka ifa edeceğini sözleşmeden sonra doğrulamış diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni, sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmiş ise artık o kimsenin sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması anlamı taşır ve bu savunma yasal korunmadan yoksun kalır.”; Hakkın kötüye kullanılması yasağı ile şekle aykırı yapılmış bir sözleşmenin ayakta tutulabilmesi hususunda bkz. Yarg. İBGK 1987/2 E. 1988/2 K. 30.09.1988 T.: “Çünkü, nitelikleri itibarıyla emredici bulunan ve hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyumsuzlukta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır. Bu hal, Medeni Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın talilinin (ikincilliğinin) tabii bir sonucudur ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalâde zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir. Aynı ilkeye 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da değinilmiş olup, Ord. Prof. dr. A.B. SCHWARZ'ın bu konudaki görüşü de (Medeni Hukuka Giriş, Hıfzı Veldet çevirisi, Sh. 201 vd. İst.1946) özetle şöyledir: “-Bu genel hükmün uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki meseleleri sarıh olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat'i ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taallük eden özel hükmü tatbik etmek ve MK.nun 2. maddesini fevkalâde zaruri olan hallerde sırf itimam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lâzımdır.”.

⁵⁹² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C.: I, s.325-326.

⁵⁹³ Bu noktada çok istisnai dahi olsa, sözleşmenin kurulması sırasında işçi tarafının iradesinin daha baskın olduğu hatta sözleşmenin şartlarının tamamıyla işçi tarafından belirlendiği ayrık durumlarda, iş hukukuna hakim olan “işçinin korunması ilkesi” artık işlevsiz kalacağından, şekle aykırılığın işveren tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyecektir. Lakin, CEO gibi önemli pozisyonda iş yürüten bu denli güçlü kimselerin akdettikleri sözleşmeler, kimi zaman hizmet

sürelî sözleşme akdetme iradesi serdetmesine rağmen İK m.11 şartlarını sağlamamış olmasından menfaat çıkaramayacağı sonucuna varılacaktır.

Nitekim Yargıtay'ın İş Hukuku daireleri nispeten eski tarihli kararlarında bu amaçtan uzak kararlar vermektedirken⁵⁹⁴ sonradan içtihat değiştirerek yukarıdaki görüş doğrultusunda kararlar vermeye başlamıştır⁵⁹⁵.

Şunu da belirtmek gerekir ki Türk Borçlar Kanunu'na tabi olup belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışacak işçilerin sözleşmelerinin kuruluş aşamasında esaslı bir sebebin varlığına ihtiyaç olmayıp, sözleşmenin süresinin bitiminden itibaren sözleşmeye belirli süreli olarak devam edilebilmesi için TBK m.430/2 uyarınca esaslı nedenlerin varlığına ihtiyaç vardır. Buna karşılık İK m.11, sözleşmenin devamı noktasında değil sözleşmenin daha en başında belirli süreli olarak kararlaştırılabilmesi için objektif koşulların varlığını aramaktadır. Öncelikli ve özel kanun olan İş Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme varken, sonraki genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanmayacağı da açıktır⁵⁹⁶, bu açıdan İş Kanunu'na tabi bir işçinin iş sözleşmesinin

sözleşmesi değil işletme yönetim sözleşmesi yahut şirket yönetim sözleşmesi olarak değerlendirilebilecektir. Bu ise bambaşka bir hukuki ilişki türüdür.

⁵⁹⁴ Yarg. 9.HD. 2010/20850 E. 2013/4273 K. 05.02.2013 T.: “Somut olayda taraflar arasında yapılan iş sözleşmesi 01.08.2007 - 30.6.2010 tarihleri arasında geçerlidir. Ancak davacının Ekonomi ve Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi olarak yapacağı işi süreklilik arz etmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen koşullar somut olayda bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki iş sözleşmesi belirsiz süreli olduğundan davacının bakiye süre ücret alacağı talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”; aynı yönde Yarg. 9.HD. 2011/39867 E. 2013/28716 K. 08.11.2013 T.

⁵⁹⁵ Yarg. 22.HD. 2016/17518 E. 2019/14728 K. 02.07.2019 T.: “Somut olayda, mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu gerekçesi ile davacının bakiye süre ücreti tutarı tazminat talebinin reddine karar verilmiştir. Her ne kadar aynı gerekçelerle verilen bazı red kararları Dairemiz tarafından onanmış ise de, YİBK'nun 2017/10 esas 2019/1 Sayılı içtihatı birleştirme kararından sonra yeniden yapılan değerlendirme sonucunda; İş Kanunun 11. maddesinde öngörülen hükmün işçiyi koruma amacıyla düzenlendiği dikkate alınarak, objektif şartlar bulunmadığı halde belirli süreli olarak yapılmış olan iş sözleşmesinin, belirsiz süreli olduğunun işveren tarafından ileri sürülmesinin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanımını teşkil ettiği, İş Kanunu'nun 11. maddesine dayanarak sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürme hakkının sadece işçiye ait olması gerektiği anlaşılmıştır. Öte yandan, normun sosyal koruma amacı göz önünde bulundurulduğunda, işçinin bakiye süre ücreti tutarı tazminat veya cezai şart talebi ile açtığı bir davada, mahkemece objektif nedenin bulunmadığının resen gözetilerek sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabulü de yerinde değildir.”; Yarg. İBKG 2017/10 E. 2019/1 K. 08.03.2019 T.: “Belirli süreli sözleşmenin işçi aleyhine sonuçlar doğurması sebebiyle belirli süreli sözleşme yapılması Kanunda bazı kriterlere bağlanmıştır. Normun amacı tamamen işçiyi korumaktır.”.

⁵⁹⁶ Yarg. 9.HD. 2013/6178 E. 2013/17934 K. 11.06.2013 T.: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinde ilk defa yapılacak olan sözleşmelerde objektif neden öngörülmemiş oluşu, önceki özel kanun olan İş Kanunu'nun 11. maddesindeki objektif nedenlerin varlığını ortadan kaldırmaz.”.

belirli süreli olarak kararlaştırılabilmesi için, İK m.11 gereği sözleşmenin daha başında objektif nedenlere ihtiyacı vardır⁵⁹⁷.

Uygulamada, cezai şart⁵⁹⁸ yönelik ihtilafların oldukça fazla olması⁵⁹⁹ sebebiyle, cezai şart konusundaki açıklamalarımızı genişletmek gereği duymaktayız⁶⁰⁰. Her şeyden önce cezai şart, TBK m.420/1⁶⁰¹ uyarınca sözleşmenin her iki tarafı için öngörülmalıdır, sadece işçi aleyhine öngörülen cezai şartlar geçersizdir⁶⁰². Sözleşmede her iki tarafın için cezai şart öngörülmesine rağmen, her iki taraf için öngörülen cezai şart miktarında işçi aleyhine eşitsizlik varsa, cezai şartın geçersizliğine değil işçinin de en fazla işverenin ödeyeceği cezai şart miktarıyla sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁶⁰³. Sadece cezai şartın karşılıklı olarak

⁵⁹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.238; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.114, KESER, Objektif Sebep, s.32.

⁵⁹⁸ Cezai şart bir yönüyle de müspet zararın ispatı gerekmeyen bir kısmının götürü biçimde belirlenmesine taalluk etmektedir: Bu hususta bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, C.: II, s.529 vd.; EREN, Borçlar Genel, s.1323 vd. Belirli süreli sözleşmelerde, belirli sürenin bitiminden önce sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi halinde, kalan bakiye döneme ilişkin müspet zararın, zararı ispat yükümlülüğü söz konusu olmaksızın cezai şart olarak istenmesi anlamlıdır. Oysa kanımızca, belirsiz süreli sözleşmelerin ihbar süresine uymaksızın feshi halinde gündeme gelecek olan ihbar tazminatı yine müspet zararı tazmin amacına yöneldiğinden ve cezai şartın bağlanabileceği bir zaman olgusu da söz konusu olmadığından sadece ifa zamanından başka olgulara bağlı cezai şart gündeme gelebilecektir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, sözleşmenin süresinden önce feshine bağlı cezai şartın talep edilemeyeceğine yönelik bkz. Yarg. 9.HD. 2010/51009 E. 2013/8916 K. 14.03.2013 T.: “*Somut olayda taraflar arasındaki iş sözleşmesi niteliği itibarıyla başından beri belirsiz süreli olup iş sözleşmesinin süresinden önce feshine bağlı cezai şart geçersiz olduğundan davacının cezai şart talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*”. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de sözleşmenin feshinin belirli bir süre kullanılmayacağını geçerli olarak kararlaştırılabileceği ve haklı bir neden olmaksızın bu süreden önce fesih durumunda da cezai şartın talep edilebileceği hususunda bkz. Gülsevil ALPAGUT, “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”, https://www.mess.org.tr/media/files/6340_5COWAXBAYF8.pdf, (12.10.2020), (Cezai Şart), s.19-20; aynı yönde ALP, Değerlendirme 2013, s.241.

⁵⁹⁹ Bu tarz cezai şartların uygulamada sıkça kullanılmasının sebeplerinden biri, TBK m.438 ve TBK m.439’daki işçi ile işverenin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshi halinde öngörülen yaptırımlar arasındaki eşitsizlik olduğu yönünde bkz. KESER, Objektif Sebep, s.39.

⁶⁰⁰ Cezai şart hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. İrem YAYVAK-NAMLI, İş Hukuku’nda Cezai Şart, onikilevha, İstanbul, 2019.

⁶⁰¹ Cezai şartın, TBK m.420/1 kodifike edilmeden önce de işçi aleyhine tek taraflı olarak öngörülemeyeceği Yargıtay uygulaması ile gelişmiştir lakin Yargıtay bu kararlarında herhangi bir hukuki dayanak göstermemiştir, bahsedilen yasal düzenlemeden önce yaklaşık yirmi yıl boyunca adeta nisbi emredici bir yasal düzenleme varmışçasına işçi ile işveren arasındaki sözleşmesel ilişkiye işçi lehine müdahalede bulunulmuştur.: Kübra Doğan YENİSEY, “İş Hukukunun Kendi Özgü Emredici Doğası”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan, C. I, İstanbul, 2011, (Emredici Doğa), s.56-57.

⁶⁰² ALP, Değerlendirme 2013, s. 239; Mustafa ALP, “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6321_4I6UZPKWD119.pdf, (27.12.2020), (Cezai Şart), s.28 vd.; aynı yönde Yarg. 22.HD. 2012/10007 E. 2013/358 T. 22.01.2013 T.

