

37026

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İHBAR TAZMİNATI-KÖTÜNİYET TAZMİNATI-SENDİKAL TAZMİNAT
VE
BİRBİRLERİYLE OLAN İLİŞKİLERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Tankut CENTEL

Hazırlayan
Metin BAYRAKTAR

ANKARA-1994

İÇİNDEKİLER

& 1. GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
& 2. FESHE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER	4
I. Fesih Serbestisi ve Sınırlandırılması	4
II. Fesih Kavramı	6
1- Tanımı ve Niteliği	6
2. Fesih Bildiriminin Şekli	8
3. Fesih Bildiriminin Zamanı	9
4. Feshin Başlıca Türleri	10
III. Bildirimli Fesih (Feshi İhbar)	11
1. Tanım ve Niteliği	11
a. Zincirleme Hizmet Sözleşmeleri ve Fesih	13
b. Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılması	15
2-Bildirim Süreleri	18
3. Bildirim Süresi İçinde Feshin Hükümleri	19
a. Tarafların durumu	19
b. Bildirim Süresi İçinde Feshin Geri Alınması	19
c. Yeni İş Arama İzni Verilmesi	20
d. Bildirim Süresine Alt Ücretin Peşin Ödenerek Sözleşmenin Feshi	23
IV. Bildirim Şartına Uyulmadan Yapılan Feshin (Usulsüz Feshin) Sonuçları	27
1. Genel olarak	27
2. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları	28
a. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Süresi Bitmeden Önce Feshi	28
b. Haklı Bir Neden Bulunmadan Belirli Süreli Hizmet sözleşmesine Son Veren İşverenin Ödeyeceği Tazminat	29
3. Belirsiz Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları	33
İKİNCİ BÖLÜM	
& 3. İHBAR,KÖTÜNİYET ve SENDİKAL TAZMİNATLAR	35
I. İhbar Tazminatı	35
1. Tanımı	35
2. İhbar Tazminatının Niteliği	38
3. İhbar Tazminatının Hesaplanması	41
II. Kötüniyet Tazminatı	49
1. Genel Olarak Açıklama	49
2. Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması	51
a-Hakkın Mutlaklığı ve Nisbiliği Sorunu	51
b. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Unsurları	52
aa) Hukuken Tanınmış Bir Hakkın Varlığı	52
bb) Hakkın Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırı Olarak Kullanılması:	52
cc) Hakkın Kötüye Kullanılmasından Karşı Tarafın Zarar Görmesi Yada Bir Zarar Tehlikesinin Yaratılması.	52
c. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Yaptırımı	52
3.Hizmet Sözleşmesini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Dayandığı Ölçüt	53
a. Genel Olarak	53
b. Ölçütlerin Tartışılması	54
aa) Hakkın Kötüye Kullanılmasını Subjektif Bir Esasa Dayandıran Ölçütler	54
aaa) Fesih Hakkının Başkasına Zarar Verme Kasdı ile Kullanılması	54
bbb) Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasını Kusur Kavramına Dayandıran Ölçüt	54
bb) Hakkın Kötüye Kullanılmasını Objektif Bir Esasa Dayandıran Ölçütler	55
aaa) Fesih Hakkının Meşru Bir Menfaat Bulunmaksızın Kullanılması yada Karşılıklı	

Menfaatler Arasında Aşırı Dengesizlik Yaratılması.....	55
bbb- Fesih Hakkının Sosyal Amacından Saptırılması.....	56
ccc) Fesih Hakkının İşletme Yararı Dışında Kullanılması.....	56
ddd) Fesih Hakkının Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırı Olarak Kullanılması.....	57
c. Değerlendirme.....	57
d.Yürürlükteki Hukuk Bakımından Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Dayandığı Ölçüt.....	58
e. Yapılacak Yasa Bakımından Öneriler.....	59
4.Hizmet Sözleşmesini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Tanımı:.....	59
5. Hizmet Sözleşmesini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Unsurları.....	61
a.Hizmet Sözleşmesini Fesih Hakkının Varlığı.....	61
aa.Belirsiz Süreli Hizmet Sözleşmesi.....	61
aaa) Zincirleme Hizmet Sözleşmeleri.....	62
bbb) Azami Süreli Hizmet Sözleşmeleri.....	62
ccc) Asgari Süreli Hizmet Sözleşmeleri.....	63
ddd)Belirlenen Sürenin Dolmasından Önce Fesih Bildiriminin Aranması.....	63
bb.Usulsüz Fesih Bildirimi.....	63
b. Hizmet Sözleşmesini Fesih Hakkının Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırı Olarak Kullanılması.....	64
aa.Haklı Neden -Meşru Neden Ayrımı.....	64
bb.Fesih Bildirimi Hakkının İşveren Tarafından Kullanılması.....	65
aaa) Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturmayan Fesih Bildirimi Nedenleri.....	65
aaaa) Fesih Hakkının İşletmenin Ekonomik ve Teknik Gereklere Nedeniyle Kullanılması.....	65
bbbb) Fesih Hakkının İşçinin Hafif Kusurlu Davranışları Nedeniyle Kullanılması.....	67
bbb) Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılan Fesih Bildirimi Nedenleri.....	69
aaaa) Fesih Hakkının İşçinin Sendikal Özgürlüklerden Yararlanması Nedeniyle Kullanılması.....	69
bbbb) Fesih Hakkının İşçinin Şikayete Başvurusu Nedeniyle Kullanılması.....	70
cccc) Genel Olarak Hizmet Sözleşmesini Fesih Hakkının Kötüye Kullanıldığını Gösteren Diğer Durumlar.....	70
cc.Fesih Bildirimi Hakkının İşçi Tarafından Kullanılması.....	72
c.Hizmet Sözleşmesini Fesih Hakkının Kullanılmasından Karşı Tarafın Zarar Görmesi Gerekli Değildir.....	72
6.Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması.....	72
III. Maddi ve Manevi tazminat.....	74
IV. Sendikal Tazminat.....	76

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

8.4. DEĞİŞİK TAZMİNATLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER.....	79
I.Kötüniyet Tazminatının Hukuki Niteliği ve İhbar Tazminatı ile Birleşmesi.....	79
II.Sendikal Tazminatın Niteliği ve Kötüniyet Tazminatıyla Birleşmesi Sorunu.....	82
III.İŞK md 13 ve SenK' md 31' deki Tazminatlar Arasındaki İlişkilere Toplu Bakış.....	86
1. Tazminatlara Amaçları Açısından Yaklaşım.....	86
2. Tazminatlara İstenebilme Koşulları Açısından Yaklaşım:.....	86
3.Tazminatlara, Talep Edebilecek Taraf Açısından Yaklaşım.....	89
4. Tazminatlarda İspat Sorununa Yaklaşım.....	90
5.Tazminatlara Hukuki Nitelik ve Birlikte Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Açısından Yaklaşım.....	91
6-Tazminatların Hesaplanması, Artırılması ve Miktarları Sorununa Yaklaşım.....	94

7. Tazminatlara Zamanaşımı Açısından Yaklaşım.....	97
& 5.SONUÇ.....	99
Mevzuat.....	101



KISALTMALAR

a.g.e	Adı geçen eser
Ay M	Anayasa Mahkemesi
Bk	Borçlar Kanunu
Bkz	Bakınız
Basın İş K	Basın İş Kanunu
Ça Bak K	Çalışma Bakanlığı Kanunu
Den İş K	Deniz İş Kanunu
Dp	Dip not
E	Esas
EİK	Eski İş Kanunu
HD	Hukuk Dairesi
İHU	İş Hukuku Uygulamaları
İş Bul.K	İş Bulma Kanunu
İş K	İş Kanunu
K	Karar
MK	Medeni Kanun
Sen K	Sendikalar Kanunu
sh	Sahife
SSK	Sosyal Sigortalar Kanunu
Sy	Sayı

& 1. GİRİŞ

1982 Anayasamız 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetini " Sosyal Devlet " olarak nitelemekle, devletin yürürlükteki (müsbet) hukukta sosyal adaletli gerçekleştirmesini istemiş olmaktadır. Burada gerçekleştirilmesi yasakoyucunun takdirine bırakılmış bir program değil de, bir görev söz konusudur. ¹ Ancak, sosyal adalet yönündeki çaba en etkili olarak İş hukukunda kendini duyurur. Zira İş hukukunun görevi eskiden beri işçiyi, işverene bağlı oluşundan doğan zararlı sonuçlara karşı korumak ve işverenin İktisadi üstünlüğü karşısında bir denkleştirme (düzeltme) meydana getirmektir. Bütün siyasal görüşlerin değişmesine rağmen , birçok ülkelerde bu, iş hukukunun kurulması sırasında temel düşünce olmuştur. ²

1970' li yılların başlarında birçok Batı ülkesinde birbirinin peşisıra yürürlüğe giren yasalar, işçileri feshe karşı korumaya, onlara iş güvencesi sağlamaya çalışmıştır. Konunun önemi 1980' li yılların başında İLO (uluslararası Çalışma Örgütü) tarafından da kabul edilmiş ve bir sözleşme ile (No: 58) bu konuda uluslararası normlar belirlenmiştir. ³

Ülkemizde ise iş güvencesinin önemi, yirmi yıla yakın bir süre önce bilim adamları tarafından ortaya atılmasına karşın, işçi ve işveren çevreleri ancak son yıllarda bu alana eğilme gereği duymuşlardır. 1991 genel seçimlerinde iş güvencesinin bazı siyasal partilerin seçim bildirgelerine girmesi bu konunun önemini artırmış, seçimler sonrası oluşan koalisyon hükümeti tarafından hazırlanan ve ancak Ocak 1992' de kamuoyuna açıklanan " iş güvencesi yasa taslağı" ise olağanüstü bir ilgi uyandırmıştır. Nitekim, mayıs 1992' ye kadar işçi kanadı bu taslağın bir an önce parlamentoya sevkini isterken, işveren kanadı tüm gücü ile bu girişimi önlemeye çalışmıştır. ⁴

İş hukukumuzu yönlendiren mevzuat gözönünde tutulduğunda, ülkemizde

¹Tunçomağ, Kenan- İş Hukukunun Esasları - İstanbul 1990 . sh3

²Tunçomağ, Kenan -a.g.e, - sh 3

³Kutal, Metin - Münir Ekonomi 60. yaşgünü armağanı, sh 201

⁴Kutal, Metin -a.g.e, - sh 201

gerçek anlamda iş güvencesi sağlayan tek düzenlemenin 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30. maddesinde " işyeri sendika temsilcileri " ne ilişkin olarak getirildiği görülür. Ne yazık ki Türk iş hukukunda , işyeri sendika temsilcileri dışında diğer işçilerin yargısal yolla işe iadelerini öngören bir düzenleme mevcut değildir.

Ayrıca hukukumuzda, feshi belirli ve haklı bir nedene dayandırma zorunluluğu yoktur. Oysa bazı ülkelerde ve özellikle F. Almanya' da, işverence sosyal gereklere aykırı olarak yapılan bir fesih bildirimini geçersiz sayılmakta olup, feshi haklı kılan nedenler yasada gösterilmiş bulunmaktadır. Bizde ise, yasakoyucu tarafından hizmet sözleşmesinin taraflarca herhangi bir haklı nedene dayanmaksızın feshedilebilmesi esası benimsenmiş ve bu durumu bu güne kadar değiştirme gereği duyulmamıştır. ⁵

Gerçi yasalarımızda, feshin geciktirilmesini sağlayan veya işvereni yeniden sözleşme yapmaya zorlayan yada tazminat ödemesini öngören düzenlemeler vardır. Ancak bu düzenlemeler gerçek anlamda iş güvencesini sağlamaktan uzak , sadece feshin olumsuz neticelerini bir miktar hafifletme amacına yönelik, sosyal adalet düşüncesine dayalı " tedbir düzenlemelerdir .