⁶⁰³ Yarg. İBKG 2017/10 E. 2019/1 K. 08.03.2019 T.: “*Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın, işveren aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla, işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu*

kararlaştırılması değil buna ek olarak cezai şartın miktarı ve muaccel⁶⁰⁴ olma sebepleri bakımından da karşılıklı olarak denklik bulunması gerekir⁶⁰⁵. Sözleşmede işçi aleyhine tek taraflı olarak öngörülen cezai şart geçersizken, TBK m.420/1 mefhumu muhalifinden de anlaşılacağı üzere, işçi lehine tek taraflı olarak öngörülen cezai şart geçerlidir⁶⁰⁶. Öte yandan sözleşmelerde öngörülen cezai şart mahkemece geçerli olarak kabul edilse bile, TBK m.182/son gereği indirim yapılmaması bozma sebebi olarak deęerlendirilmiştir⁶⁰⁷. Davalının tacir niteliği taşıması halinde cezai şarttan

aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz."; aynı yönde bkz. Yarg. 22HD. 2013/32529 E. 2015/4817 K. 16.02.2015 T.: *"Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz.*"; Yarg. 9. HD. 2012/34369 E. 2014/28821 K. 01.10.2014 T.; Yarg. 7. HD. 2014/4793 E. 2014/12770 K. 09.06.2014 T.

⁶⁰⁴ Talep halinde cezai şarta, davalı daha önce temerrüde düşürölmüşse temerrüt tarihinden, daha önce temerrüde düşürölmemişse dava tarihinden yahut ıslah tarihinden itibaren, yasal faiz işletilir, cezai şart dönemsel bir edim olmayıp tazminat niteliğinde olduğundan on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.: OCAK, s.1351. Kanımızca cezai şartı talep edecek taraf işçiyse ve işveren de tacirse, TTK m.19/2 gereği aralarındaki sözleşme işçi için de ticari iş niteliğinde olacağından, cezai şarta temerrüt tarihinden itibaren ticari faiz işletilmesi gerekecektir; Cezai şartın Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklandığı durumlarda cezai şarta SETİSK m.53/2'de belirtilen faiz oranı uygulanır.: Yarg. 9.HD. 1994/16567 E. 1995/6006 K. 28.02.1995 T.

⁶⁰⁵ Yarg. 22.HD. 2014/3406 E.2014/19535 K. 26.06.2014 T.: *"Somut olayda, taraflar arasında sözleşme eki olan ve 11.6.2009 tarihinde imzalanan taahhütnamede, davacının 24 ay süre dolmadan istifa etmesi veya hizmet sözleşmesinin işverenin bildirimsiz feshini düzenleyen 25/ II maddesi uyarınca feshi halinde davacının 5 aylık ücret tutarı cezai şart ödeyeceği; davalı tarafın ise 24 ay dolmadan İş Kanunu 25/ II madde şartlarından her hangi birisinin gerçekteşmesi hali müstesna çalışanın hizmet akdinin feshi durumunda aynı miktarın ödeneceği belirtilmiş ise de taahhütnamede işçinin haklı feshi halinde işverence tazminat ödeneceğine dair madde konulmadığından denklik ilişkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple anılan cezai şart hükmünün geçersiz olduğu kabul edilmesi gerekirken mahkemece yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."*

⁶⁰⁶ Yarg. 22.HD. 2012/20299 E. 2013/16507 K. 04.07.2013 T.; Yarg 9.HD. 2012/12502 E. 2014/18630 K. 09.06.2014 T.: *"Dairemizin "...taraflar arasında düzenlenen iş sözleşmesinin 10. Maddesinde "bankanın sözleşmenin yapıldığı tarihten 10/09/2009 tarihine kadar geçen süre içersinde, iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesi halinde, feshi takip eden gün içersinde 5.000 EURO Cezai şart ödemeyi, kabul beyan ve taahhüt eder" şeklinde düzenleme mevcut olup, sözleşme ile işverenin fesih yetkisi işçi lehine sınırlandırılmıştır. İşverence gerçekteştirilen fesih haklı nitelikte olmadığına göre asgari sürenin bitiminden önce iş sözleşmesinin feshinin haksız bir fesih olduğunun kabulüyle öngörülen cezai şart tazminatı talebinin değerlendirilmeye tabi tutulmasının gerektiğinin düşünölmemesi hatalıdır" gereğesi ile verdiği bozma kararı usul ve yasaya uygun olup işveren davacının iş sözleşmesini haklı bir nedene dayanmaksızın fesettiğinden, direnmenin yerinde olmadığı anlaşılmacla, temyiz incelemesinin yapılmak üzere dosyanın 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun geçici ek ikinci maddesi uyarınca yetkili ve görevli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na GÖNDERİLMESİNE, 23/03/2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi."*

⁶⁰⁷ Yarg. 7.HD. 2014/5798 E. 2014/9217 K. 28.04.2014; TBK m.182/son gereği indirim yapılırken dikkat edilmesi gereken noktalar hususunda Yarg. 3.HD. 2019/6040 E. 2020/2033 K. 04.03.2020 T.: *"Hâkim, cezanın aşırı olup olmadığını, hakkaniyet ölçülerini aşıp aşmadığını araştırırken, özellikle, borca aykırı davranış nedeniyle alacaklının uğradığı zararı, borçlunun kusur derecesini, alacaklının*

indirim yapılacağı, kanımızca isabetsiz olarak, kararlaştırılmıştır⁶⁰⁸. Nitekim Yargıtay'ın başka bir hukuk dairesi yakın tarihli bir kararında tacirin sadece mahvına neden olacak cezai şartın tenkis edilebileceğini, bunların haricinde TTK m.22 gereği cezai şartın tacir lehine tenkis edilemeyeceğini, cezai şart taahhüdü sırasında tacir olmanın yeterli olduğunu, sonrasında tacir sıfatının kaybının cezai şartın tenkis edilebileceği anlamına gelmeyeceğini, kanımızca da isabetli olarak, hüküm altına almıştır⁶⁰⁹. Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sözleşmesinin haksız yahut geçersiz feshi halinde toplu iş sözleşmesi ile öngörülen cezai şartın tavan miktarının, kıyaslanabilir ortak noktası bulunmayan İK

ortak kusurunu ve tarafların (özellikle borçlunun) ekonomik durumunu dikkate alır. Bu unsurlar dikkate alındığında, alacaklının uğradığı zarar ile kararlaştırılan ceza arasında hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayan açık bir nispetsizlik varsa ceza indirilir. Cezaî şartın aşırı olup olmadığı değerlendirilirken, cezaî şartın amacının alacaklının durumunu iyileştirmek olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Kararlaştırılan ceza indirilirken, her hâlde, alacaklının müspet zararını karşılamak için genel kurallara göre isteyebileceği tazminat miktarının üstünde kalınmalıdır. Aşırı olan cezaî şartın indirilmesi olanağı, zayıf durumda bulunan borçlunun sömürülmesini önlemeye yönelik, kamu düzenine ilişkin bir kuraldır. Bu nedenle, borçlunun "indirilme olanağından önceden feragati" geçersizdir."

⁶⁰⁸ Yarg. 9.HD. 2011/18519 E. 2013/19081 K. 19.06.2013 T.: "Somut olayda; cezaî şarttan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi (6100 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ise 182/son maddesi) gereğince takdiri indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi doğru görülmemiştir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2004/9-759 Esas 2005/9 Karar ve 02/02/2005 tarihli bir kararında da belirtildiği gibi davalının tacir oluşu cezai şarttan hakkaniyet indirimi yapılmasına engel değildir. Bu itibarla kararın bozulması gerekmiştir."; aksi yönde bkz. ALP, Değerlendirme 2013, s.245; YAYVAK-NAMLI, s.180-181.

⁶⁰⁹ Yarg. 3.HD. 2019/6040 E. 2020/2033 K. 04.03.2020T.: "Öte yandan TTK 24. maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu cezai şartın indirilmesini isteyemez ise de, borçlu durumda olan tacirin, iktisaden mahvını mucip olacak ve onun eskisi gibi ticarî faaliyetini devam ettirmesine imkân tanımayacak derecede (ağır) ve (yüksek) ise, o zaman, böyle bir (cezaî şartı) ahlâk ve adaba aykırı bir şart olarak kabul ederek, (kısmen) veya (tamamen) iptali cihetine gitmek mümkündür. Çünkü, ahlâk ve adaba aykırılık dolayısıyla sözleşmede yer alan (cezai şart)'ın (butlanı), hukukun genel bir ilkesidir. TTK'nın 24. maddesi hükmünün, bu genel müeyyidenin dışında kalacağını düşünmek mümkün değildir. Bir borçlunun, iktisadî ve ticarî faaliyet ve mevcudiyetinin tehlikeye girmesini veya yıkulmasını mucip olacak bir nisbete ulaşan her (cezaî şart), ahlâk ve adaba aykırıdır. Mahkemenin bu hususta karar verirken, borçlu bir şirket ise, bu şirketin ticaret sicilineki (ana sözleşmesi)'ni celp ederek ne miktar bir sermaye ile ticarî faaliyette bulunduğunu, mal varlığının neye baliğ olduğunu ve kararlaştırılan cezaî şartın tahsili cihetine gidilmesi hâlinde o şirketin eskisi gibi ticarî hayatını devam ettirmesinin mümkün olup olmadığını gerekirse bilirkişiden de mütalâa alarak araştırması icap eder, aynı incelemeyi gerçek kişi olan (tacir) için de yapması icap eder (Doğanay, 237). Belirtmek gerekir ki TTK 24. madde hükmünün uygulanabilmesi için, cezaî şartın veya ücretin veyahut da faizin tespit ve tayin edildiği sırada, borçlunun tacir sıfatını haiz olması veya tacir gibi mes'ul olacak bir durumda bulunması iktiza eder. Ayrıca, borçlunun cezaî şartı, faizi veya ücreti kendi ticarî işletmesi icabı taahhüt etmiş bulunması icap eder (Doğanay, s:238). Önemle vurgulamak gerekir ki; tacirlik sıfatının bulunup bulunmadığı araştırılırken esas tutulacak an, cezai şartın muacceliyet anı değil de taahhüt edildiği andır. Bu itibarla, vaat eden cezaî şartı taahhüt ettikten sonra tacir olmuşsa, indirme istemeğe yetkilidir. Buna karşılık, cezaî şart taahhüt ettikten sonra tacir sıfatını kaybeden kimse indirme istemeyeceği gibi, cezaî şart borcunu üzerine alan ve tacir olmayan bir kimse de indirme istemeğe yetkili değildir."

m.21/son ile sınırlanması⁶¹⁰ hakkaniyete ve sözleşme özgürlüğüne aykırıdır⁶¹¹, bu karara dayanak olarak eşitlik ilkesinin öne sürülebilmesi de kabul edilebilir değildir çünkü iş güvencesine tabi işçiler ile iş güvencesine tabi olmayan işçilerin durumu birbirleri ile karşılaştırılabilir nitelikte olmadığı gibi eşitlik ilkesinin amacı daha iyide eşitlemek olup, bu ilkeye dayanarak iş güvencesi kapsamında olmayanların daha kötü durumda eşitlenmesi bu ilke ile örtüşmez⁶¹².

C. İşçinin Haklı Nedenle Fesihle Şekle Uymaması

İşçinin sözleşmeyi haklı nedenlerle feshettiği durumlarda, salt TBK m.435/1 hükmü uyarınca yazılı yapılmaması dolayısıyla işçinin feshinin haksız fesih olmayacağını, işçinin haklarını talep edebileceğini yukarıda belirtmiştik⁶¹³, keza Yargıtay'da bu durumda uyarılama yoluna giderek işçinin haklarına hükmetmiştir. Bu durum haricinde, gerçekten de işçinin elinde sözleşmeyi feshedebilmek için haklı nedeni olmayabilir. Türk Borçlar Kanunu'na tabi belirsiz süreli yahut belirli süreli iş sözleşmeleri ile İş Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmelerinin işçi tarafından haksız feshi halinde (İş Kanunu'nda boşluk olması sebebiyle kıyasen) TBK m.439 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Anılan hüküm uyarınca işçinin aniden işi bırakması halinde işveren, işçinin aylık ücretinin dörtte biri tutarında işçiden tazminat isteyebilecektir⁶¹⁴. Buna ek olarak ek zararlarının giderilmesi hakkı da saklıdır. Yani işverenin zararın işçinin aylık ücretinin dörtte biri tutarındaki götürü tazminat bedelini aşılırsa ve işveren bu zararını ispatlayabiliyorsa ek zararının da giderilmesini

⁶¹⁰ Yargıtay bir olayda, işverenin, yasa ve toplu iş sözleşmesi ceza cetvelinde belirtilen sebepler olmaksızın işçiyi işten çıkarması halinde, işten çıkartılan tarafa, hakkettikleri kıdem ve ihbar tazminatları haricinde, ayrıca yasal kıdem ve ihbar tazminatı tutarının üç katı kadarının iş güvencesi tazminatı olarak ödeneceğine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünü İK m.21/son uyarınca sınırlayarak karar vermiştir: Yarg. 9.HD. 2010/25818 E. 2012/9484 K. 21.03.2013 T.: “*Davalı iş yerindeki işçi sayısı dikkate alındığında davacının fesih tarihinde yürürlükte bulunan iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı açıktır. Toplu İş Sözleşmesi'nin 84. Maddesi'nde düzenlenen cezai şart, iş güvencesi tazminatı niteliğindedir... Mahkemece hüküm altına alınacak iş güvencesi tazminatı davacı iş yerindeki kademi de dikkate alınarak en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminatla sınırlı kalınacak şekilde belirlenmelidir.*”.

⁶¹¹ ALP, Değerlendirme 2013, s.246 vd.

⁶¹² Kübra DOĞAN-YENİSEY, “İş Hukukunda Cezai Şart”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, (Cezai Şart), s.39.

⁶¹³ Bkz. Üçüncü Bölüm- III- E.

⁶¹⁴ SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.29; KESER, Objektif Sebep, s.37.

isteyebilecektir⁶¹⁵. Bu duruma örnek olarak işletmenin kilit noktasındaki bir işçinin işi bırakmasının üretimde kesintiye neden olması yahut aynı nitelikte bir işçi bulununcaya kadar işin yapılamaması nedeniyle ortaya çıkan kazanç kaybı verilebilir⁶¹⁶. Bunlara karşılık işçi, TBK m.439/2 gereği işverenin zarara uğramadığını yahut uğradığı zararın aylık ücretinin dörtte birinden az olduğunu ispatlayabilirse, yargıç tazminatı indirebilecektir. Örneğin işçi işten ayrıldıktan hemen sonra işverenin aynı niteliklerde bir işçi istihdam ettiğini kanıtlayarak yahut yeni işçi bulmak için çaba sarf etmeyerek zararın azaltılması için önlem almadığını kanıtlayarak ispat yükünü yerine getirebilir⁶¹⁷.

Öte yandan TBK m.439/3'teki hak düşürücü süre götürü tazminat hakkında olup, götürü tazminatı aşan zararlara yönelik tazminat taleplerinde genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır⁶¹⁸.

İş Kanunu'na tabi belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işçi tarafından haksız feshi durumunda İK m.17 uyarınca işveren işçiden ihbar tazminatı isteyebileceğine yukarıda da değinmiştik⁶¹⁹.

Şunu da belirtmek gerekir ki, TBK m.420/1 uyarınca sözleşmenin her iki tarafı için öngörülmüş olması kaydıyla, iş akdini haklı neden olmaksızın fesheden işçi aleyhine sözleşmeyle cezai şart öngörülmesi mümkündür- cezai şartın geçerliliğine ilişkin yukarıda geniş açıklamalara yer verdiğimizden tekrara düşmemek adına yukarı kısma gönderme yapmakla yetinmekteyiz⁶²⁰- bu şekilde haksız feshe uğramış işveren, yukarıda belirttiğimiz tazminat kalemlerinin haricinde işçiden cezai şartı da talep edebilecektir^{621,622}. Cezai şartın, TBK m.438 ve TBK m.439'da öngörülen tazminatlar

⁶¹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 706; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.468-470; GÜVEN/AYDIN, s.218-219; SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.29.

⁶¹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s. 706.

⁶¹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 706; SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.29.

⁶¹⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 707; SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.29-30; KESER, Objektif Sebep, s.37.

⁶¹⁹ Bkz. İkinci Bölüm- III- A- 2.

⁶²⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm- IV- B- 2.

⁶²¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.707; aksi yönde SENYEN-KAPLAN, Belirli Süreli, s.30.

⁶²² Talep halinde cezai şarta, davalı daha önce temerrüde düşürülmüşse temerrüt tarihinden, daha önce temerrüde düşürülmemişse dava tarihinden yahut ıslah tarihinden itibaren, yasal faiz işletilir, cezai şart dönemsel bir edim olmayıp tazminat niteliğinde olduğundan on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.: OCAK, s.1351; Kanımızca cezai şart işçi aleyhine uygulanacaksa ve işveren de tacirse, her ne kadar TTK m.19/2 gereği bu sözleşme artık işçi için de ticari iş sayılabilecekse de, işçi aleyhine ticari temerrüt faizine hükmedilmemeli lakin cezai şart Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanmaktaysa, SETİSTK m.53/2'deki faiz oranına işçi aleyhine de olsa hükmedilmelidir.

ile alakası olmadığından, TBK m.182/1 gereği cezai şartın miktarını taraflar serbestçe kararlaştırabilecektir⁶²³. Lakin, işçinin elinde sözleşmeyi feshedebilecek ağırlıkta haklı neden olmasına rağmen işçinin salt TBK m.435/1'deki şekle uymaması, işçinin feshini haksız fesih haline getirmemeli ve bu durumda işçi aleyhine cezai şarta hükmedilmemelidir⁶²⁴.

D. İspat Yükü

İş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde İK m.25/son atfı gereği İK m.20/2 uyarınca işveren iş ilişkisini haklı nedenle feshettiğini iddia ediyorsa, işveren feshin haklı bir sebebe dayandığını ispat yükü altındadır. Bunun dışında diğer iş ilişkileri bakımından, usul hukuku ilkeleri gereği mutad bir duruma dayanan tarafın iddiasını ispatlaması gerekmez, mutad durumun aksini iddia eden taraf iddiasını ispatlamakla yükümlüdür⁶²⁵. Yani, ispat yükü iş ilişkisini haklı nedenle derhal fesheden, güven temelinin sözleşmenin devamını çekilemez şekilde sarsıldığını iddia eden tarafa ait olup, iş ilişkisinin normal bir biçimde devam ettiğini iddia eden tarafın bu yönde bir ispat faaliyetine girişmesi gerekli değildir⁶²⁶. Bu taraf işveren olabileceği gibi işçi de olabilecektir. Nitekim Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır⁶²⁷.

⁶²³ KESER, Objektif Sebep, s.39.

⁶²⁴ Yargıtay'a göre, hayatın olağan akışına aykırı bir şekilde işçinin bütün haklarından vazgeçmesi, kabul edilebilir bir sonuç değildir nitekim biz de bu görüşe katılmaktayız. Bu konudaki geniş açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm- III- E.

⁶²⁵ POSTACIOĞLU, s.537, bilhassa s.541-542, ispat yükü hususunda geniş bilgi için bkz.: KURU, C.: I, (HMK Usulü), s.1972 vd.; KURU, (İstinaf), s.320vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.351 vd.; PEKCANITEZ, s.1585 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 312vd.; UMAR, 544 vd.; YILMAZ, (Şerh), s. 1031 vd.; M. Kamil YILDIRIM, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Alkım Yayınevi, 3.Baskı, İstanbul, 2001, s. 118-141; ALANGOYA/Yıldırım/Deren-YILDIRIM, s.293 vd.; ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s.64.

⁶²⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s. 707; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.439; DEMİR, İş Hukuku, s. 422; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.234; SÜMER, İş Hukuku, s.110; GÜVEN/AYDIN, s.214; Bektaş KAR, İş Yargılaması Usulü, Yetkin, Ankara, 2018, (Usul), s. 584; aynı yönde Yarg. HGK. 2015/22-1591 E. 2018/185 K. 07.02.2018 T.: *"Usul hukuku ilkelerine göre normal ve mutad bir duruma dayanan tarafın bu iddiasını ispatlaması gerekmez. Buna karşılık normal durumun aksini ileri süren taraf bunu ispatlamalıdır. O hâlde iş sözleşmesinin derhal feshinde ispat yükü iş ilişkisinin normal biçimde devam ettiğini iddia eden tarafa değil, istisnai durumu, yani karşı tarafın haklı bir fesih nedeni yarattığını, iş ilişkisine devamı çekilmez hâle getirdiğini ileri süren tarafa düşer."*

⁶²⁷ Yarg. 9.HD. 2002/2281 E. 2002/3673 K. 30.04.2002 T.: *"Şöyle ki, iş hukuku yargılamasında; hizmet akdinin işverence haksız olarak feshedildiğinin ileri sürülmesi halinde, feshin haklı olarak yapıldığının ispat yükü davalı işverene düşer. Yargıtayın kökleşmiş ve yerleşmiş uygulamaları da bu yöndedir."*

SONUÇ

Tezimizde ulaşmak istediğimiz gaye, iş sözleşmesinin süreli yahut derhal feshine ilişkin öğretide tartışılan noktaları ve uygulamada aksayan yönleri tek tek tespit ederek bunlara çözüm önerileri sunabilmektir. Bu doğrultuda çıkarttığımız sonuçları ve sunduğumuz çözüm önerilerini, aşağıda şu şekilde sıralayabiliriz:

- İş sözleşmesi, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşan ve sözleşmenin iki tarafına da borç yükleyen, sürekli edimli bir sözleşme türüdür.