O halde, işçinin geleceğinden güvenlik duyması ve işini kaybetmek endişisinin dışında tutulabilmesi için feshe karşı gerçek anlamda korunması , yapılacak yasal düzenlemelerle , işçinin iş devamlılığının sağlanması gerekmektedir. Bu sosyal adalet anlayışının bir gereğidir. ⁶ Nitekim, YHGK bir kararında ". . . . İş Kanununun en belirli amacı hem koruyucu iş hayatı kurallarını zayıfların korunması ölküsüne yöneltmek, hem de toplum düzeninin ve toplum sükununun süreklilik şartlarını araştırmaktan ibarettir" demiştir. ⁷

⁵Çelik, Nuri - İş Hukuku Dersleri- İstanbul 1990, 10.Bası -sh 146

⁶Süzek, ,Sarper - İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması- Ankara 1976 ,sh 1

⁷YHGK 19.3.1963 T E 4/30- K 59

1975 yılında , İş Kanunun' da işçinin feshe karşı korunması konusunda yapılan değişikliklerin yeterli olmadığı görüldü. İşçinin feshe karşı korunması konusunda özellikle F. Almanya' da 1951 yılında çıkarılan " İşçiye Feshe Karşı Koruma Kanunu" dan yararlanılabilir. Yapılacak yeni bir düzenlemede İş Kanununun 13. maddesi de değiştirilerek, sözleşmenin feshinin Almanya' da olduğu gibi işçinin şahsından , davranışından ve işyeri zorunluluklarından doğan haklı nedenlerin varlığı halinde geçerli sayılacağı kabul edilmelidir. ⁸

Buraya kadar ki açıklamalarımızdan İş K md 13/c 1-3' de düzenlenen " İhbar Tazminatı" ile " Kötüniyet Tazminatının " ve Sen K md 31/son da düzenlenen " Sendikal Tazminat"ın feshin olumsuz sonuçlarını hafifletmeye yönelik tedbir düzenlemeler olduğu, gerçek anlamda iş güvencesini sağlamak etkisinden uzak olduğu sonucuna varmış bulunuyoruz.



⁸Çelik,Nuri -a.g.e - sh 148

BİRİNCİ BÖLÜM

& 2. FESHE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Konumuzu oluşturan İş K md 13 ve Sen K md 31' den kaynaklanan tazminatların talep edilebilmesi, hizmet sözleşmesinin taraflardan birince feshedilmiş olması şartına bağlandığından, diğer bir deyimle anılan maddeler de düzenlenen tazminat talebi hakkı hizmet sözleşmesinin feshinin sonuçlarından olduğundan " fesh " kavramına açıklık getirmekte zorunluluk vardır.

I. Fesh Serbestisi ve Sınırlandırılması

Sözleşme serbestisinin bir anlamıda, sözleşmeyi ortadan kaldırmak ve bu arada feshetmek serbestisidir. ⁹

Borçlar Hukukunun genel prensiplerine göre bir kimsenin sınırsız olarak bir akidle bağlı kalması kişilik haklarına aykırı olur. Aynı durum özellikle kişiliğin önemli rol oynadığı İş Hukuku alanında kendisini gösterir. ¹⁰Nitekim YHGK bir kararında ¹¹" Ebedi hizmet sözleşsi İnsan hürriyeti ilkesine aykırı düşer" demiştir.

Bir hizmet sözleşmesinin sürekli işe ilişkin ve belirsiz süreli oluşu, diğer sona erme ve erdirmeye nedenlerinin gerçekleşmesine kadar devam edeceği anlamına gelmez. Anılan sözleşmenin bu nedenlerden herhangi birinin gerçekleşmemesi durumunda dahi tek yanlı bir irade bildirimini ile feshedilmesi olanağı vardır. ¹² Bununla beraber iş hukuku alanında , hizmet sözleşmesinin

⁹Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1 -Ferdî İş Hukuku sh 165

¹⁰Esener, Turhan - A.Ü.H.F yayınları no :432 - İş Hukuku ,Ankara 1978 ,sh 220

¹¹Orhaner,A.Baki - Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları- Ankara 1966, s 313

¹²Çenberci, Mustafa- İş Kanunu Şerhi ,Ankara 1986 6.Bası, sh 287 - Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdî İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 165; Esener,Turhan- a.g.e sh 220-221 ;Çelikk,Nuri -a.g.e - sh 141-142 ,Kocaoğlu- Jur.

feshi serbestisi kamu düzeni ve işçinin korunması amacıyla bir takım sınırlamalara uğramıştır. Herşeyden önce; hizmet sözleşmesinin feshi , türleri ve bunların bağlı oldukları şartlar ve bu şartlara uyulmamasının hukuki sonuçları karşılıklı menfaatler dengesi de kurulmak suretiyle emredici hukuk kuralları ile düzenlenmiştir. ¹³

Hizmet sözleşmesi ile tarafların karşılıklı hak ve borçları belirlenirken, ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf olan işçinin korunması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bakımdan zayıf olan işçiyi korumak amacıyla, iş hukukunun bir çok konusunda uyulması zorunlu asgari normlar devlet tarafından tesbit edilmekte ve bunların çoğu tarafların iradesi ile özellikle işçi aleyhine olarak değiştirilememektedir. Çünkü, iş hukukunda hem işçiyi hemde işvereni dolayısıyla çalışma barışını korumak amacıyla konulmuş hükümler kamu düzeni niteliğini taşırlar. ¹⁴

İş kanunu md 13' ün kamu düzeni ile olduğu belirgindir. Lakin İş Hukuku alanında kamu düzeninin etkisi, ilke olarak işverene karşı ve yalnız işçi yararına olduğu için bu madde ile " işçilere tanınan bir hakkın sözleşme hükmü ile genişletilmesine engel teşkil edecek bir kural öngörümüş değildir. Buna karşın işveren yararına böyle bir imkanın yeri yoktur. Şu duruma göre anılan madde, tamamen nisbi emredicilik niteliği taşımaktadır. ¹⁵

Mehmet- Hukukumuzda süresi belli olmayan hizmet sözleşmelerinin feshi ve sonuçları -
TÜHİS - Şubat 1988 -Cilt 11 ,Sayı 4(sh 4-19) sh 4

¹³Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bastı,
sh 165-166 ;Kocaoğlu- a.g.e sh 4

¹⁴Esener,Turhan- a.g.e sh 35; Kocaoğlu- a.g.e sh 4

¹⁵Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 286

II. Fesih Kavramı

1- Tanımı ve Niteliği

"Fesih"; hizmet sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesinden sonra veya derhal sona erdiren, karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade açıklamasıdır. Yalnız bir tarafın irade açıklaması ile hukuki sonuç doğduğu için " tek taraflı " bir hukuki işlemdir. Karşı tarafın kabulü gerekli değildir. Ayrıca tek taraflı hukuki işlemlerin, karşı tarafa yöneltilmesi gereken türündendir ve durum "fesih bildirimi" olarak ifade edilir. ¹⁶

Fesih hakkı , tek taraflı irade açıklamasıyla var olan bir hukuki ilişkiyi ortadan kaldırdığına göre " bozucu yenilik doğuran hak " lardandır.¹⁷ Fesih ; yenilik doğuran bir hak olarak karşı tarafın bağlı bulunduğu bir hukuki ilişkiyi etkilediğinden bu husustaki bildirim " açık " ve " belirli " olması gerekir.

¹⁶Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 166 ; Esener,Turhan- a.g.e sh 220 ;Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 286 Çelik,Nuri - a.g.e - sh 141 ;Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 201 , Süzek,Sarper- a.g.e sh 14 Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 41; Özkul ,Aydın - Hizmet Akdinin Yasada Öngörülen Koşullara Uyulmadan Feshi ve Bu Fesihten Doğan Sonuçlar - Çimento İşveren Dergisi - Kasım 1988- Cilt 2- Sayı 6 ,(sh 10-14) sh 10 ; Çalık, Şefik- Soru ve Cevaplarla İş Sözleşmesinin Feshi ve Kıdem Tazminatı -Ekim Hukuk Yayınları No: 1- 1. Bası 1990, sh 11; Yelekçi,Memduh,İlhami - Notlu,İzahlı ,İçtihatlı İş Kanunu Şerhi 1994 ,sh 121; Kaplan,Emine Tuncay- İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları-Ankara 1987, sh 14-15

¹⁷Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 167; Esener,Turhan- a.g.e sh 222; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 166; Süzek,Sarper- a.g.e sh 14; Özkul, Aydın- a.g.e sh 10; Yelekçi,Memduh,İlhami- a.g.e. sh 121-123 ;Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 15

Bununla beraber taraflardan birinin davranışı irade açıklamasını belirgin şekilde ortaya koymakta ise fesih yapılmış sayılır. ¹⁸

Karşı tarafa ulaştırılması gereken bir irade açıklaması olan fesih , o tarafa ulaştığı anda hukuki sonuçlarını doğurur. ¹⁹Yargıtay' in ifadesi ile "Yenilik doğuran bir irade beyanı olan sözleşmeyi bozma iradesi karşı tarafa ulaşınca hükümlerini meydana getirir". Fesih bildirimli posta ile yapıldığında, karşı tarafa ulaştığı , başka bir deyimle hakimiyet alanına girdiği anda sonuçlarını doğurmakta, bunun daha geç öğrenilmesinin bir etkisi olmamaktadır.

Fesih bildirimlinin karşı tarafa varma anından itibaren hüküm doğurması sonucu olarak, varmış olan bir bildirimden artık dönülemez. Fakat genel hükümlere göre, bildirim henüz varmadan veya varmakla birlikte karşı tarafça öğrenilmeden irade açıklamasından dönmek mümkündür. (BK. md. 9)²⁰

Yargıtay ' da eski tarihli kararlarında , fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm doğuracağı görüşünde idi. ²¹ Ancak, 9 HD' nin 7. 5. 1982 tarihli bir kararı ile bu irade açıklamasının karşı tarafa ulaşmasının

¹⁸Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 167; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 143; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 201; Özkul, Aydın- a.g.e sh 10; Yelekçi,Memduh,İlhami- a.g.e. sh 121

¹⁹Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 167; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 143; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 202, Esener,Turhan- a.g.e sh 222; Süzek,Sarper- a.g.e sh 107; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 174-175 ;Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 285-286 ; Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 15-16

²⁰Çelik,Nuri -a.g.e - sh 144; Esener,Turhan- a.g.e sh 226; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 94 ; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 202

²¹Y 9 HD 28.3.1977 T E 21513 K 5340 İHU İ Ş K 14 (No : 18) ; Y 9 HD 23.12.1980 T E 980/8838 K 980/1400 İHU İş K 14 (No: 18)

gerekmediği görüşü kabul edilmiştir. ²²Bazı yazarlarda, İş Kanunların da düzenlenen hizmet sözleşmelerini sona erdirebilmek için fesih bildirimini karşı tarafın öğrenmesinin gerekli olduğunu ifade ederek varma anından değil, öğrenme anından itibaren fesih bildiriminin hüküm doğuracağını kabul etmektedir. ²³

Alman hukukunda ve İsviçre doktrinde ise " karşı tarafa varma " esası kabul edilmiştir.