- Öğretide bildirim sürelerinin eşitliğine ilişkin sonradan yürürlüğe giren TBK m.432/5 hükmünün İş Kanunu kapsamına giren iş ilişkileri bakımından uygulanabilirliği tartışılmalıdır. Genel nitelikli Türk Borçlar Kanunu hükümleri, İş Hukuku'nun özel niteliğine uygun düşmüyorsa, iş ilişkilerinde geçerlilik bulamayacağından, kanımızca Türk Borçlar Kanunu'ndaki eşitlik sistemi İş Hukuku'nda uygulanabilir değildir. Bildirim sürelerine ilişkin özel hüküm niteliğindeki İK m.17/3 karşısında TBK m.432/5 hükmünün, İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde geçerli olacağı düşünülemez. Nispi emredici nitelikteki İK m.17 uyarınca bildirim sürelerinin sözleşmelerle hem işçi hem işveren için aynı uzunlukta artırılabilmesi gibi işverenin tabi olacağı bildirim süresinin işçininkinden daha uzun olabileceğinin kararlaştırılabileceğinin kabulü gerekir. Nitekim Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır.

- Yargıtay, işverenlerin süreli fesih hakkını kullanırken, bildirim sürelerini bölmek suretiyle bir kısmını peşin ödeyip bir kısmını fiilen kullandıramayacağını, bildirim sürelerinin ya tam kullandırılması ya da tamamının peşin olarak ödenmesi gerektiğini içtihat etmiş ve sürenin kısmen kullandırıldığı durumlarda, tüm süre üzerinden ihbar tazminatı ödeneceğine karar vermiştir. Kanımızca bu içtihadı bütün süreli fesihlere aynı şekilde uygulamak problemlere yol açabilecektir. Örneğin, altı haftalık ihbar süresi olan üst düzey niteliklere sahip bir kadın kuaförünün sözleşmesini süreli feshetmek isteyen bir işveren olduğunu varsayalım, kadın kuaförünün yüksek düzeydeki el becerisi gereği, işveren aynı nitelikte kadın kuaförü bulmanın zor olabileceğini pek tabii düşünenecektir ve altı haftalık ihbar süresini benzer düzeyde bir kadın kuaförü bulabilmek adına kullanmak isteyecektir. İşveren aradan geçen üç haftanın ardından hala istediği düzeyde kadın kuaförü bulamamakta ve kadın kuaförü

de sözleşmesi süreli olarak feshedildiği için, yapması gereken hizmetleri -haklı nedenle fesih seviyesinde bir kusur derecesinde olmasa da- önemli ölçüde yerine getirmemektedir. Olayımızdaki işveren, kadın kuaförünün bu şekilde davranması üzerine kalan üç haftalık bildirim süresine ilişkin ihbar tazminatını peşin olarak ödeyerek bu ilişkiye son verebilmelidir zira artık bu sözleşmenin devamı işverene önemli ölçüde zarar verecektir. İşini bu şekilde aksatan işçiye, “*İhbar Önelllerinin Bölünmezliği İlkesi*”nin gereği olarak bir de bildirim sürelerinin tamamına ilişkin ihbar tazminatı verilirse, işçinin kusurlu davranışı adeta ödüllendirilmiş olacaktır. Bu durum da temel bir Roma Hukuku ilkesi olan “*Kimse kendi kusurlu davranışından kendi lehine hak çıkaramaz.*” ilkesi ile çelişecektir. Lakin verdiğimiz örnek genişletici yoruma tabi tutulmamalı, bu ve bunun gibi durumlara has olarak işletilmelidir çünkü bildirim sürelerinin en temel amaçlarından biri işçinin bir anda işsiz kalmasını engellemektir, her olayda verdiğimiz örnekteki gibi bildirim sürelerini bölerek uygulayacak olursak İş Hukuku’nun bildirim sürelerinin getirilmesine ilişkin amacından uzaklaşılacaktır.

- İK m.19 hükmü iş güvencesine tabi işçiler için geçerli olduğundan, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçiler açısından uygulama alanı bulamaz. Bu konumdaki işçiler süreli fesih hakkını kullanırken ya da bu işçilere karşı süreli fesih hakkı kullanılırken, İK m.17 hükmü devreye girer. İK m.17 hükmü, süreli fesih hususunda herhangi bir şekil kuralı öngörmemiştir lakin İK m.109 hükmü “*İş Kanunu kapsamında yapılacak bildirimler*”in yazılı olarak yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Süreli fesih bildirimi, İK m.109 uyarınca yapılacak bildirimlerin başında gelir. Bu yüzden her ne kadar İK m.17’de süreli fesihler için bir şekil şartı öngörülmemişse de İK m.109 uyarınca süreli fesih bildirimlerinin yazılı olarak yapılması gerekir. Söz konusu yazılı şekil adi yazılı şekildir ve sözleşmenin iki tarafı için de geçerlidir, geçerlilik şekli değil ispat şeklidir.

- İş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmeleri, işçilerin davranışı yahut verimi sebebiyle süreli olarak feshedilmek isteniyorsa, bu işçilerin fesihten önce savunmasının alınması gerekir lakin İş Kanunu’nda işçinin savunmasının nasıl alınacağı hususunda bir düzenleme olmadığı gibi savunma alınması için yapılacak davetin içeriği ve şekli konusunda da açıklık yoktur. Kanımızca, işveren tarafından işçiye gönderilmesi gereken savunma daveti, İK m.109 anlamında bildirim

sayılabilecek ve işçiye savunma vermesi gerektiği bildiriminin yazılı olarak yapılması gerekecektir. Buradaki yazılılık ispat koşuludur. Yani işçi tarafından açılacak bir işe iade davasında, işveren işçiye savunmaya davet ettiğini ancak yazılı delillerle ispatlayabilecektir, örneğin savunma davetinin tebligat yoluyla yapıldığı durumlarda, tebligatın işçi tarafından tebellüğ edildiğine dair görevli posta memuru tarafından imzalanmış tebligat parçası ile savunma daveti ispatlanabilecektir. İşçi savunma davetini tebellüğden imtina ettiyse, bu bir hukuki işlem olmadığından, imtina her türlü delille ispat edilebilecektir.

- Haklı nedenle fesihten farklı olarak İK m.17 ve İK m.18 uyarınca yapılacak süreli fesihlerde, fesih hakkının kullanım süresine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada, kaynağını TMK m.2’de belirtilen objektif iyi niyet kurallarından alan “*Makul Süre*” ölçütü devreye girecektir. Nitekim Yargıtay da bir kararında fesih hakkının objektif ve hakkaniyete uygun bir süre içerisinde kullanılması gerektiğini, uzun bir süre geçtikten sonra bir baskı unsuru olarak kullanılmaması gerektiğini hüküm altına almıştır. Süreli fesih hakkının kullanımındaki makul süre, İK m.17’deki bildirim sürelerine paralel olarak değerlendirilebilir, örneğin iki yıl kıdemi olan bir işçinin iş sözleşmesinin süreli şekilde feshedilebileceği bir durum ortaya çıktığında, işveren altı hafta boyunca süreli fesih hakkını kullanmamış ve sözleşmenin devam edeceği hususunda işçide bir güven uyandırmışsa artık bu olaya dayalı olarak fesih hakkının etkisizleştiği kabul edilmelidir.

- Öğretide İK m.19’daki “*feshin yazılı olarak yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi*” koşulunun niteliği konusunda tartışmalar yaşanmıştır. İK m.21’de işe iade davasının kabulü için “işverence sebep gösterilmemesi” yahut “işverence gösterilen sebebin geçerli olmaması” şartları öngörülmüştür. İşveren, İK m.19 uyarınca, feshe dayanak olarak gösterdiği geçerli nedeni, işçiye, yazılı, açık ve kesin bir şekilde bildirmelidir. Ayrıca işçi tarafından açılan işe iade davasında da İK m.20/2 uyarınca, işveren bildirdiği bu nedenin geçerli bir neden olduğunu ispat etmekle mükelleftir. İşveren açılan bu davada üzerine düşen ispat yükünü yerine getiremezse, işçi tarafından açılan işe iade davası kabul edilecektir. Yani aslında İK m.19’da yazılılık, açıklık ve kesinlik şeklinde belirtilen yükümlülöklere uymamak, işverenin geçerli nedenini ispat edememesi sonucunu doğuracaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere, fesih bildiriminin yazılı yapılması, fesih sebeplerinin de açık ve

kesin bir şekilde gösterilmesi geçerlilik koşulu olarak karşımıza çıkar. Fesih bildirimi yazılı yapılsa dahi fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde gösterilmemişse, açılan işe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmelidir.

- Süreli fesihlere ilişkin 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun 17.maddesinde, 1475 sayılı eski İş Kanunu'ndan farklı olarak, tarafların genel hükümlere göre ayrıca tazminat isteme hakkına yer verilmemiştir. Bu durum öğretide tartışmalara yol açmış, tarafların genel hükümler uyarınca tazminat isteyip isteyemeyeceği sorgulanmıştır. İK m.17'de bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemesi, tarafların genel hükümler uyarınca tazminat isteme hakkına halel getirmez nitekim TMK m.5 uyarınca taraflar genel hükümlere göre ayrıca tazminat talep edebilecektir, burada yasa koyucu tekrara düşmemek adına bilinçli bir boşluk yaratmıştır. Kanımızca öğretideki tartışmaları gidermek amacıyla, derhal feshe ilişkin İK m.26/2'de olduğu gibi süreli fesih maddesine de bu hükmü eklemek yahut iki fesih türünün maddesinden de bu hükmü çıkarıp bilinçli bir boşluk oluşturmak, hem fesih türleri arasındaki yeknesaklığı sağlayacak hem de tartışmalara mahal vermeksizin açıklık getirecektir.

- Taraflar, İK m.17/3 uyarınca bireysel iş sözleşmesi ile veya toplu iş sözleşmesi ile süreli feshe ilişkin bildirim sürelerini artırabilirler. Lakin sonradan sözleşmeyi peşin ödeme suretiyle feshetmek isteyen taraf, kanuni bildirim sürelerine ilişkin ihbar tazminatını ödeyip, daha fazlasını ödememe yönünde bir irade serdedemez. Bu durumda ihbar tazminatı, sözleşmesel bildirim süreleri üzerinden hesaplanacaktır. Yargıtay, sözleşmeyi usulsüz fesheden tarafın işçi olması halinde, işçinin kanuni bildirim sürelerine göre ihbar tazminatı ödeyeceğini, sözleşmeyi usulsüz fesheden tarafın işveren olması halinde ise işverenin sözleşmesel bildirim sürelerine göre ihbar tazminatı ödeyeceğini içtihat etmiştir. Kanımızca bu şekilde bir ayrıma gidilmesi isabetsizdir çünkü sözleşmenin kurulması aşamasında işveren, baskın iradesiyle kendi lehine daha kısa bir ihbar süresi öngörebilecekken, Yargıtay bu konuda bir kısıtlama getirmekte ve en iyi ihtimalle uyulacak sürelerin birbirine eşit olması gerektiğini hükme bağlamaktadır, yani işçiyi sözleşmenin daha en başında zaten korumaktadır. İşverenin kısıtlanmış iradesinin ürünü olarak ortaya çıkan iş sözleşmesinde bir de usulsüz feshe maruz kalması üzerine, işçiden talep edeceği ihbar tazminatını sözleşmesel ihbar süresi üzerinden değil de kanuni süreler üzerinden talep

edebilmesi, ikinci bir “Nispi Emredicilik” süzgeci anlamına gelecek ve bu da olması gerekenden fazla “İşçi Lehine Yorum” olarak karşımıza çıkacaktır.

- Kıdem tazminatından farklı olarak ihbar tazminatına uygulanması gereken faiz oranı hususunda İş Kanunu’nda özel bir düzenleme öngörülmediğinden, temerrüt tarihinden itibaren ihbar tazminatına yasal faiz işletileceği, bireysel iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesi ile, yasal faizin altında olmamak kaydıyla, farklı bir faiz oranı öngörülmüşse, kararlaştırılan faiz oranının uygulanacağı öngörülmektedir. Kanımızca ihbar tazminatına ticari faiz işletilebilmelidir. Şöyle ki eğer işçi usulsüz feshe maruz kalmış ise ve işveren de tacir niteliği taşımaktaysa, TTK m.19/2 gereği, işçi ile işveren arasında akdedilmiş iş sözleşmesi, işçi için de ticari iş sayılabilecek ve işçi, tacir işverenden ticari faiz talep edebilecektir. Tam tersi durumda, tazminat talebinin muhatabı ve borçlusu işçi ise arada sözleşme olsa dahi “İşçi Lehine Yorum” ilkesi gereği işveren işçiden ticari faiz talep edememelidir. Faiz konusunda diğer değinilmesi gereken husus ise, 6356 sayılı SETİSK m.53/2’deki özel hüküm gereği, ihbar önelleri Toplu İş Sözleşmesi ile artırılmış ise, fazlaya ilişkin ihbar tazminatı alacağına, talep edecek taraf daha önce temerrüde düşürülmüşse temerrüt tarihinden, daha önce temerrüde düşürülmemişse dava tarihinden itibaren en yüksek işletme kredisi faizi uygulanacağıdır. Yargıtay içtihatları gereği, toplu iş sözleşmesine dayanan eda davası kısmı, kanunen verilen bir hakkı aşan kısımdır. Örneğin toplu iş sözleşmesinde altı haftalık bir ihbar süresinin on hafta olacağı öngörülmüşse, altı haftalık kısım kanunen verilen kısım olduğundan bu kısma – alacaklı işçiye- ticari temerrüt faizi, kalan dört haftalık kısım ise toplu iş sözleşmesine dayalı eda davası kısmı olduğundan, bu kısma en yüksek işletme kredisi faizi uygulanmalıdır. Kötü niyet tazminatı kanunen ihbar tazminatının üç katı tutarında belirlendiğinden, ihbar tazminatındaki faiz açıklamalarımız aynen kötü niyet tazminatı için de geçerlidir.

- Yargıtay, bireysel yahut toplu iş sözleşmesi ile fesih bildirim sürelerinin arttırılmış olması durumunda, kötü niyet tazminatı hesabında kanuni sürelerin göz önüne alınacağını, arttırılmış bildirim sürelerinin hesaba alınamayacağını, kanımızca isabetsiz olarak karara bağlamıştır. Fesih bildirim sürelerinin fahiş oranlarda sözleşmelerle arttırılması eğer bir hakkın kötüye kullanılması teşkil etmekteyse, Yargıtay bu süreleri zaten hakkaniyete uygun bir indirim sağlayarak dikkate almaktadır. Böyle bir kötüye kullanma söz konusu değilken, kötü niyet tazminatının,

artırılan bildirim süreleri üzerinden hesaplanmaması sözleşme serbestisi ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

- İş sözleşmesi devam ederken, işveren karşısında bağımlı ve güçsüz konumda olan işçinin iş güvencesine yönelik hükümlerinden feragati hem hak doğmadan feragat edilemeyeceğinden hem de hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, geçersizdir. Buna karşılık iş sözleşmesi feshedildikten sonra lakin işe iade davası açılmadan önceki süreçte yapılacak feragatlerin geçerliliği konusunda öğretide tartışmalar yaşanmıştır. Yargıtay bu dönem içindeki yapılan feragatleri de geçersiz saymaktadır. Kanımızca gerçekten işçi işe iadesi davası sonucunda ulaşacağı menfaatlerine yaklaşık olarak, bu davayı açmadan ulaşabilmişse, bu dönemde yapılan feragatler geçerli sayılmalıdır. Çünkü işçi işe iade davası açmaktan feragat ederek, belirsiz ve uzun süren bu davanın masraflarından kurtulmakta, ihtiyacı olan tazminatlara hemen ulaşabilmektedir. Ayrıca işçi aynı iş yerinde, aynı veya benzer konumlarda hiçbir surette çalışmak istemiyor da olabilir. İş güvencesi sistemimizde işçinin işe iade yerine doğrudan tazminat talep edebilmesini sağlayan bir düzenleme yoktur yani dava açmak işçiye istediği tazminatlara doğrudan erişebilme imkânı sağlamayacaktır. Bu nedenle özellikle de belirli maddi menfaatlerin sağlanması karşılığında işe iade davasından feragati tercih edecek çok sayıda işçi olabilecektir. Uyuşmazlığın anlaşma yolu ile halledilmesi hem hukuk politikası açısından hem de yargıdaki iş yükünün azaltılması bakımından tercih edilmesi gereken bir sonuçtur.

- Boşta geçen sürelerle ilişkin en çok dört aylık ücret ve diğer haklar, işçinin işverene samimi bir şekilde ve süresi içerisinde başvurmasıyla muaccel olur. Bu başvuru kanımızca muacceliyet ihbarı olarak değerlendirilmelidir. Yani işverenin temerrüde düşürülmesi için bu başvuru haricinde ayrıca ihtar edilmesine gerek yoktur, başvuru iradesinin içinde zımnen temerrüde düşürme iradesi olduğu kabul edilerek, boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklara başvuru tarihinden itibaren temerrüt faizi yürütülmelidir.

- Boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklara, İK m.34'te öngörülen özel faiz oranının uygulanması gerektiği Yargıtay içtihatları ile sabittir. Bahsedilen içtihat kanımızca isabetli de olsa şu husus eleştiriye açıktır: Belirli süreli iş sözleşmesi feshedilen işçi, TBK m.438/1 uyarınca bakiye süreye ilişkin ücreti faiziyle birlikte işverenden talep ettiğinde Yargıtay, İK m.34'de öngörülen "*Mevduata uygulanan en*

yüksek faiz oranı ”nın, fiili çalışma karşılığı olan ücret alacağına uygulanacak faiz türü olduğunu, işçinin bakiye süre ücretinin eylemli bir çalışma karşılığı olmadığını dolayısıyla öngörülen bu özel faiz türünün değil yasal faizin uygulanacağını hüküm altına almıştır, üstelik bu hususta Yargıtay iş hukuku daireleri arasında görüş birliği vardır. Her ne kadar bakiye süre ücreti ile boşa geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklar farklı iki kurum olsalar ve farklı amaçlara hizmet etseler de bahsettiğimiz iki kurumun da ortak özelliği eylemli bir çalışmanın karşılığı olmamasıdır, hal böyle iken eylemli bir çalışmanın karşılığı olmayan iki kuruma farklı faiz oranlarının uygulanması hakkaniyete aykırı olacaktır. Ayrıca İK m.34 lafzında, mevduata uygulanan en yüksek faiz oranına hükmedilebilmesi için, fiili çalışma kriterinin aranmadığı da dikkatlerden kaçırılmamalıdır.

- Her ne kadar İK m.25 hükmü uyarınca yapılacak derhal fesihlerde, İK m.25/son atfı gereği feshin usulüne ilişkin m.19 hükmü uygulanmayacak olsa da İK m.20/1, İK m.21/1 ve TBK m.435 hükümleri bir arada düşünüldüğünde, işveren tarafından yapılacak derhal fesihlerde, işverenin fesih nedenini yazılı olarak belirtmesi gerektiği ve bu nedenlerin herhangi bir duraksamaya yol açmayacak şekilde açık ve kesin olması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Amaçsal yorum gereği, İş Kanunu’na tabi olup iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçiler ile İş Kanunu’na tabi olmayıp Türk Borçlar Kanunu’na tabi olan işçiler için de aynı yönde bir yorum yapılmalıdır. Nitekim bu işçiler açısından uygulama alanı bulacak TBK m.435 hükmü, ilişkiyi haklı nedenle feshedecek tarafa, fesih sebebini salt yazılı olarak bildirme yükümlülüğü yüklemişse de TBK m.435’teki fesih sebebinin yazılı olarak belirtilmesi yükümlülüğünün -tıpkı yukarıda İK m.20/1 ve İK m.21/1’de yapılan değerlendirmenin paralelinde- açık ve kesin bir şekilde, herhangi bir duraksamaya yer vermeden yerine getirilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Yine bu maddeleri sadece işveren haklı feshi penceresinden düşünmemek gerekir, İş Kanunu’na tabi işçiler için m.24 hükmü gereği ve İş Kanunu’na tabi olmayan işçiler için TBK m.435 hükmü gereği, sözleşmeyi feshedecek tarafın işçi olması halinde, her iki grup işçi için de TBK m.435 hükmü uygulama alanı bulacak ve fesih sebeplerini yazılı, açık ve kesin bir şekilde işverene bildirmeleri gerekecektir. Lakin salt bu yükümlülüğe uymayan işçiler, haksız fesih rejimine tabi tutulmamalı, haklarına hükmedilmelidir. Nitekim Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır.