Alman Medeni Kanununda "karşı tarafa varma görüşü" hükme bağlandığı halde İsviçre ve Türk borçlar kanununda genel bir hüküm yoktur.BK 'muzda karşı tarafa varma esasına sadece "kabul" de yer verilmiştir.İş K' nun 13.madde sinde ise sadece "bildirimin yapılması" terimi yer almaktadır.Bu nedenle sözkö nusu terimden bildirimin karşı tarafa ulaşması anlamının çıkarılması uygundur²⁴

2. Fesih Bildiriminin Şekli

İş K md 7 uyarınca , bu yasada öngörülen bildirimler ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılır. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamaz ise, durum o yerde bir tutanakla tesbit edilir. Bu hükümler fesih bildiriminde de uygulanır. Ancak hakim olan görüşe göre İş K madde 7' de aranılan şekil bir "geçerlilik " değil " ispat" şartıdır. Bu nedenle fesih bildirimini sözlü olarakta yapılısa geçerlidir. Ancak uyuşmazlık ortaya çıktığında fesih bildiriminin yapıldığının karşı tarafın imzasını taşıyan yazılı bir belge ile ispat edilmesi gerekir. Bu hususta tutulan tutanakta aynı işlevi görür. ²⁵Buna karşın bildirimin yalnızca yazılı yapılması

²²Y 9 HD 7.5.1982 T E 982/3582 ,K 982/4599 İHU İş K 13 (No: 19)

²³ Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 174; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 239

²⁴Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 16; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 155

²⁵Çalık, Şefik- a.g.e sh 17; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku- Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 168; Esener,Turhan- a.g.e sh 224; Sözek,Sarper- a.g.e

yetmemektedir. Yazılı yapılan bildirimün kanıt niteliği taşıması için bildirim yapılan kişinin bu belgede imzasının da bulunması gerekir. Örneğin işveren, işten çıkarıldığını belirten yazılı metni işçiye imzalatmak zorundadır. İşçi imzalamaktan kaçınırsa, işçinin imzadan kaçındığını belgeleyen tutanak düzenlenecek, olaya tanık olan tarafsız kişilerin imzaları bu tutanakta yer alacaktır. Aynı durum işçi yönünden de geçerlidir. İşçi ücretinin ödenmediğini ileri sürerek ayrılacaksa bu durumu belirtir dilekçeyi işyeri kayıtlarından geçirerek işverene verecektir. Eğer işveren veya işveren vekili bu dilekçeyi almak istemezse, bu durumda işverenin imzadan kaçındığını belirten bir tutanak düzenlenebilir ve bu tutanak olaya tanık diğer işçilere imzalatılabilir. Bu yapılmazsa hizmet sözleşmesinin ücret ödenmemesinden dolayı feshedildiğini bildiren dilekçe noter kanalı ile işverene gönderilebilir.²⁶

3. Fesih Bildiriminin Zamanı

Fesih bildirimini uygun olmayan hal ve zamanda yapılmamalıdır. Örneğin 2822 Sayılı Kanununun 27. maddesi gereğince, kanuni grev ve lokavt sırasında hizmet sözleşmelerinden doğan hak ve borçlar, grevin sona ermesine kadar askıda kalacağından fesih bildiriminde bulunulsa dahi , fesih bildirimine ait öneler bu süre içinde işlemez.

Hizmet sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez. Ancak özel yasaların bu husustaki hükümleri saklıdır. Bu süre içinde hizmet sözleşmesinin yasadan doğan başka bir nedene dayanılarak, işveren veya işçi tarafından feshedildiği diğer tarafa bildirilmiş olsa bile fesih için yasanın gösterdiği önel, bu sürenin bitiminden sonra işlemeye

sh 106; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 202, Çelik,Nuri -a.g.e - sh 144-145; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 240; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-Istanbul 1955 sh 169-171 ,176 ;Yelekçi,Memduh,İlhami- a.g.e. sh 120,152

²⁶Çalık, Şefik- a.g.e sh 17

yukarıda yazılı özel içine kendiliğinden giriyor ise bu madde hükümleri uygulanmaz.²⁷

4. Feshin Başlıca Türleri

İşK' muz hizmet sözleşmesini sona erdiren bütün nedenleri göstermemiş ; fakat buna karşın "bildirimli fesih " (müddetli fesih, feshi ihbar) (İş K md13) ile " bildirimsiz fesih" (müddetsiz,haklı nedenle fesih vd) (İş K md 16-17) durumlarını düzenlemiştir.

Gerek fesih bildirimli , gerekse bildirimsiz fesih Yeni İş Kanunu' nun düzenleme biçimine göre . Hizmet sözleşmesini feshetmenin iki ayrı çeşidi olarak belirlenmektedir.²⁸

Süresi belirsiz hizmet sözleşmelerinde, taraflardan birinin diğer tarafa bir süre tanıyarak fesih bildiriminde bulunması haline " Bildirimli Fesih" yada " Feshi ihbar " denilmektedir. Fesih bildiriminin önceki biçiminde ise karşı tarafa ihbar anlamında bir süre verilmemekte hizmet sözleşmesi belirli veya belirsiz süreli olsun bildirim karşı tarafa ulaşması ile son bulmaktadır. Bu tür fesih bildirimine de " bildirimsiz fesih" yada " süresiz fesih bildirimli " adı verilmektedir.²⁹ Demek ki, hizmet sözleşmesi birinci durumda fesih bildirimini yapıldığı tarihte değil buna ilişkin özelin bitimi tarihinde sona erdiği halde, ikincisinde bildirim karşı tarafa ulaşması ile son bulmaktadır.³⁰ Ayrıca " feshi ihbar " süresiz iş

²⁷Yelekçi,Memduh,İlhami- a.g.e. sh 151-152

²⁸Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 284; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 168 ;

²⁹Özkul, Aydın- a.g.e sh 10 ;Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 284 ;Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 168

³⁰Çenberci, Mustafa- a.g.e 284-285; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 142; Süzek,Sarper- a.g.e sh 13; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 168; Esener,Turhan- a.g.e sh 219-220

akidlerinde uygulama alanı bulurken " bildirimsiz fesih " (= haklı nedenle fesih vd) süreli ve süresiz hizmet sözleşmelerinde uygulama alanı bulabilir.³¹

Şurasını hemen belirtelim ki, hizmet sözleşmesini sona erdiren nedenler kuşkusuz bu iki hal ile sınırlı değildir. Tarafların anlaşması ,işçinin ölümü (BK 347/2) ,bellirli süreli sözleşmelerde sürenin dolması (BK 338) gibi hallerde hizmet sözleşmesini sona erdiren nedenlerdendir. Ancak, bütün bu durumlarda bir fesih söz konusu değildir. Başka bir deyimle hizmet sözleşmesi bir tarafın irade beyanı ile sona erdirilmemektedir. Ayrıca anılan sona erdirmiş şekillerinde bir hakkın kötüye kullanılması söz konusu olamaz. Bu itibarla yukarıdaki sona erme nedenleri konumuzun dışında kalmaktadır.³²

III. Bildirimli Fesih (Feshi İhbar)

1. Tanım ve Niteliği:

Bildirimli fesih; Hizmet sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesi üzerine sona erdiren bir irade açıklamasıdır. Bu tür fesih kural olarak , belirsiz süreli sözleşmeler için sözkonusudur.³³Ancak, BK' nunda düzenlenen bir halde

Bası, sh 168; Esener,Turhan- a.g.e sh 219-220

³¹Özkul, Aydın- a.g.e sh 10; Sözek,Sarper- a.g.e sh 14-15; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 160vd

³²Sözek,Sarper- a.g.e sh 26

³³Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdî İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 169; Esener,Turhan- a.g.e sh 222; Yelekçi,Memduh,İlhamî- a.g.e. sh 135 ; Sözek,Sarper- a.g.e sh 14-15; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 160vd ; Özkul, Aydın- a.g.e sh 10; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 288; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 145 ;Tunçomağ, Kenan - a.g.e, sh 201

İstisnaen süresi belirli hizmet sözleşmelerinin bu yolla sona erdirilmesi mümkündür. Süresi belirli hizmet sözleşmesinin ömür boyunca veya on seneden fazla bir süre için yapılması durumunda , işçi on sene geçtikten sonra her zaman bir aylık süre vererek sözleşmeyi feshettiğini işverene bildirebilir (BK md 343)

Feshi ihbar hakkı işçi ve işverene aralarındaki belirsiz süreli hizmet sözleşmesini diledikleri zaman sona erdirmek serbestisini vermektedir. Tarafların sözleşmeyi fesh etmelerinde haklı bir nedene dayanmak veya neden göstermek zorunluluğu yoktur. ³⁴İşveren ekonomik nedenlerle hizmet sözleşmesine son verebileceği gibi verimli bulmadığı bir işçiyle çalışmak istemediğinde hizmet sözleşmesini fesh edebilir. İşçide işe devamının mesleki açıdan gelişiminin olumsuz yönde etkilenmemesi yada daha iyi koşullarda iş bulması üzerine hizmet ilişkisine son verebilir. ³⁵

Bazı ülkelerde özellikle Federal Almanya' da, işverence sosyal gereklere aykırı olarak yapılan bir fesih bildirimini geçersiz sayılmakta olup feshi haklı kılan nedenler yasada gösterilmiş bulunmaktadır. Bizde ise yasakoyucu tarafların hizmet sözleşmesini herhangi haklı bir nedene dayanmaksızın serbestce feshedebilmeleri kuralını benimsemiş ve bunu bu güne kadar değiştirmek gereğini duymamıştır. ³⁶Hizmet sözleşmesi ile devamlı olarak bağlı kalmak istemeyen tarafa serbestlik tanımak ne kadar doğru ise diğer tarafın bundan zarar görmemesinde o kadar önemlidir. Tarafların menfaatlerini dengeleyebilmek için sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın, diğer tarafı durumdan bir süre önce haberdar etmesi ve bu süre içinde işverenin yeni bir işçi , işçisinde yeni bir iş bulması olanağını bulmaları düşünülmüştür. Nitekim İş. K ' na göre " süresi

³⁴Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 169; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 238, Esener,Turhan- a.g.e sh 223, Süzek,Sarper- a.g.e sh 14; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 146;Çalık, Şefik- a.g.e sh 12

³⁵Çalık, Şefik- a.g.e sh 12

³⁶Çelik,Nuri -a.g.e - sh 146

bellirli olmayan hizmet sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir." (İş K md 13/A) ³⁷

Bildirim sürelerine geçmeden önce bazı sorunlara açıklık getirmeye çalışalım.

a. Zincirleme Hizmet Sözleşmeleri ve Feshi

Birden çok kısa süreli hizmet sözleşmeleri feshi ihbarsız sona erecek şekilde birbirine bağlanmış olabilir. İşte bu durumda sözkonusu olan zincirleme hizmet sözleşmeleridir. ³⁸

Feshi ihbarın kendilerine yükleyeceği yükümlerden kaçınmak isteyen işverenlerin zincirleme hizmet sözleşmeleri yapmak yoluna başvurdukları görülmektedir. Böylece işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi birbirini izleyen bağımsız hizmet sözleşmelerinden oluşmaktadır. ³⁹

Almanya ve Fransa' da olduğu gibi bizde de eski 3008 sayılı İş yasasının uygulanması zamanından beri hizmet sözleşmesinin susma ile yenilenmesi kuralından yararlanarak, işçiye feshi bildirim süresi veya bu süreler alt ücretli vermektен ve koşulların gerçekleşmesi halinde kıdem tazminatı ödemektен kurtulmak isteyen bir çok işveren, işçilerle kısa süreli sözleşmeler yaparak veya bunları yenileyerek işi sürdürmekte ve sözleşmeyi sona erdirmek istediklerinde yeni bir sözleşme yapmamakta veya sözleşmeyi yenilenmediğini işçiye

³⁷Çalık, Şefik- a.g.e sh 12

³⁸Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 194

³⁹Esener, Turhan- a.g.e sh (218-219), (222-223), Oğuzman, M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-Istanbul 1955 sh 10,11 ; Çenberci, Mustafa- a.g.e (240,242) (280,282) Sözek, Sarper- a.g.e sh 101,; Tunçomağ, Kenan -a.g.e,

sh 195; Çelik, Nuri -a.g.e - sh 140

bildirmekteydiler. ⁴⁰

Bu şekilde birbirini izler şekilde yapılan veya yenilenen süresi belirli zincirleme hizmet sözleşmeleri yapması halinde işveren ,yabancı hukuklarda olduğu gibi bizdede korunmamıştır. ⁴¹

Yargıtay zincirleme hizmet sözleşmeleri yapılmasını, sözleşme yapma hakkının kötüye kullanılması şeklinde nitelmiş ve zincirleme hizmet sözleşmelerinin tek bir belirsiz süreli hizmet sözleşmesi sayılması gerektiği sonucuna varmıştır. Gerçekten Yargıtay' a göre "Bu çeşit zincirleme sözleşmelerin varlığı halinde sözleşmelerde sürenin belirli olmaları görünüştedir ve çokluk sözleşme hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir; yoksa aslında kısa sürelerle yapılan ve birbirini izleyen bu hizmet sözleşmeleri bir bütün teşkil ederek süresi belirli olmayan bir tek hizmet sözleşmesi vücuda getirilir". Öbür yandan mevsimlik işlerde iş mevsiminin bitimi ile hizmet sözleşmesi sona ermez, tarafların temel edimlerini yerine getirme borçlarının ertelenmesi anlamında askıda kalır ve askı süresi sonunda, hizmet sözleşmesinin taraflara yüklediği hak ve borçlar tekrar yürürlük kazanır. Yeni iş mevsimi ile askı durumu ortadan kalkacağı için iş başı yapmak isteyen işçiye iş verilmemesi hukukca hizmet sözleşmesinin feshi anlamına gelir. ⁴²

Zincirleme hizmet sözleşmeleri belirsiz süreli kabul edileceğine göre bir mevsimlik iş yerinde çalışan işçinin hizmet sözleşmesi feshi ihbar öneline uyulmaksızın bozulamaz. ⁴³

⁴⁰ Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 11

⁴¹Çelik,Nuri -a.g.e - sh. 140

⁴²Süzek,Sarper- a.g.e sh 101-102; Y. 9 HD 4.5.1970 E 3096 K 1653

⁴³Y 9 HD 8.3.1966 , E 948 ,K 1968 Orhaner,A.Bakl - Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları- Ankara 1969, sh 16

Sözleşmenin taranü seçme serbestisinin sınırını belirleyen ve işçinin korunmasını temel alan bu görüş , İş Hukuku açısından önemli bir gelişmedir.
44

b. Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılması

İş K md 13' ün kamu düzenine ilişkin olduğuna ve nisbi emredicilik niteliğine yukarıda değindik. (Bkz &2-1)

Belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshi için yasada öngörülen bildirim sürelerinin sözleşmelerle artırılmasının işçi ve işveren yönünden hangi sonuçlar doğuracağına ilişkin Yargıtay' ın görüşünü paylaşmak güçtür. ⁴⁵

Yargıtay'a göre " İş K' nun 13. maddesinde sözleşmenin feshinde öngörülen önellerin artırılabilceği yönü açıktır. Ancak bu artırım işveren için sözkonusu olup işçi yönünden geçerli olmaz. "⁴⁶

İş K md 13/A ' da öngörülen süreler, (B) bendindeki " Öneller asgari olup " hükmüyle de teyit edildiği üzere işçi ve işveren yönünden bildirim sürelerinin asgari sınırını koymakta , bu sürelerin altına imkan vermemektedir. Tarafların eşitliğine göre belirlenen bildirim süreleri sadece işveren değil , işçi tarafından yapılacak fesihler içinde uyulması zorunlu nitelik taşımakta bu sürelerin sözleşmelerle kaldırılması veya kısaltılması sözkonusu olmamaktadır. ⁴⁷Yargıtay' ımıza göre " İş K 13. maddesindeki ihbar önellerine uygun

⁴⁴ Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988) Ekim 1988 sh 4

⁴⁵ Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988) sh 4

⁴⁶Y 9 HD 14.1.1977 E 76/21537 K 77/963; 7.10.1985 E 85/6513 K 1985/3139 karar ve M. Ekonomi ' nin incelemesi İHU İş K md 13 (No 25)

⁴⁷Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988) sh 4; Kocaoğlu- a.g.e - Tühis Özkul, Aydın- a.g.e -

davranılması bir kamu düzeni hükmüdür ve sözü geçen maddedeki sürelerin sözleşmeyle kısaltılması mümkün değildir. Eğer yasal sürenin altında bir sözleşme öneli kabul edilmişse , yasadaki asgari sürenin uygulanması gerekir. ⁴⁸

İş K 13/B 'de yasal sürelerin asgari sınırı işçi ve işverenin eşitliğine göre tesbit edilirken, bu sürelerin sözleşme ile artırılabilceği konusunda , her iki tarafın dikkate alınmadığını , sadece işveren için sürelerin uzatılabilceği görüşünü isabetli bulmak mümkün değildir. Bildirim sürelerinin artırılmasının sadece işvereni bağlayacağı, işçi yönünden geçerliliği olmayacağı yolundaki Yargıtay görüşü, bu güne kadar ne doktrinde ve ne de uygulamada ileri sürülmüştür. Aksine toplu hizmet sözleşmelerinin bir çoğunda bildirim sürelerinin uzatıldığı ve uzatılan sürelerin işçi ve işveren yönünden bir ayırım yapılmadan tesbit edildiği görülmektedir. Bu tür düzenlemeler 'Yargıtay' ın görüşünün aksine her iki taraf içinde geçerlidir. ⁴⁹Bazı sözleşmelerde ise bildirim süreleri artırılmakta ancak işverenin uyması gereken süreler daha uzun tutulmaktadır. Böyle bir düzenlemenin geçerli olup olmayacağı , başka bir deyişle sürelerin artırılmasında tarafların eşitliğinin mutlak şekilde kabul edilip edilmeyeceği doktrin' de görüş ayrılıkları yaratmıştır.

İş K md13/B uyarınca bildirim sürelerinin artırılmasının işçi ve işveren için değişik olmayacağını ileri süren görüş, bu hususta BK md 340/3 hükmünden dayanak almaktadır. Sözü edilen hükme göre " hizmet sahipleri ve işçiler için muhtelif lhbar müddetleri mukavele edilmesi caiz değildir. " Bu hükmü mutlak şekli eşitlik olarak değerlendiren görüşe göre İş K 'nda öngörülen asgari bildirim süreleri taraflar yönünden aynı olmak üzere artırılabilir. İşçi ve işveren için değişik şekilde artırıldığında , böyle bir anlaşma geçersizdir. Yerine yasa

Çimento işveren sh. 9, sh. 12

⁴⁸Y HGK 8.4.1964 T ve E 930/D-4 ,K 307 İlimi ve kazai içtihatlar dergisi

⁴⁹Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988) sh 5

hükümleri uygulanır.⁵⁰

İkinci görüşe göre, İş K m 13/B gereğince sözleşmelerle bildirim sürelerinin artırılmasında tarafların mutlak eşitliği değil, İş Hukukuna hakim olan işçinin korunması ilkesine dayalı olarak işçi yararına farklılığa izin veren anlamda maddi eşitlik şeklinde kabul edilmelidir.⁵¹

Ancak, Yargıtay ihbar süresinin artırılabilceğini belirtmesine karşın, ihbar süresi için ödenecek ücretin artırılmasını öngören sözleşme hükümlerini yasaya aykırı saymaktadır. Örneğin ihbar tazminatının zamlı olarak ödenmesini isteyen sözleşme maddesi Yargıtay tarafından geçersiz olarak kabul edilmiştir.⁵²

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir hususta ihbar sürelerinin artırılmasına ilişkin düzenlemenin işçi yararına konulmuş olduğudur. İhbar sürelerinin artırılması durumunda, işveren bu süreleri gözeterek işçiyi işten çıkaracaktır. Ancak, işçi istifa ederek işten ayrılırsa sözleşmede belirtilen süre öncesinde değil, yasada belirtilen süre öncesinden işten ayrılacağını işverene bildirecektir.

* Kabule göre, toplu iş sözleşmesi ile yasal ihbar önelllerinin artırılabilceğine cevaz veren iş kanunu hükmü işçi yararına olarak kabul edilmiştir. Mahkemece toplu iş sözleşmesi uygulanmak suretiyle işçi aleyhine uygulama yoluna gidilmesi isabetsizdir".⁵³

⁵⁰ Oğuzman, M. Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 191-192

⁵¹Ekonomi, Münir (Kamu-iş, Ekim 1988) sh 6; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 307; Çelik, Nuri -a.g.e - sh 150-151 Esener, Turhan- a.g.e sh 225

⁵²Çalık, Şefik- a.g.e sh 16

⁵³Çalık, Şefik- a.g.e sh 16

Yargıtay 9 HD 11. 5. 1984 E 84/4638 K 84/5209

Nitekim İsviçre Hukukun' da, BK. m 340/3' e kaynak olan İsviçre Borçlar Kanunu hükmü, yürürlükte iken aynı şekilde yorumlanmıştı. Ekleyelim ki, İsviçre Borçlar Kanununda daha sonra yapılan değişiklikte bildirim sürelerinin sözleşmelerle artırılmasında tarafların mutlak eşitliği temel alınmış, işçi ve işveren için farklı önellere kararlaştırılması halinde bu sürelerin geçersiz değil, her iki taraf içinde uzun olan sürenin uygulanacağı kabul edilmiştir.

2-Bildirim Süreleri

İş K m13/A , belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinde , işçinin işyerinde çalışma süresine (kıdemine) göre artan bildirim süreleri kabul etmiştir. Buna göre hizmet sözleşmesi ;

a) İş altı aydan az sürmüş olan işçi için , bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra

b) İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra

c) İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için ,bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra

d) İş üç yıldan fazla sürmüş olan işçi için , bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra ,

feshedilmiş olur.

Yasada öngörülen bu sürelerin asgari olduğuna ve sözleşme ile artırılabilirliğine ve konudaki sorunlara yukarıda değindik. (Bkz.& 2.III.1.6)

Basın İş Yasası' nda feshi ihbar müddetleri işveren için ayrı , gazeteci için ayrı müddetlere tabi tutulmuştur. Şöyleki ;

İşveren tarafından yapılacak feshi ihbarlarda 13. maddenin 4. fıkrasına göre " hizmet münasabetli bir veya müteaddit mukaveleye istinaden fasılasız olarak en az beş yıl sürmüş olan gazeteci için bu süre üç ay , hizmet

süresi beş yıldan az sürmüş olan gazeteci içinde bir ay " olarak tesbit olunmuştur.

3. Bildirim Süresi İçinde Feshin Hükümleri

a. Tarafların durumu

İşçi veya işveren öngörülen süreye uyarak hizmet sözleşmesini , feshettiğinde bildirim süresi içinde tarafların durumunda esas itibarıyla bir değişiklik meydana gelmez. Feshin bildiriminin yapıldığı tarihten , feshin hükmünün doğduğu ve sözleşmenin son bulduğu tarihe kadar geçmesi gereken sürede işçi ve işverenin başta iş görme ve ücret ödeme olmak üzere hizmet sözleşmesinden doğan bütün borçları ve hakları devam eder. ⁵⁴Eğer yanlardan biri ihbar süresi içinde borcuna aykırı hareket ederse , karşı yan hizmet sözleşmesini haklı nedenle ve derhal feshedebilir. ⁵⁵

İşçi ve işverenin bağlı buldukları bir toplu hizmet sözleşmesi varsa, sözleşme bildirim süresinin sonuna kadar taraflara uygulanacak, bu arada yeni toplu hizmet sözleşmesi akdedilirse ve işçi sözleşmenin kapsamına girmekte ise, yeni haklardan da yararlanacaktır. ⁵⁶

b. Bildirim Süresi İçinde Feshin Geri Alınması

Yasada veya sözleşmede öngörülen süreye göre hizmet sözleşmesinin

⁵⁴Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 170 Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 194; Esener,Turhan- a.g.e sh 226 ;Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 203

⁵⁶Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 203-204; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 171

⁵⁸Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 170

feshini bildiren işçi veya işveren, bununla bağlıdır. Zira feshin hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır ve karşı tarafın böyle bir hukuki işlem sonucu ortaya çıkan duruma (sözleşmenin sona ermesi) dayanmak hakkı vardır. ⁵⁷

Ancak bildirim süresinin sonuna kadar kendisine feshin bildirimini yapılan tarafında rızası alınarak bir anlaşma sonucu feshin geri alınması (feshin rücu) mümkündür. ⁵⁸ Bu takdirde feshin işlemi kaldırılmış olur ve hizmet sözleşmesi eskisi gibi devam eder. Öngörülen sürenin geçmesinden sonra feshin geri alınması söz konusu değildir; Taraflarca yeni bir sözleşmenin yapılması olanağı vardır.