- İşveren tarafından gerçekleştirilecek haklı fesihlerde, işçinin savunması alınmasının gerekli olup olmadığı hususu öğretide öteden beri tartışılmaktadır. Kanımızca, işçinin mahrum kaldığı haklarının ağırlığı düşünüldüğünde, iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilecek dahi olsa savunma alınması gerektiği söylenebilecekse de İK m.25/I, İK m.25/III ve İK m.25/IV. bentlerinde yer alan fesih nedenleri, kusur ile ilişkili olmamaları hasebiyle savunma yapılmasına uygun nitelik taşımamaktadırlar. Bunun gibi İK m.25/II'nin de niteliği gereği savunma alınmasına uygun olmadığı görüşünü taşımaktayız. Sözgelimi işçinin, işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması durumunda, bu işçiye karşı haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanacak işverene, bir de savunma alma yükümlülüğü yüklemenin anlamı olmadığı gibi, pratikte de karşılığı olmayacaktır. İşverene güven temeli çöken bir ilişkide üstüne bir de savunma alma yükümlülüğü yüklemek doğru olmayacaktır. İş ilişkileri gibi sürekli borç yaratan sözleşmelerden sıyrılma imkânı tanıyan haklı nedenle derhal fesih hakkının bu şekilde sınırlanması hakkaniyete aykırıdır. Verdiğimiz örnekte savunması alınmadığından bahisle işçinin işe iade edildiği düşünüldüğünde, o iş yerindeki huzur ve sükûnetin negatif yönde bozulacağı, kaçınılmaz bir gerçektir.

- Yargıtay İK m.25 uyarınca yapılacak haklı nedenle fesihlerde, işveren tarafından ileri sürülen fesih nedeninin haklı neden boyutuna ulaşmasa dahi geçerli neden niteliği taşıması durumunda, sözleşmenin geçerli nedenle feshedildiğini kabul etmekte, geçerli nedenle gerçekleştirilecek fesihte İK m.19 uyarınca uyulması gereken şekil kurallarına uyulup uyulmadığını sorgulamamaktadır. Bu durumda, işverenin bildirdiği fesih nedeninin her ne kadar geçerli neden niteliğinde olduğu kabul edilse de İK m.19 hükmü uyarınca yerine getirilmesi gereken yükümlülükler uyulmadıysa, işverence yapılan feshin geçersizliğine karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde, iş ilişkisini geçerli nedenle sona erdirebilecek durumdaki bir işveren, yazılılık, savunma alma ve bilhassa “*feshin son çare olması ilkesi*” gibi önemli yükümlülükleri dolanmak maksadıyla sözleşmeyi haklı nedenlerle feshetmiş gibi göstererek, İK m.19 hükmünün işletilmesini engellemeye çalışacaktır. Bu durumda da TMK m.2/2 gereği bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenimiz tarafından korunmayacağı hususu su götürmez bir gerçek olarak karşımıza çıkacaktır.

- Öğretide, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshinde, feshin son çare olması gerektiği ilkesinin uygulanabilirliği sorgulanmıştır.

İK m.24 ve İK m.25 hükümlerinin içerdiği derhal fesih hakkının niteliği gereği, “*Feshin Son Çare Olması İlkesi*”nin uygulanabilir olmadığı kanaatindeyiz. Sözelimi, meslek sırlarını rakip firmalara ifşa eden işçiye karşı, haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanacak işverene, sözleşmeyi feshetmeden önce, işçinin başka bir pozisyonda çalışabilip çalışamayacağını sorgulamak ve salt bu sorgulamanın yapılmadığından bahisle işçinin açtığı işe iade davasının kabulüne karar vermek, iş hukukunun amacına ters düşeceği gibi, bu çözümün pratikte de karşılığı olmayacaktır. İşverene, güven temeli çöken bir ilişkide, yapacağı feshin son çare olup olmadığını sorgulama yükümlülüğünü yüklemek hukuk mantığına aykırıdır. İş ilişkileri gibi sürekli borç yaratan ve güven temeli üzerine kurulan sözleşmelerde, güven temelinin, sözleşmeye devam edilmesi beklenemeyecek şekilde çökmesi durumunda, haklı sebeple derhal fesih hakkının, feshin son çare olup olmadığı sorgulanmaksızın kullanılabilmesi gerekli olup ve fesih hakkının bu denli sınırlandırılmaması gerekir, aksini düşünmek, hakkaniyete ve borçlar hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki, kanun koyucu İK m.18 gerekçesinde, feshe en son çare olarak bakılması noktasını geçerli sebeplerle fesih için sınırlı tutmuş, “*geçerli sebep*” lafzının yanında haklı sebep kavramına kanımızca bilinçli olarak yer vermemiştir.

- 4857 sayılı İş Kanunu’ndan sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun haksız feshe ilişkin 438.maddesinin üçüncü fıkrasında, haksız fesih tazminatı kaleme alınmıştır. Bu doğrultuda İş Kanunu’na tabi olup iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan bir işçinin iş sözleşmesi haksız olarak feshedildiğinde, TBK m.438/3 gereği haksız fesih tazminatı talep edip edemeyeceği, İK m.17’de bu yönde bir boşluk olup olmadığı öğretide tartışılmıştır. Haksız fesih tazminatına ilişkin olarak İş Kanunu’nda bu yönde bir düzenleme bulunmadığından, burada bir boşluk bulunduğu ve bu boşluğun genel hüküm niteliğindeki TBK m.438/3’ün uygulanarak doldurulabileceği kanaatindeyiz. Yani iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçiler, TBK m.438/3 gereği yargıç tarafından takdir edilirse haksız fesih tazminatı talep edebilecektir.

- Belirli süreli iş sözleşmelerinde kararlaştırılan cezai şartın geçerli olabilmesi için, cezai şartın sözleşmenin iki tarafı için de karşılıklı olarak öngörülmesi buna ek olarak cezai şartın miktarı ve muaccel olma sebepleri bakımından da karşılıklı olarak denklik bulunması gerekir. Sözleşmede işçi aleyhine tek taraflı olarak öngörülen cezai

şart geçersizken, TBK m.420/1 mevhumu muhalifinden de anlaşılacağı üzere, işçi lehine tek taraflı olarak öngörülen cezai şart geçerlidir. Öte yandan sözleşmelerde öngörülen cezai şart mahkemece geçerli olarak kabul edilse bile, TBK m.182/son gereği indirim yapılmaması bozma sebebi olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay aynı görüşü benimsemediğimiz bir kararında davalının tacir niteliği taşıması halinde cezai şarttan indirim yapılacağını kararlaştırılmıştır. Yargıtay, yakın tarihli başka bir kararında bu isabetsiz görüşünden dönerek tacirin sadece mahvına neden olacak cezai şartın tenkis edilebileceğini, bunların haricinde TTK m.22 gereği cezai şartın tacir lehine tenkis edilemeyeceğini, cezai şart taahhüdü sırasında tacir olmanın yeterli olduğunu, sonrasında tacir sıfatının kaybının cezai şartın tenkis edilebileceği anlamına gelmeyeceğini hüküm altına almıştır. Cezai şarta işletilecek faiz hususunda şuna değinmek gerekir: Cezai şartın Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklandığı durumlarda cezai şarta SETİSK m.53/2’de belirtilen faiz oranı uygulanır. Bunun haricinde cezai şart toplu iş sözleşmesi ile değil de bireysel iş sözleşmesi ile belirlenmişse ve eğer cezai şartı talep edecek taraf işçiye ve işveren de tacirse, TTK m.19/2 gereği aralarındaki sözleşme işçi için de ticari iş niteliğinde olacağından, cezai şarta temerrüt tarihinden itibaren ticari faiz işletilmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

AKTAY, Nizamettin, Kadir ARICI ve E. Tuncay SENYEN-KAPLAN. İş Hukuku, Gazi Kitapevi, Yenilenmiş 5.Baskı, Ankara, 2012.

AKTAY, Nizamettin. “İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6345_6VMB1UCXMP3.pdf, (14.03.2020).

AKTUĞ, Semih Serkant. “İş Güvencesinin Sosyal, Ekonomik, Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi”, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/ssaktug.pdf>, (20.12.2020).

AKYİĞİT, Ercan. İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Seçkin, Ankara, 2008, (Şerh).

AKYİĞİT, Ercan. “İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6325_0OPP5QIRTJ16.pdf, (20.09.2020), (Fesih).

ALANGOYA, Yavuz, M. Kamil YILDIRIM ve Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7.Baskı, İstanbul, 2009.

ALP, Mustafa. “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, https://www.tisk.org.tr/yayin/2009_yargitayin_is_hukukuna_iliskin_kararlarinin_degerlendirilmesi_2006-%202009.pdf, (31.08.2020), (Değerlendirme).

ALP, Mustafa. İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754490>, (31.08.2020), (Feshe Karşı Koruma).

ALP, Mustafa. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, 2015, (Değerlendirme 2013), s.177-297.

ALP, Mustafa. “Olumsuz İşyeri Uygulaması ile Bir İkramiye’nin Kaldırılması - Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının İncelenmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756150>, (27.12.2020), (İşyeri Uygulaması), s.3073-3091.

ALP, Mustafa. “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754347>, (27.12.2020), (Sosyal Haklar), s.1-42.

ALP, Mustafa. “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6321_4I6UZPKWD119.pdf, (27.12.2020), (Cezai Şart), s.28-40.

ALP, Mustafa. “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Resen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dönüştürülmesi”, Prof. Dr. Savaş TAŞKENT’e Armağan, onikilevha, İstanbul, 2019, (Belirli Süreli).

ALPAGUT, Gülsevil. “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, <http://www.toprakisveren.org.tr/tr-TR/alt-sayfalar/198/is-guvencesi>, (06.08.2019), (İş Güvencesi).

ALPAGUT, Gülsevil. “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı – Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6347_9K7157B39V1.pdf, (14.05.2020), (Değerlendirme).

ALPAGUT, Gülsevil. “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”,

https://www.mess.org.tr/media/files/6340_5COWAXBIFY8.pdf, (12.10.2020),
(Cezai Şart).

ALTINOK-ORMANCI, Pınar. Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

ARAL, Fahrettin ve Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Tıpkı 12. Baskı, Ankara, 2019.

ARKAN, Sabih. Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş Yirmi Dördüncü Bası, Ankara, 2018.

ARSLAN-ERTÜRK, Arzu. İş Sözleşmesinde Şekil, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

ASTARLI, Muhittin. “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”,

https://www.mess.org.tr/media/files/6790_9EDHGY9CCsicil_38.pdf,
(20.07.2020).

ATAY, Ender Ethem. Hukuk Başlangıcı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

ATAY, Filiz. “Geçerli Neden ve Haklı Neden Ayrımında Yazılı Bildirim Şartı”,
https://www.mess.org.tr/media/files/6318_5M4D7SLTTT22.pdf, (20.09.2020).

AVCI, Mustafa. “Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre”, https://www.mess.org.tr/media/files/6343_DD89MC6QFB5.pdf, (15.05.2020).

AYDOĞDU, Murat ve Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 4. Baskı, Ankara, 2019.

BAL, Özlem. “Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat Talebinde Taraflar”, https://www.mess.org.tr/media/files/6312_EX48J8XNUV26.pdf, (20.09.2020).

BASKAN, Esra. “Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Hukuku’na Etkisi”, Legal İSGHD., C.9, S.35, s.105-124.

BAYCIK, Gaye. İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin, Ankara, 2011, (Yenilik Doğuran Haklar).

BAYCIK, Gaye. “İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42634/513917>, (06.08.2019), (Değiştirme).

BAYCIK, Gaye. “İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakkın Etkisizleşmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97916>, (19.09.2020), (Etkisizleşme).

BEDÜK, Mehmet Nusret. Deniz İş Sözleşmesi, Ekin, Bursa, 2012.

BETİN, Selma ve Uğur OCAK. İşe İade Davaları, Tercih Kitabevi, Ankara, 2020.

BİRBEN, Erhan. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2006, (Ölçülülük).

BİRBEN, Erhan. “İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46930/588790>, (06.08.2019), (Etkisizleşme).

BLOMEYER, Wolfgang. “Alman Hukukunda Feshe Karşı Korumanın Sosyal ve Ekonomik Önemi”, Almanya’da ve Türkiye’de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, BASİSEN Yayını, İstanbul, 1985.

BUZ, Vedat. Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

CANİKLİOĞLU, Nurşen. İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, onikilevha, İstanbul, 2019, s.185-396.

CANSEL, Erol ve Çağlar ÖZEL, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.: I, Seçkin, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara, 2017.

CENTEL, Tankut. “Anayasa Karşısında Boşta Kalınan Süreye İlişkin Ücreti Sınırlama”, https://www.mess.org.tr/media/files/6325_0OPP5QIRTJ16.pdf, (20.09.2020), (Anayasa).

CENTEL, Tankut. İş Güvencesi, Legal, İstanbul, 2012, (İş Güvencesi).

ÇANKAYA, Osman Güven, Cevdet İlhan GÜNAY ve Seracettin GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2006.

ÇELİK, Nuri, Nurşen CANİKLİOĞLU ve Talat CANBOLAT. İş Hukuku Dersleri, Beta, Yenilenmiş 30.Bası, İstanbul, 2017.

ÇELİK, Nuri. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri”, https://www.mess.org.tr/media/files/6314_QD8652Z9M625.pdf, (11.03.2020).

ÇİL, Şahin. İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2015- 2016 Yılları, Yetkin Yayınları, Açıklamalı 7. Baskı, Ankara, 2016.

DARCAN, Şeyhmus. Ürün Kirası Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

DEMİR, Fevzi. İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11.Baskı, İzmir, 2018, (İş Hukuku).

DEMİR, Fevzi. Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İSGHD, S.:10, Y:2016, (Geçerli Sebep), s.469-498.

DOĞAN-YENİSEY, Kübra. İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta, İstanbul, 2014.(Emredici Yapı).

DOĞAN-YENİSEY, Kübra. “İş Hukukunun Kendi Özgü Emredici Doğası”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan, C. I, İstanbul, 2011, (Emredici Doğa).

DOĞAN-YENİSEY, Kübra. “İş Hukukunda Cezai Şart”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, (Cezai Şart).

DOĞAN-YENİSEY, Kübra. Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, 2015, (Değerlendirme 2013), s. 9-173.

EKMEKÇİ, Ömer. Toplu İş Hukuku Dersleri, onikilevha, Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul, 2019.

ELBİR, Nazlı. “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde “Samimiyet” Olgusu”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1077540>, (27.12.2020).

EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 24.Baskı, Ankara, 2019, (Genel Hükümler).

EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2019, (Özel Hükümler).

ERGİN, Hediye. “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6555_X6YQIV063Isicil_34.indd.pdf, (Sataşma).

ERGİN, Hediye. “İşyerinde Çalışan Bir İşçinin Hepatit-B Hastalığına Yakalanması Nedeniyle Diğer İşçilerin Sözleşmelerini Derhal Fesih Hakkı”, https://www.mess.org.tr/media/files/6447_XW6JLLLMVP6447_63116v0hajsicil-dergisi-mess.pdf, (10.04.2020), (Hepatit-B).

ERKANLI-BAŞBÜYÜK, Betül. İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Seçkin, Ankara, 2020.

ERTÜRK, Şükran. “İş Sözleşmesinin E-Posta veya Kısa mesaj (SMS) ile Feshi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6695_YAESR973B5sicilsayi36.pdf, (13.02.2020).

ESENER, Turhan. İş Hukuku, Sevinç Matbaası, 3. Bası, Ankara, 1978.

EYRENCİ, Öner, Savaş TAŞKENT ve Devrim ULUCAN. Bireysel İş Hukuku, Beta, 8.Baskı, İstanbul, 2017.

EYRENCİ, Öner. “Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi”, <https://www.lexpera.com.tr/kitaplar/KI801Y2010N9789758919604>, (15.04.2020), (Ölçülülük).

EYRENCİ, Öner. 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, S.:1, Y:2004, (Yeni Düzenlemeler), s.15-56.

GÖKÇEK-KARACA, Nuray. Gazetecinin Basın İş Kanunu’ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, Legal, İstanbul, 2010.

GÖKTAŞ, Seracettin. “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2008-1/2.pdf>, (04.09.2020), (İş Güvencesi).

GÖKTAŞ, Seracettin. “İşveren Değişikliğinin İşçiye İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesih İmkânını Verip Vermeyeceği Sorunu”, https://www.mess.org.tr/media/files/6346_ISM4H9K7MW2.pdf, (03.03.2020), (İmkân).

GÖKTAŞ, Seracettin. “Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi”, https://www.mess.org.tr/media/files/7113_OFS1KGUEREsicil43.pdf, (23.09.2020), (Covid-19).

GÜLVER, Ender. “İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade Karar İncelemesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/321976>, (06.08.2019), (İnceleme).

GÜLVER, Ender. “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, Legal İSGHD., C.8, S.31, (Derhal Fesih), s.999-1029.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul, 2017, (Kısa Ders Kitabı).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.: I, Vedat Kitapçılık, 3.Bası, İstanbul, 2013.

GÜNAY, Cevdet İlhan. İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2015, (Şerh).

GÜNEY, Cevdet İlhan. “İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih”, https://www.mess.org.tr/media/files/6327_P1AB8O0B2Z14.pdf, (20.09.2020), (Fesih).

GÜNSAY, Töre. Adi Ortaklık Sözleşmesinde Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkisi ve Temsil, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018.

GÜRİZ, Adnan. Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş On Beşinci Baskı, Ankara, 2013.

GÜRPINAR, Damla. Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, (Tavsiye).

GÜRPINAR, Damla. Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, (Eser Sözleşmesi).

GÜRSEL, İlke. “Feshe Bir Alternatif Olarak İşverenin Fesihten Önce İşçiyi Başka İşte Çalıştırması”, https://www.mess.org.tr/media/files/6874_MVSIFGNNGZsicil_01.2019.pdf, (15.05.2020).

GÜVEN, Ercan ve Ufuk AYDIN, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Genişletilmiş Güncellenmiş 5.Baskı, Eskişehir, 2017.

GÜZEL, Ali. “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi”, <https://www.calismatoplum.org/makale/karar-incelemesi-3#gsc.tab=0>, (13.05.2020), (Keyfilik Denetimi).

GÜZEL, Ali. İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin, Ankara, 2017, (Son Çare İlkesi).

GÜZEL, Ali. “İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: “Zorunlu” Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım-I)”, Prof. Dr. Savaş TAŞKENT’e Armağan, İstanbul, 2019, (Arabuluculuk).

HİRŞ, Ernst E. Pratik Hukukta Metot, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Güncellenmiş 8.Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2018.

İREN, Ertan. “Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan, C. II, İstanbul, 2011.

KAPLAN, Emine Tuncay. “Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının Üst Sınırı Sorunu”, https://www.mess.org.tr/media/files/6339_YL82664B4V9.pdf, (04.04.2020), (Üst Sınır).

KAR, Bektaş. İş Yargılaması Usulü, Yetkin, Ankara, 2018, (Usul).

KAR, Bektaş. Deniz İş Hukuku, Yetkin, Ankara, 2014, (Deniz İş).

KAR, Bektaş. “İş Hukukunda Yorum”, https://www.mess.org.tr/media/files/409_MVNC0R3E0Usicil_28.pdf, (20.09.2020), (Yorum).

KAR, Bektaş. “Haksız Fesih Tazminatı”, Prof. Dr. Savaş TAŞKENT’e Armağan, İstanbul, 2019, (Haksız Fesih).

KESER, Hasan. “Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarının İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Geçerli Sebep Sayılıp Sayılamayacağına İlişkin Bir Değerlendirme”, https://www.mess.org.tr/media/files/6953_Q5JV55D16Lsicil-41.pdf, (14.04.2020), (Ekonomik Kriz).

KESER, Hakan, “Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel

Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi”,
https://www.mess.org.tr/media/files/7113_OFS1KGUEREsicil43.pdf, (22.09.2020),
(Objektif Sebep).