Önelin bitimine rağmen işçinin işe devam etmesi ihtimal dışı değildir. Bu durumda feshin bildirimini geri alınmasından söz edilebilir mi? Cevap olumsuz olmalıdır. Zira İş K m 13/A' ya göre hizmet sözleşmesi, feshin iradesinin diğer tarafa bildirilmesini izleyecek belirli sürenin , yani önelin geçmesinden sonra feshedilmiş olur. Şu duruma göre , önelin bitiminden sonra işçinin işine devam etmesi , kural olarak , taraflarca bir süre daha uzatılmasının kararlaştırılması değil yeni bir hizmet sözleşmesinin kurulması anlamına gelir. ⁵⁹

c. Yeni İş Arama İznin Verilmesi

Feshin bildirildiği sürenin bitimine kadar taraflar arasındaki ilişkide bir değişiklik olmaması karşısında , özellikle geçimini ücretli ile sağlayan işçinin, sözleşmenin sona ermesini takiben çalışacağı bir iş bulma olanağı elde etmesi yönündende korunmasını gerekli kılmaktadır. Esasen feshin belli bir süre önce

⁵⁷Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 171; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 194

⁵⁸Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 171 ; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 194 ;Esener,Turhan- a.g.e sh 226

⁵⁹Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 307-308

bildirilmesinin bir amacı işçinin yeni bir iş , işvereninde yeni bir işçi bulmasını sağlamaktır.

Yeni iş arama izni belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde sözleşmeyi fesheden taraf yönünden bir ayırım yapılmaksızın işçiye tanınmış bir haktır. Sadece işveren değil hizmet sözleşmesini kendisi feshettiği halde dahi işçiye tanınmış bir haktır.⁶⁰

İzinden faydalanma yönünden yasa iki şart aramaktadır. Birincisi taraflardan birinin süresine uyarak fesih bildiriminde bulunması; ikincisi , işçinin yeni bir iş aramak durumunda olmasıdır. İşçinin bu hakkı kullanması için "talepte bulunması " şart değildir. İşveren talep olmasada bu izni vermek zorundadır.⁶¹ İşçinin isteği, maddenin ikinci ve üçüncü cümlelerinde açıklandığı gibi sadece izin kullanma şekli ve zamanı yönünden dikkate alınması gereken bir şarttır.

Yeni iş arama izni iki şekilde kullanılabilir. Birincisi, fesih bildirimli süresinin başladığı günden sona erinceye kadar her iş günü , günde en az iki saat olarak ; ikincisi, her iş gününe ait izin süreleri birleştirilerek toplu şekilde kullanılabilir. Bu iki kullanma şeklinden birini tercih etmek , yasanın işçiye tanıdığı bir olanaktır.

İş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi bu durumu işverene bildirmek zorundadır. Toplu izin kullanmak isteyenin , fesih bildirimli yapıldıktan sonra

⁶⁰Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 172; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 195; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 151; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 291; Çalık, Şefik- a.g.e sh 21; Esener,Turhan- a.g.e sh 224

⁶¹Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 173; Aksi görüş , Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 196; Saymen,Ferit Hakkı-Türk İş Hukuku ,İstanbul 1954, sh 561

fakat her halde aynı gün yapılması gerekir. İşçi , toplu izin kullanmak isteğini zamanında işverene bildirmediği takdirde, işveren iş arama iznini her iş günü yerine getirmek olanağını elde eder.

İşçi , yeni iş arama iznini toplu kullanmak istediğinde kullanma zamanını yasa belirlemekte ve "işçi bunu işten ayrıldığı günden evvelki günlere rastlatmak zorundadır" demektedir.

İşçinin yeni iş arama iznini her gün için kullanması söz konusu olduğunda, bunun zamanını tayin etmek önem kazanmaktadır. Yasa işverene sözü edilen şekilde izin vermekle yükümlü tutarken, izin kullanılma zamanının da onun tarafından tayin edileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak izin verileceği zaman belirlenirken işverenin çıkarları, işin düzenli ve aksamadan yürütülmesi mümkün olduğu kadar dikkate alınacaksa da (Bk. md 334/3) maddenin amacına bağlı olarak daha çok işçinin iş bulma olanağına en uygun zaman esas tutulacaktır. ⁶²

İşçi, işverenden izin istemeden veya işverenin belirttiği saatler dışında iş aramaya çıkar veya yeni iş arama iznini işverene bildirmeden toplu olarak kullanmaya kalkarsa işveren devamsızlık yüzünden ve İş K 17/II-f gereğince sözleşmeyi derhal feshedebilir. Eğer işveren yeni iş arama izni vermezse , bu kez işçi İş K 16/II' ye dayanarak sözleşmesini derhal feshedebilir. ⁶³

İş arama iznini vermeden hizmet sözleşmesini sona erdiren işveren ihbar tazminatı ödemeye mahkum olur. Gerçekten fesih bildirim öneleri iş arama izni süresi ile birlikte bir bütün oluşturur. ⁶⁴Nitekim ,Yargıtay bir kararında " işverenin ihbar önelerine dayanarak hizmet sözleşmesini bozacağını bildirdiği

⁶²Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 174 ; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 425 ; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 204

⁶³Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 204; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 175

⁶⁴Esener,Turhan- a.g.e sh 227

takdirde işçiye her gün için iki saatlik iş arama izni verilir. Eğer bu izin verilmezse o zaman işçi iş arama izin süresi karşılığını ücret olarak ister" demiştir. ⁶⁵

Yasanın öngördüğü asgari iki saatlik sürenin altına inilemez fakat sözleşmelerle daha uzun bir süre tesbit edilebilir. ⁶⁶

İş K m 19' da belirtildiği üzere , yeni iş arama iznini işveren " ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur" . İşçi, işverenin izin süresine ilişkin ücretli ödememesi nedeniyle hizmet sözleşmesini İş K md 16/II -D gereğince derhal feshedebilir. ⁶⁷

d. Bildirim Süresine Alt Ücretin Peşin Ödenerek Sözleşmenin Feshi

İş K belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin bildirim sürelerine bağlı olarak feshinde, işverene şu olanağında vermektedir. "İşveren, işçiye ihbar önelerine alt ücretini peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir"(İş.K m13/C2)

Bu hâde gerçek anlamda derhal fesih sözkonusu değildir.Zira hizmet sözleşmesi, fesih bildirimının yapıldığı tarihte bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkmış olmamaktadır.Gerçekten,haklı nedenle derhal fesih dışında belirsiz süre li hizmet sözleşmelerinde uygulanacak fesih türü ancak, bildirim sürelerine bağlı olarak sözleşmenin tek tarafı irade açıklaması ile sona erdirilmesi olabilir. ⁶⁸

⁶⁵Y 9HD 9.10.1969 E 5527 K 9642

⁶⁶Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 204; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 175-176; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 151; Esener,Turhan- a.g.e sh 226

⁶⁷Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 177

⁶⁸Ekonomi,Münir-İş Hukuku, Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984. 3.Bası sh

Yargıtay son yıllarda verdiği kararlarında bildirim süresine ait ücretin peşin ödenerek sözleşmenin feshini, derhal fesih şeklinde yorumlayarak bildirim süreleri ve hükümlerini kaldıran bir sonuca varmıştır. Yargıtay'ın görüşüne göre; İşveren bildirim süresine alt ücretli peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshettiğinde, fesih bildirimi ile sözleşme derhal sona erer. Hizmet sözleşmesinin " ihbar öneli verilmeksizin derhal " bozulduğu böyle bir durumda, bildirim süreleri işçinin kıdem süresine eklenmez ve bildirim süresi içinde gerçekleşen haklar (toplu hizmet sözleşmesinde ikinci yıl zammı ve yeni yürürlüğe giren sözleşmedeki haklar gibi)talep edilemez. ⁶⁹

Yargıtay'ın bir kararına göre " İş Yasasının 13/A maddesi hükmüncü süreli belirli olmayan sürekli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Aynı maddenin (C) bendinin ikinci fıkrasına göre İşveren işçinin ihbar önelilerine ait ücretini peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. Olayda ihbar, kıdem tazminatı peşin ödenmek suretiyle hizmet sözleşmesi bozulmuş davacı ihbar öneli içerisinde gerçekleşecek hakları dikkate alarak kıdem tazminatı ve sair haklar farkının tahsilini istemiş mahkeme isteği kabul etmiştir. Hizmet sözleşmesinin bozulması yolundaki irade açıklaması bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan açıklanması ile hukuki sonuçlar derhal doğar ve sözleşme bozulmuş sayılır ve ihbar öneli hizmet süresine eklenmez. Ancak bundan sonra ihbar öneli verilmiş olsaydı o arada yürürlüğe girecek olan toplu iş sözleşmesine dayanılarak fark tazminat isteğinde bulunulamaz". 9. HD'nin yerleşmiş uygulaması bu yönde olduğu gibi HGK' de müteaddit kararı ile bu görüşü benimsemiştir. (HGK 16. 3. 1983 T, E 1975 K 231 ; 9. 2. 1982 T E 1200 K 132,;24. 4. 1981 T E 166 K 307 sayılı karararı) Burada şu hususta özellikle belirtilmelidir ki sözleşmenin sırf yeni toplu hizmet sözleşmesinden

177; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 151-152 ;Esener,Turhan- a.g.e sh 227-228 ; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 205; Süzek,Sarper- a.g.e sh 108-109

⁶⁹Y 9HD 19.11.1974 ,E 74/29983 K 74/25452 ; 27.2.1975 E 74/28135 K 1975/13479 ; 13.11.1975 E 75/25903 K 49709 İHU İş K 13 (No 1,2,6)

yararlandırmamak amacıyla kötüniyetle feshi halinde dava konusu fark alacakları tazminat olarak istenebilirse de olayda kötüniyet iddia ve ispat olunmadığına göre davanın kabulü bu yönde isabetsizdir. (Emsal karar : 9 HD 24. 12. 1982 T E 9330 K 10107 sayılı karar)⁷⁰

İş Yasasınınun 13. maddesine ve bildirimli feshin niteliğine aykırı düşen bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ancak, doktrin'de Yargıtay'ın görüşünü savunan yazarlarda bulunmaktadır. ⁷¹Ancak bu görüşte olanlar İşverenin İşçilik haklarından kurtulmak için anılan hükümden yararlanma yoluna gittiğinin kabulü ile "afaki iyiniyet esaslarından ve İş Kanununun md 13/son da tazminat hükmünden hareket ederek" bir çözüm yoluna ulaşmanın mümkün olacağı görüşündedirler. İşverenin bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödemek suretiyle hizmet sözleşmesini feshetme olanağı yasa hükmü olarak ilk defa 931 sayılı İş Kanunu ile kabul edilmiş ve 13. maddenin (C) bendinin ikinci fıkrasındaki bu hüküm 1475 Sayılı Kanuna da aynen alınmıştır. 3008 sayılı İş Kanununda böyle bir hüküm olmamasına rağmen, uygulamada İşverenler feshi açıklamasında bulunduktan sonra işçiyi işyerinde tutmayı çeşitli yönlerden uygun görmediklerinden bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödeyerek hizmet sözleşmesini feshi yoluna gitmekteydiler. Aynı sorun bu dönemde de ortaya çıkmış ve ücretli peşin ödenen bildirim sürelerinin, işçinin işyerindeki hizmet süresi yönünden hesaba katılıp katılmayacağı keza bu sürelerde gerçekleşen hakların işçiye verilip verilmeyeceği görüş ayrılıkları ve uyuşmazlıklar yaratmıştır. Yargıtay o dönem içinde verdiği kararlarda bildirimli feshin niteliğine ve bu husustaki hükümlere uygun sonuçlara varmıştır. Yargıtay HGK' nun 1963 tarihli bir kararında belirtildiği gibi İş yasasınının 13. maddesindeki hükümler kamu düzeni ile ilgilidir ve bildirim süresine saygı şartı emredici bir hüküm olarak konulmuştur. Bu hükümler karşısında tarafların bildirim sürelerini ortadan kaldırmak sonucunu doğuran herhangi bir anlaşmaları hukuken geçerli sayılmaz