KILIÇOĞLU, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Yayınları, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Genişletilmiş 19.Bası, Ankara, 2015.

KILIÇOĞLU, Mustafa ve İlayda KILIÇOĞLU-ADA, İş Kanunu Yorumu, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019.

KILIÇOĞLU, Mustafa ve Kemal ŞENOCAK, “Baskı Feshi”,
https://www.mess.org.tr/media/files/6343_DD89MC6QFB5.pdf, (20.09.2020),
(Baskı Feshi).

KILIÇOĞLU, Mustafa ve Kemal ŞENOCAK, İş Kanunu Şerhi, C.: I, Legal, 2.Baskı, İstanbul, 2008.

KOCAYUSUFPASAOĞLU, Necip, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN ve Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuk Genel Bölüm, C.:1, 5.basıdan tıpkı 6.bası, İstanbul, 2014.

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

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

KURU, Baki, Ramazan ARSLAN ve Ejder YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 24.Baskı, Ankara, 2013.

KURU, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.: II, Demir Demir Yayıncılık, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001, (HMK Usulü).

KURU, Baki. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, (İstinaf).

KÜRTÜL, Mehmet. 2017-2020 Yılları Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararlar ve İçtihadı Birleştirme Kararları, C.: I-II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, Muhittin ASTARLI ve Ulaş BAYSAL. İş Hukuku Ders Kitabı, Lykeion, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara, 2018.

NARMANLIOĞLU, Ünal. İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, Beta, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5.Bası, İstanbul, 2014, (İş Hukuku).

NARMANLIOĞLU, Ünal. “Kanuna Aykırı Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)”, Fevzi ŞAHLANAN’a Armağan, İstanbul, 2016, (Tahvil).

NARMANLIOĞLU, Ünal. “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlı Hukuki Sonuçlar”, https://www.mess.org.tr/media/files/6321_4I6UZPKWD119.pdf, (11.02.2020), (İş Güvencesi).

NARMANLIOĞLU, Ünal. “İş Kanunu’nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6790_9EDHGYY9CCsicil_38.pdf, (14.05.2020), (Yeni Çerçeve).

NOMER, Haluk N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, Onbeşinci Bası, İstanbul, 2017.

OCAK, Uğur. İşçilik Alacakları, 2. Kitap, Ankara, 2015.

ODAMAN, Serkan ve Eda KARAÇÖP, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, https://www.mess.org.tr/media/files/6835_A3WK6F5Z5Ysicil_02.2018.pdf, (06.06.2020).

ODAMAN, Serkan. ““En Çok Dört Aya Kadar” İbaresinin Anayasa’ya Aykırılığı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6325_0OPP5QIRTJ16.pdf, (20.09.2020), (Değerlendirme).

ODAMAN, Serkan. “Fesihden Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6340_5COWXBAFY8.pdf, (20.09.2020), (İşyerinin Kapatılması).

ODAMAN, Serkan. “İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında “Birleştirilmenin” Değerlendirilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/408_T2WH7HUOYZsicil_29.pdf, (19.09.2020), (Birleştirme).

ODAMAN, Serkan. “İş Sözleşmesinin Sağlık Nedenleriyle İşveren Tarafından Derhal Feshinde Savunmanın Gerekmemesi-Karar İncelemesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/7028_MC6SJXX668sicil_42.sayi_small.pdf, (13.03.2020), (Sağlık Nedenleriyle).

ODAMAN, Serkan. “İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı”, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/serkanodaman.pdf>, (28.08.2020), (Ahlak).

ODAMAN, Serkan. “Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6342_2Q3O2M04L76.pdf, (20.09.2020), (Yurtdışı).

OĞUZMAN, M. Kemal ve Turgut ÖZ. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.: I, Vedat Kitapçılık, Güncellenip Genişletilmiş 16.Bası, İstanbul, 2018.

OKUR, Ali Rıza. “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6331_XW1BOXYI2P12.pdf, (20.09.2020).

ÖKTEM-SONGU, Sezgi. “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma””, https://www.mess.org.tr/media/files/6835_A3WK6F5Z5Ysicil_02.2018.pdf, (04.05.2020), (Sataşma).

ÖKTEM-SONGU, Sezgi İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Beta, İstanbul, 2018, (Samimiyet), s.135-173.

ÖZDEMİR, Erdem. “6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, https://www.mess.org.tr/media/files/6316_LQKKTESD7N24.pdf, (09.09.2020), (Eleştirel Bakış).

ÖZDEMİR, Erdem. “Yeni Borçlar Kanunun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, <https://www.izmirbarosu.org.tr/izmirbaro/pdf/yayinlar/dergi2012.pdf#page=205>, (30.08.2020), (Etki).

ÖZEKES, Muhammet. Temel Hukuk Bilgisi, Yetkin Yayınları, 5. Bası, Ankara, 2014, (Temel Hukuk Bilgisi).

ÖZEKES, Muhammet. “7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6835_A3WK6F5Z5Ysicil_02.2018.pdf, (20.09.2020), (Etki).

PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, 5.Bası, İstanbul, 2017.

PEKCANITEZ, Hakan. Medeni Usul Hukuku, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, 15.Bası, İstanbul, 2017.

POSTACIOĞLU, İlhan E. Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, 6.Bası, İstanbul, 1975.

REİSOĞLU, Safa. Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2014.

SARIBAY, Gizem. Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal, İstanbul, 2007.

SENYEN-KAPLAN, Emine Tuncay. “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları”, https://www.mess.org.tr/media/files/6695_YAESR973B5sicilsayi36.pdf, (19.04.2020), (Belirli Süreli).

SEROZAN, Rona. Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

SEVİMLİ, K. Ahmet. “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, <http://mail.ceis.org.tr/dergiDocs/makale214.pdf>, (10.09.2020).

SOYER, M. Polat. “İş Sözleşmesinin Feshinde İhbar Önelllerinin Eşitliği İlkesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/316362>, (06.08.2019), (İhbar Önelllerinin Eşitliği).

SOYER, M. Polat. “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6318_5M4D7SLTTT22.pdf, (30.08.2020), (Sona Erme).

SUR, Melda. İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, onikilevha, İstanbul, 2019, s.11-180.

SÜMER, Haluk Hadi. İş Hukuku, Seçkin, Gözden Geçirilmiş Yirmi İkinci Baskı, Ankara, 2017, (İş Hukuku).

SÜMER, Haluk Hadi. Bireysel Basın İş Hukuku, Mimoza, Konya, 2013, (Basın İş).

SÜMER, Haluk Hadi. “İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6344_BGR1E5TGYW4.pdf, (13.04.2020), (Davet).

SÜMER, Haluk Hadi. “İş Sözleşmesinin Sağlık Sebepleri ile Feshi”, https://www.mess.org.tr/media/files/6340_5COWAXBAFY8.pdf, (20.09.2020), (Sağlık Sebepleri).

SÜZEK, Sarper. İş Hukuku, Beta, Yenilenmiş 18.Baskı, İstanbul, 2019, (İş Hukuku).

SÜZEK, Sarper. “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği”, https://www.mess.org.tr/media/files/6327_P1AB8O0B2Z14.pdf, (20.09.2020), (Gelecek).

SÜZEK, Sarper. “İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum”,
https://www.mess.org.tr/media/files/6555_X6YQIV063Isicil_34.indd.pdf,
(14.02.2020), (Yorum).

SÜZEK, Sarper. “İşe İade Davalarında Yargı Kararı”,
https://www.mess.org.tr/media/files/6874_MVSIFGNNGZsicil_01.2019.pdf,
(13.04.2020), (Yargı Kararı).

ŞAKAR, Müjdat. “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”,
<https://www.calismatoplum.org/makale/basin-is-sozlesmesinin-sona-ermesi-ve-kidem-tazminati>, (26.12.2020).

ŞEN, Murat. “Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması”,
https://www.mess.org.tr/media/files/6328_KMPHZ8VTBI13.pdf, (20.09.2020).

ŞENER, Oruç Hami. Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

TANDOĞAN, Haluk. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.: II, Vedat Kitapçılık, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, İstanbul, 2010.

TUNCAY, Aziz Can. “İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu”,
https://www.mess.org.tr/media/files/6342_2Q3O2M04L76.pdf, (20.09.2020).

TUNÇOMAĞ, Kenan ve Tankut CENTEL. İş Hukukunun Esasları, Beta, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9.Bası, İstanbul, 2018.

TURGUT, Pınar. “İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

ULUCAN, Devrim. İş Güvencesi, İstanbul, 2003.

UMAR, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ÜLGEN, Hüseyin, Mehmet HELVACI, Abuzer KENDİGELEN, Arslan KAYA ve N. Füsün NOMER-ERTAN, Ticari İşletme Hukuku, XII LEVHA, Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 2015.

ÜNAL, Akın. Kelepçeleme Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2017.

von TUHR, Andreas. Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, çev.: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

YAVUZ, Cevdet, Faruk ACAR ve Burak ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, 2019.

YAYVAK-NAMLI, İrem. İş Hukuku'nda Cezai Şart, onikilevha, İstanbul, 2019.

YILDIRIM, M. Kamil. İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Alkım Yayınevi, 3.Baskı, İstanbul, 2001.

YILDIZ, Gaye Burcu. “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nisbi Emredici Niteliği”, Legal İSGHD, S.:11, Y:2006, (Otuz İşçi), s.901-911.

YILDIZ, Gaye Burcu. “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756541>, (31.08.2020), (Orantılılık).

YILMAZ, Ejder. “Genel Kanun- Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, https://www.mess.org.tr/media/files/6318_5M4D7SLTTT22.pdf, (20.09.2020), (Genel Kanun-Özel Kanun).

YILMAZ, Ejder. “İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği”, https://www.mess.org.tr/media/files/6327_P1AB8O0B2Z14.pdf, (20.09.2020), (İşe İade).

YILMAZ, Ejder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Değiştirilmiş 2.Baskı, Ankara, 2013, (şerh).

YILMAZ, Gökhan. “Güncel Yargıtay Uygulaması Işığında İşkolu Kavramı ve İşkolu Tespiti”, https://www.mess.org.tr/media/files/6790_9EDHGYY9CCsicil_38.pdf, (13.03.2020).

ZEVKLİLER, Aydın ve K. Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara, 2019.

ZEVKLİLER, Aydın, Şeref ERTAŞ, Ayşe HAVUTÇU ve Damla GÜRPINAR, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Turhan Kitabevi, 9.Bası, Ankara, 2015.