⁷⁰Çalık, Şefik- a.g.e sh 20-21 ; (Y 9 HD 24.2.1984 T E 1061 K 1906)

⁷¹Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 259,307,308 ;Elbir,Halit Kemal - Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi- İstanbul 1969, sh 140

ve işçinin bildirim sürelerine ilişkin ücretini peşin almış ve bir ihtirazi kayıt illeri sürmeden işinden ayrılmış olması bildirim süreleri içinde gerçekleşecek haklarından vazgeçmiş sayılmasını gerektirmez.⁷²

931 Sayılı ve 1475 Sayılı İş Kanununda, işverene bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle fesih olanağının tanınması 3008 Sayılı Kanunda yer almayan fakat uygulamada ortaya çıkan ve mahkeme kararları ile belirlenen hukuki çözüm yolunun yasa metninde düzenlenmesinden başka bir anlam taşımamaktadır. Bu nedenle Yargıtay' ın hiçbir gerekçe göstermeden ve aşağıda açıklanan İBK ' ndaki esasları dikkate almadan görüşünü değiştirmesinin isabetli olmadığı açıktır.⁷³

Gerçekten İş K md 13/A ' da, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin bildirim sürelerine bağlı olarak feshedilebileceği hükmü konulduktan sonra aynı maddenin C bendinin ikinci fıkrasında sadece bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle bildirim süresinin hukuki sonuçlarını kaldıran ve hizmet sözleşmesini fesih bildiriminin yapıldığı anda sona erdiren (derhal fesih) bir olanak tanınmış olduğu illeri sürülemez. Aksi halde işverene asıl yükümlü olduğu olan ve işçiye daha geniş haklar sağlayan bildirim sürelerinin hükümlerinden maktu bir para ödeyerek kurtulmak üzere seçimlik yetki verilmiş olmaktadır ki, böyle bir sonuç yasanın amacı ve iş hukukunun ilkeleri ile bağdaşamaz.⁷⁴

Nitekim, Yargıtay bir İBK' nda " işveren bildirim süresine uymaksızın ilişkiye fiilen derhal son verdiği takdirde yine muteber bir ihbarın yasal neticesinin aynen tanınması gerektiğini işçi için sadece bildirim süresine ait ücretli tutarında bir tazminat değil bildirim şartına ilişkin bütün sonuçların

⁷²Y HGK 29.5.1963 E 39 K 59

⁷³Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gömüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 179

⁷⁴Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gömüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 179-180 Esener,Turhan- a.g.e sh 228

doğmuş olacağını" belirterek " feshi ihbar müddeti içinde işçiye sağlanması gereken ücretlerden gayri menfaatlerin bilfarz primlerin mükafatlarında . . . " verilmesinin gerektiğini bildirmiştir. ⁷⁵

Yargıtay 9. HD' side bir kararında belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin, işveren tarafından bildirim sürelerine uyulmaksızın haksız olarak feshedilmesi halinde, bildirim süresinin kıdem süresine eklenmesi ve bildirim süresi içinde yürürlüğe giren yeni yasa ve toplu hizmet sözleşmesi hükümlerinin, kıdem tazminatının hesabında dikkate alınması gerektiğini bildirmiştir. ⁷⁶

IV. Bildirim Şartına Uyulmadan Yapılan Feshin (Usulsüz Feshin) Sonuçları

1. Genel olarak

İşveren veya işçi yasada sözleşmeyle öngörülen sürelerle ve usule uyulmaksızın sözleşmeyi feshederse diğer tarafa bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu hususta yasa, bildirim şartına uymayan tarafın bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorunda olduğunu belirtmektedir. (İş K. MD 13/C -1) Uygulamada bu tazminata ihbar tazminatı denilmektedir.

Süresi belirli olmayan sürekli hizmet sözleşmelerinde fesih hakkı veren nedenler (haklı nedenler) olmadan işveren işçisini derhal işten çıkarırsa, işçi işsiz kalacağı için çok zor duruma düşer , işçide çalıştığı işyerinden bildirimsiz fesih hakkı veren nedenler olmadan işini terk ederse, işverende onun yerine yeni bir işçi buluncaya kadar zor durumda kalabilir. İşte bunu düşünen yasakoyucu her iki taraf içinde bildirimsiz fesih hakkı veren nedenler olmadan işe son verme halinde çalışma süresine göre değişen bir ihbar süresi tanımıştır. Buna uymayan taraf bu süreye ait ücreti ödemek zorunda kalır.

⁷⁵Y IBK 24.6.1959 E 31 K 26

⁷⁶Y 9 HD 28.2.1978 E 77/15693 , K 78/3379 kararı ve Oğuzman' in incelemesi İHU İş K 14 (No 15)

İşçi , işveren sözleşmeyi kötüniyetle feshetmişse "kötüniyet tazminatı", sendikal faaliyet nedeniyle feshetmişse "sendikal tazminat", ve şartları varsa ayrıca "tazminat " talep edebilir.

Ayrıca burada, belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresi dolmadan önce ve feshi gerektirir haklı bir nedende bulunmaksızın taraflardan birince feshi durumunda fesheden tarafın karşı tarafın zararlarını gidermesi sorununa açıklık getirmeye çalışacağız.

2. Bellirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları.

a. Bellirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Süresi Bitmeden Önce Feshi

Bellirli süreli hizmet sözleşmeleri süresi tamamlanmadan son bulamaz. İşçi hizmet sözleşmesinin süresinin bitimine kadar çalışmak , işverende bu süre boyunca işçinin hak ettiği ücreti ödemek zorundadır.

Ancak, işçinin devamsızlık yapması , kavga çıkarması gibi sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin haklı bir neden varsa işveren sözleşmenin süresinin bitimini beklemeden hizmet sözleşmesini hemen feshederek işçiyi işten çıkarabilir. Bu durumda işveren işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödemek zorunda değildir. Aynı şekilde işçide ücreti zamanında yada hiç ödenmezse sözleşmenin sona erdirilmesinde onun yönünden haklı bir neden bulunmaktadır. İşçi işten ayrılarak kıdem tazminatı isteyebilir. ⁷⁷

İşçi ve işveren bakımından belirli süreli hizmet sözleşmesinin derhal feshine olanak veren haklı nedenler İş K'nun 16. ve 17. maddelerinde ayrı ayrı sayılmıştır. Bunlar belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi " sağlık", "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan halier ve benzerleri" ,ile "zorunlu nedenler" dir. Bu hükümlerde işten çıkarma yada işten ayrılma nedenleri ana başlıklar halinde açıklanmıştır.

⁷⁷Çalık, Şefik- a.g.e sh 14

b. Haklı Bir Neden Bulunmadan Bellirli Süreli Hizmet Sözleşmesine Son Veren İşverenin Ödeyeceği Tazminat

Bellirli süreli hizmet sözleşmesinin süresi dolmadan önce sona ermesi işçinin ölümü veya derhal feshe olanak veren haklı bir nedenin bulunmasıyla olanaklıdır. Haklı bir nedenin bulunmaması durumunda, hizmet sözleşmesinin tek taraflı olarak tazminat ödenmeden feshedilmesi olası değildir. Buna karşın taraflardan birinin haklı bir nedene dayanmaksızın iş ilişkisinin devamında yarar görmeyerek, sözleşmeyi tek taraflı feshetmesi durumunda ne olacaktır. ?Bu soruna Haluk Hadi Sümer' in Y 9 HD 1989/7899 E 1989/11458 sayılı ve 28. 12. 1989 tarihli kararını değerlendirmesinden hareketle konuya açıklık getirmeye çalışalım.⁷⁸

*Karara esas teşkil eden olayda tartışılması gereken hukuki problem, belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin dolmasından önce işveren tarafından sona erdirilmesi durumunda işçinin ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve manevi tazminata hak kazanıp kazanamayacağı hususudur.

Hizmet sözleşmesinin tarafları yaptıkları hizmet sözleşmesinin belirli bir süre hüküm ifade edeceğini kararlaştırmışlarsa , bir diğer ifade ile hizmet sözleşmesini yaptıkları anda sona ereceği zamanda belirlemişlerse bu sözleşme belirli süreli hizmet sözleşmesidir. Bu tesbit genellikle gün , hafta , ay ,yıl veya belirli bir tarih belirtmek suretiyle yapılır. Bunun yanı sıra işin niteliği ve amacında yapılan hizmet sözleşmesini belirli süreli hizmet sözleşmesi haline getirebilir. Mesela bir işyerinin boyanması amacıyla yapılan hizmet sözleşmesinin işyerinin boyanması işleminin bitmesi ile sona ereceği açıktır.

Bellirli süreli hizmet sözleşmeleri sürenin dolması veya sözleşmenin konusu olan işin bitmesi halinde aksine anlaşma olmadıkça feshi ihbara gerek kalmadan sona erer. (BK md 338)

⁷⁸Sümer, Haluk Hadi- Bellirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları- TÜHİS Şubat 1992 -Cilt 12- Sayı 8 (sh 3-7)

Belirli süreli hizmet sözleşmeleri ile belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri arasında tabii oldukları düzenlemeler bakımından bir takım farklılıklar vardır. Mesela, bildirimli fesih hakkının sadece belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri açısından söz konusu olmasına rağmen bildirimsiz fesih hem belirli süreli hem de belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri hakkında hüküm ifade eder. (İş K md 13,16,17)

Hem belirli, hemde belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri hakkında hüküm ifade eden bildirimsiz (haklı nedenle) fesih yoluyla hizmet sözleşmesi feshedildiğinde gerçekte böyle bir haklı nedenin bulunmaması veya ileri sürülen haklı nedenin ispat edilememesi veya fesih hakkının süresi içerisinde kullanılmaması halinde yapılan fesih " haksız fesih" tir.

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde taraflardan birinin haklı bir neden olmadan hizmet sözleşmesinin süresinin dolmasından önce tek tarafı olarak sona erdirmesinin hukuki sonuçları hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bu konuda belli başlı görüşler şunlardır.

TUNÇOMAĞ, hizmet sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olmasına göre ayırım yapmaksızın haksız feshin hukuki sonuçlarını şu şekilde açıklamaktadır. Haklı nedenle feshin geçersiz olması örneğin haklı bir neden bulunmadan feshin bildirilmesi halinde, hizmet sözleşmesi olduğu gibi kalır fakat böyle bir hizmet sözleşmesinin kaldırılması yolunda karşı tarafa yapılmış bir öneri olarak yorumlanabilir. Eğer karşı taraf bu öneriyi kabul etmezse, bu geçersiz fesih açıklaması olarak en yakın süre için sözleşmenin feshi ihbarı olarak kabul edilmelidir. Geçersiz fesih hiç değilse en yakın feshi ihbar süresine kadar sözleşmeyi etkilemeyeceği için sözleşme o sürenin dolmasına kadar varlığını devam ettirecektir. Bu yüzden geçersiz fesihte bulunan işçi ise bu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranışta bulunduğundan ötürü " borçlu temerrüdü " ne düşer ve bu halde işverenin işin yapılmasını isteme hakkı fillen bir tazminat hakkına çevrilmiş olur. Geçersiz fesihte bulunan işveren ise (yani işveren işçisine haklı bir neden bulunmadan yol vermiş veya haklı bir neden olmadan onun işini kabullenmişse) bu suretle" alacaklının temerrüdü" ne düşer. Bu halde işçi İş K 62/C ve BK 325. maddesine dayanarak işverenden hatta zararını ispat ve kendi edimini ifa zorunda olmaksızın, sözleşme süresi

veya en yakın fesih ihbar süresine ilişkin ücret alacağını isteme hakkına sahiptir.⁷⁹

EKONOMİ ' ye göre " belirli neden veya nedenlerle hizmet sözleşmesi derhal feshedildiği halde gerçekte böyle bir neden bulunmamakta yahut ileri sürülen nedenin varlığı ispatlanamaz ise, bu takdirde fesih geçersiz değil fakat haksız fesih sayılır. Öyleki taraflar arasındaki sözleşme belirsiz süreli bir sözleşme ise sözleşmeyi sona erdirmek hususunda irade açıklaması, bildirimli fesih türünde bir fesih olarak kabul edilmekte ancak sürelerine göre önceden bildirimde bulunmadığı içinde bildirim sürelerine uyulmaksızın yapılan feshe ilişkin bütün hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Sona erdirilmek istenen belirli süreli bir sözleşme olduğunda, sözleşme kararlaştırılan sürenin bitiminden önce haksız suretle bozulmuş sayılarak buna ilişkin hukuki sonuçlar doğacaktır.⁸⁰

ÇELİK, hizmet sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ayrımı yapmaksızın "ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle işverence yapılan fesih yasaya uygun olmadığı mahkemece kabul edilirse, işçiye ihbar ve koşulların varlığı halinde kıdem tazminatı ödemek zorunda" olduğunu belirtmektedir.⁸¹

OĞUZMAN' a göre; haklı bir neden bulunmamasına rağmen bildirimsiz fesih yoluyla veya bildirim olmaksızın sözleşme ile bağlı bulunamayacağını kesin olarak açıklayarak sözleşmeye uymayan taraf kendi ediminde imkansızlık yaratmış olur. Çünkü, sözleşmeden doğan iş görme ve ücret borçlarının cebri icra yolu ile elde edilmesi mümkün olmayan hallerde ifa imkansızlığını kabul etmek gerekir. Buna göre işçi veya işverenin ifadan kaçınması kusurlu bir imkansızlık oluşturur . Kusurlu kesin imkansızlık halinde sözleşme kendiliğinden

⁷⁹Tunçomağ, Kenan -a.g.e, - İş Hukukunun esaslar İstanbul 1988 sh 231-232

⁸⁰Ekonomi - İş hukuku C 1. 3B İstanbul 1984 sh 195-196

⁸¹Çelik,Nuri -a.g.e - -İş hukuku dersleri 9b İstanbul 1988 sh 185

sona erer . Fakat sözleşmenin bu şekilde sona ermesine neden taraf, diğer tarafın edimlerin ifa edilmemesi nedeniyle uğramış olduğu zararları tazminle sorumlu olur. Her ne kadar BK md 325 iş sahibinin temerrüdünden bahsediyorsada, düzenlemiş olduğu durum işverenin işçiye iş vermektan kaçınma halidir. İş vermektan kaçınan işvereni, işvermeye zorlamanın imkansız olması nedeni ile burada bir temerrüdden çok bir kusurlu imkansızlık hali hükme bağlanmıştır. Ayrıca BK md 325' te ücretten bahsediliyorsa da sözü edilen hüküm esasında bir tazminatı düzenlemektedir. ⁸²

REİSOĞLU' na göre ; işverenin işçinin işini kabul etmemesi, ona iş vermemesi, işyerine sokmaması gibi fiili durumlar işvereni sadece alacaklının temerrüdü hükümlerine tabi kılacak ve işçi hizmetini işverenin emrine amade tuttukça veya haklı nedenle sözleşmeyi feshetmedikçe hizmet sözleşmesi devam edecek ve işverenin BK 325' göre ücret borcu doğacaktır. ⁸³

ZARARSIZ' a göre; belirli süreli hizmet sözleşmelerinin haksız feshi halinde, yine usulsüz feshe ilişkin sonuçların uygulanacağı kabul olunmalıdır. Her ne kadar bildirimsiz feshi belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde tanınmış bir hak isede, yasadaki boşluğun kıyasen doldurulması ve mağdur olan işçinin korunması amacıyla bu durumun dikkate alınması gerekir. İş K 13' e göre meseleyi çözümlenmek işçinin daha yararınadır. Çünkü BK md 325' göre, işçi ancak sözleşmenin kalan süresi için ücret alacağını talep edebilecektir. Oysa İş K md 13' e göre çözüme gidildiği takdirde işçi ihbar önelerine ilişkin ücret tutarını herhangi bir zarar meydana gelmese dahi alacaktır. Ayrıca, bir yıllık kıdem şartı gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Bunların yanı sıra işçi, İş K md 13/son ' da düzenlenen maddi ve manevi

⁸² Oğuzman, M. Kemal- Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 143 vd sh 151 sh 272 vd

⁸³ Reisoğlu - Hizmet Akdi, Mahiyetli -Unsurları-Hükümleri -Ankara 1968 sh 168-169

tazminat talep etme hakkına kavuşmuş olacaktır. ⁸⁴

Söz konusu sorunla ilgili olay hakkında Yargıtay * davacı ile yapılan belirli süreli hizmet sözleşmesi süre bitiminden önce feshedilmiştir. Süresi belirli sözleşmelerde ihbar öneli dolayısıyla ihbar tazminatı gerekmez. Fesih süresinin bitiminden önce olsa dahi sonuç değişmez. Zira böyle durumlarda BK 325. maddesi söz konusu olabilir. Bu hususta ve ciheti gözönünde tutulmaksızın ihbar tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir" görüşünü benimsemiştir. ⁸⁵

Sonuç olarak belirli süreli hizmet sözleşmesinin haklı bir neden bulunmadan feshedilmesi mümkün değildir. Buna rağmen taraflardan birinin karşı tarafa fesih açıklamasında bulunması veya haklı fesih olarak yapılan fesihte dayanılan nedenin gerçekten haklı olmaması veya fesih hakkının süresi içinde kullanılmaması halinde yapılan fesih bildirimini geçersizdir. Bu halde hizmet sözleşmesi süresinin sonuna kadar geçerlidir. Bu süre zarfında hizmet sözleşmesinin bildirimsiz feshini gerektirecek bir neden ortaya çıkmadığı takdirde, hizmet sözleşmesi sürenin sonunda ortadan kalkar. Bu nedenledir ki; işçinin ihbar tazminatı, manevi tazminat ve kıdem tazminatı taleplerini reddeden ve işvereni BK md 325 hükmüne göre sorumlu tutan Yargıtay kararı yerindedir.

⁸⁶

3. Belirsiz Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları.

Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde, haklı bir neden bulunmaksızın yasada yahut sözleşmede öngörülen ihbar önellerine uymadan sözleşmeyi fesheden taraf bildirim süresine ilişkin ücret tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olur. Buna ihbar tazminatı denir.

⁸⁴Zararsız - Türk İş Hukukunda İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı 1987 sh 172-173

⁸⁵Y 9 HD 1989/7899 E , 1989/11458 K sayılı ve 28.12.1989 tarihli kararı

⁸⁶Sümer, Haluk Hadi- a.g.e, sh 7

İşveren fesih hakkını kötüiyetle kullanmışsa, işçi kötüiyet tazminatı talep edebilir. Yine işveren belirsiz süreli hizmet sözleşmesini sendikal faaliyet nedeniyle feshetmişse işçi sendikal tazminat ve şartları varsa ayrıca diğer zararlarının giderimi için tazminat davası açabilir.

Aşağıda bu tazminatları ayrıntılarıyla ve birbirleriyle olan ilişkilerini de dikkate alarak açıklamaya çalışacağız.



İKİNCİ BÖLÜM

8. 3. İHBAR,KÖTÜNYİYET VE SENDİKAL TAZMİNATLAR

I. İhbar Tazminatı

1. Tanımı

Hizmet sözleşmesinin, bildirim koşullarına uymadan feshedilmesi yasa bakımından kusurlu bir davranıştır. İşveren işçiyi artık çalıştırmayacağını, işçi de istifa ederek işten ayrıldığını yasada öngörülen bildirim süreleri içinde karşı tarafa bildirmek zorundadır. ⁸⁷Süresi belirli olmayan sürekli hizmet sözleşmelerinde bildirimsiz fesih hakkı veren nedenler olmadan işçinin işine son verilmesi halinde işçi yeni bir iş buluncaya kadar, işçi işini terkederse işveren de onun yerine yeni bir işçi buluncaya kadar zor durumda kalabilir. İşte bunu düşünen yasakoyucu her iki taraf içinde bildirimsiz fesih hakkı veren (hakkı nedenler) haller olmadan işe son vermelerde çalışma süresine göre değişen bir ihbar süresi tanımıştır. Şayet yasada aranan bu yükümlülüğe uyulmazsa , yani işveren işçiyi hemen çıkartır, işçide işini bırakıp giderse fesih bildirim sürelerine (ihbar sürelerine) ilişkin ücret tutarını peşin ödemek zorunda kalırlar. Uygulamada peşin ödenmesi gereken bu ücrete " ihbar tazminatı" denmektedir.

⁸⁸

⁸⁷Çalık, Şefik- a.g.e sh 22 ; Yelekçi,Memduh,İlhami- a.g.e. sh 144; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 183

⁸⁸Yelekçi,Memduh,İlhami- a.g.e. sh 144 ; Sözek,Sarper- a.g.e sh 109 ; Kocaoğlu- a.g.e sh 12 ;Esener,Turhan- a.g.e sh 228,229.; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 153 ; Çenberci, Mustafa- a.g.e 325-326 ; Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e. sh 65 ; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 183 ; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 205-205 Çalık, Şefik- a.g.e sh 22; Özkul,Aydın-a.g.e sh 12

İhbar tazminatının ödenmesi ancak, süresi belirli olmayan hizmet sözleşmelerinin sona erdirilmesi halinde söz konusudur. Zira İş K md 13' deki bildirim öneleri sadece süresi belirli olmayan hizmet sözleşmeleri için öngörüldüğünden belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sona ermesi durumunda ihbar tazminatı talep edilemez.⁸⁹

Mevsimlik işlere ilişkin hizmet sözleşmelerinde zincirleme olarak yapılan süreli hizmet sözleşmeleri olmaları ve belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri kabul edilmeleri nedeniyle, ihbar öneline uyularak bozulmaları gerekir. Aksi halde ihbar tazminatı ödenmesi gerekir.⁹⁰

İhbar tazminatı, bildirim öneline uymamak " usulüne göre fesih isteğini önceden ihbar etmemek " ,fesih bildiriminde bulunmamakla beraber bildirim öneli tanımamak veya bildirim önelini yasada belirtilen süreden eksik tanımak hallerinden ortaya çıkar. Bildirim öneline uymayan taraf, karşı tarafa ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür. O halde, bildirim öneline uymadan kendisi hizmet sözleşmesini sona erdiren tarafın bu tazminatı talep etmeye hakkı yoktur.⁹¹

Bildirim süresinin eksik olarak tanınması durumunda işçiye ödenecek ihbar tazminatı, işçinin kalan süreye ait ücretli tutarındadır.⁹²

⁸⁹Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 65 ; Y 9 HD 4.5.1975 T E 2774 K 4524

⁹⁰Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 65 ;Y 9HD 4.4.1980 T E 3546 K 3257

⁹¹ Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988))sh 8 Çalık, Şefik- a.g.e sh 22 ; Özkul, Aydın- a.g.e sh 12 (Çimento) Çenberci, Mustafa- a.g.e sh. 325-326; Kocaoğlu- a.g.e sh 12 (TÜHİS) Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1, Ferdi İş Hukuku- Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 183 Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 66 ; Esener,Turhan - a.g.e sh. 228-229;

⁹²Çalık, Şefik- a.g.e sh 22

İhbar tazminatı ödeme yükümlülüğü sözleşmenin iki yanı olan işçi ve işveren için de geçerlidir. Fesih bildirim kurallarına uymadan ve yasanın 16. maddesinde sayılan haklı nedenlerden birine dayanmaksızın işi terk eden işçi yada bu kurallara uymadan işçinin işine yasanın 17. maddesinde sayılan haklı nedenlerden birine dayanmaksızın son veren işveren ihbar tazminatı ödemek durumundadır.⁹³ Ancak, örneğin işveren işçinin işi terk etmesi nedeniyle hizmet sözleşmesini bozduğunu ileri sürerse fakat bu iddiası mahkemece haklı görülmezse, işçiye ihbar tazminatı ödeyecektir. Burada ispat yükü işverene aittir.⁹⁴

İhbar tazminatını talep hakkı, tarafın zararını ispatına bağlı olmadığı gibi ihbar tazminatının miktarı zararın yüksekliğine de bağlı değildir. Yasa koyucu ihbar tazminatının miktarının bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında olacağını açıkça hükme bağlamıştır.⁹⁵ İşçi bildirimde bulunduktan sonra işverenin rızasıyla işi terk etmişse, kedisinden ihbar tazminatı istenemez. Zira bu durumda, sözleşmenin tarafların rızasıyla son bulması (uzlaşma) durumu söz konusudur. Sözleşmeye uzlaşma ile son verilmesi durumunda ise 13. madde uygulanmaz.⁹⁶ Sözleşme haklı nedenle de olsa davacının arzusu ile sona

⁹³Çalık, Şefik- a.g.e sh 22; Esener, Turhan- a.g.e sh 229 Tunçomağ a.g.e. 205, 206 Özkul, Aydın- a.g.e sh 12 ; Ekonomi, Münir - İş Hukuku Cilt 1, Ferdi İş Hukuku- Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 183 Çelik, Nuri -a.g.e - sh 153 ; Ekonomi, Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988)sh 8 ; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 326

⁹⁴Kocaoğlu- a.g.e sh 12; Kaplan, Emine Tuncay- a.g.e, sh 66; Y 9HD 26.11.1965 T E 8641 K 9498 (Orhaner, A.Baki - Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları- Ankara 1966, sh 313-314)

⁹⁵Kaplan, Emine Tuncay- a.g.e, sh 67; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 206 Ekonomi, Münir - İş Hukuku Cilt 1, Ferdi İş Hukuku- Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 184

⁹⁶Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 326

erdüğinden ihbar tazminatı isteyemez.⁹⁷

"İhbar tazminatı niteliği bakımından ancak süresi belirli olmayan hizmet sözleşmelerinde fesih bildirimine muhatap olan ve fakat kendisine İş K 13. maddesinde öngörülen önel tanınmayan tarafça istenilebilecek bir hak olup, sözleşmeyi bozan taraf karşı taraftan ihbar tazminatı istemek hakkına sahip değildir. Sözleşmeyi bozan tarafın işçi veya işveren olmasının bu konuda herhangi bir etkisi yoktur. O halde olayda hizmet sözleşmesi davacı işçi tarafından bozulduğundan davacı ihbar tazminatı isteyemez."⁹⁸

2. İhbar Tazminatının Niteliği

İş K 13/C 'de tazminat deyiminin kullanılmış olmasına karşın acaba burada gerçek bir tazminat söz konusumu dur. ?Bu sorun üzerinde 3008 Sayılı Kanun zamanından beri uzun süre tartışılmıştır. Mesele özellikle işçi bakımından ele alınmıştır. Oğuzman'a göre; burada bir ücret ödenmesi değil bir "tazminat" sözkonusudur.⁹⁹

Saymen' e göre ise anılan para " işçi için bir tazminat değil fakat ücret alacağıdır. Halbuki işveren için yasadan doğan bir tazminattır." Tunçomağ' da; ihbar tazminatının niteliği konusunda Saymen' le aynı görüşü paylaşmaktadır.¹⁰⁰

⁹⁷Y HGK 1.4.1983 T E 762 K 314 (Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 331) Y 9HD 21.4.1980 T E 4416 K 3661 ;21.4.1980 T E 4415 K 3360 ; 2.4.1980 T E 2949 K 3226 (Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 332)

⁹⁸Y HGK 3.5.1974 T E 76 K 478 –Tuncay,Y 10 HD E 1992/9430 K 1992/12779 24.11.1992 tarihli kararın incelenmesi Çimento işveren Temmuz 1993 Cilt 7 Sayı 4

⁹⁹ Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 276 (götürü tazminat) Çelik,Nuri -a.g.e - sh 166 (Aynı görüşte)

¹⁰⁰Saymen,Ferit Hakkı- a.g.e, - İş sh 276 ;Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 216

Ekonomi' ye göre ise; ihbar tazminatı hukuki niteliği itibari ile bir ücret değil bir HGK' da da belirtildiği üzere tarafların " ihbar süresine saygı şartını emredici bir kural olarak " koyan hükmüne aykırı davranışın hukuki bir müeyyidesidir. İşveren veya işçinin bu husustaki hükümlere uymaksızın sözleşmeyi fesih yoluna gittiklerinde kusurlu davranışta buldukları açıktır. Böyle bir haksız fesih dolayısıyla karşı taraf için bir zararda söz konusu olabilir. Fakat İş K md 13/C ' de ihbar tazminatı teknik ve genel hükümlerde olduğu gibi herhalde bir zarar karşılığı olarak kabul edilmemiş, bildirim şartına gerektiği gibi uyulmasını sağlamak amacı ile birlikte diğer taraf için bir zarar doğurabileceğide dikkate alınarak, bunuda karşılayacak çift karakterli özel bir tazminat olarak kabul edilmiştir. Çift amaca yönelik olmasının sonucu, bildirim sürelerine uyulmadan yapılan fesihle karşı taraf bir zarar görmese de örneğin işverenin önceden bildirimde bulunmayarak işten çıkardığı işçi hemen veya bir kaç gün sonra iş bulsa dahi işverenden ihbar tazminatı istemek hakkı vardır. Aynı şekilde işçide bildirim süresine uymadan işini terkederse, işveren onun yerini doldursa ve bir zararı bulunmasa dahi işçiden bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında tazminat isteyebilir. Tazminata hükmedilmesi için bildirim sürelerine uymaksızın ilişkiye son verildiği veya bu sürelerin tamamen kullandırılmadığının ispatı yeterlidir. Ayrıca zararın ispatı yükümlülüğü yoktur. Zira yasa zararla bağlı olmaksızın maktu bir şekilde verilecek tazminat miktarını belirlemiştir. ¹⁰¹

Çenberci'ye göre ise; yasakoyucu bu hükümle fesih bildiriminde bulunan tarafı, bildirme şartına uymaya yani önel tanımaya zorlama amacını gütmüştür. Bu yüzden doğan zararı yada yoksun kalınan ücreti karşılamak amacını gütmemiştir. Zira, yasakoyucu toplum yaşantısının sosyal ve ekonomik yapısına yan etkilerini düşünerek, fesih bildirimini yoluyla sözleşmeye son verme olanağını son çare şeklinde düşünmüştür. Buna rağmen fesih bildirimine başvurulmuşsa, mutlaka karşı tarafa belli bir önelin tanınmasını istemiş ve bu iradesini İş K md

¹⁰¹ Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988) ;Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 334 ;Esener,Turhan- a.g.e sh 230; Kocaoğlu- a.g.e . sh 12

98/III' de öngörölen ceza tehdidi ile sağlama hedefini kovalamıştır. Esasen, önel şartına uymama sonucunda doğan zararın tazmini ve yoksun kalınan ücretin elde edilmesi olanağı son fıkra hükmü gereğince daima vardır. Buradaki tazminattan maksat anılan zorlama amacının gerçekleştirilmesine yönelmiş bir "medeni ceza" dır. Bu nedenle fesih bildiriminde bulunduğu halde bunun şartına uymayan taraf bir medeni ceza olarak önellere ilişkin ücret tutarını ödenmek zorundadır. Değişik söyleyişle, fesih bildiriminde bulunan tarafın karşı tarafa önel tanımamasından dolayı önellere ilişkin ücret tutarını ödemesi "tazminat" yada "ücret" düşüncesine değil, medeni ceza esasına dayanıyor.¹⁰²

Yargıtay' ımızın EİK 'nun yürürlüğü dönemi içindeki görüşü "tazminat" şeklinde belirtilmiştir. Yüksek mahkememiz "ihbar tazminatı" diye adlandırdığı bu parayı işçi yönünden bir işsizlik tazminatı olarak öngörmekte ve işçinin işsiz kalmaması durumunda böyle bir paranın ödenmemesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Bu görüş Yargıtay' ın şu kararında ortak bir anlatım değerli kazanmaktadır. ". . . .ihbar tazminatının niteliği hizmet sözleşmesinin önel verilmeden feshi halinde işçinin yeni bir iş buluncaya kadar boşta geçireceği günlerin bir tazminatı olmak gerekir."^{103 104}

Yeni metin Yargıtay' ın bu görüşünü doğrular niteliktedir. Zira maddede bu para için eski metinden farklı olarak açıkca "tazminat" deyimi kullanılmıştır.

¹⁰²Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 336-337 Esener, Turhan- a.g.e sh 230; Kocaoğlu- a.g.e (TÜHİS) Şubat 1988 sh 12

¹⁰³Y 9 HD 27.6.1974 T E 33069 K 13638

¹⁰⁴Anılan özel daireye ait karara göre "ihbar tazminatı (...) ücret olarak kabul edilemez. (23.11.1964 T E 7977 K 7625) Fakat Yargıtay'ın ihbar tazminatını " ücret" olarak nitelendiren kararlarında rastlanmaktadır." İhbar tazminatı" işçinin ihbar süresine ait mahrum kaldığı ücret olduğundan eline geçen net ücret üzerinden hesaplanır.(Y TD 6.4.1953 T E 2055 K 1803 Selçuki sh 217 no 105)

Bu itibarla Yargıtay'ın aynı görüşü sürdüreceği söylenebilir. ¹⁰⁵İhbar önellerine uyulmaması halinde, karşı tarafça talep edilebilecek bir tazminattır. Tazminat deyimi bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında meydana gelecek zararın tazminidir. Burada söz konusu olan ihbar tazminatı ise, ihbar önellerine uymayan tarafı cezalandırmak, önele uyulmadan hizmet sözleşmesine son verilen tarafıda tatmin etmeye yönelik bir cezai tazminattır. Ancak Çenberci' nin İş K md 13/C 4' deki " ayrıca tazminatı isteme hakları " sözlerinin " ihbar tazminatının, tazminat olmadığı anlamına geldiği " yolundaki görüşü benimsenemez. Zira sözkonusu tazminat, ihbar önellerine uyulmadan hizmet sözleşmesinin feshi halinde, ihbar tazminatından ayrı olarak karşı tarafın talep edebileceği maddi ve manevi bir tazminattır. Maddede geçen "ücret" deyimi nedeni ile ihbar tazminatının hukuki niteliğinin " tazminat " olmadığı yorumuna varamayız. ¹⁰⁶

3. İhbar Tazminatının Hesaplanması

Kıdem tazminatının hesaplanmasında olduğu gibi ihbar tazminatının da hesaplanmasında, temel (çıplak) ücrete ek olarak işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün hizmet sözleşmesinden veya toplu hizmet sözleşmesinden yahut yasadan doğan menfaatlarda gözönünde tutulur. (İş K md 14/XI)¹⁰⁷

Yargıtay'ca belirtildiğine göre "ihbar ve kıdem tazminatının hesabına esas

¹⁰⁵(Bkz Yuk Dp 90' da anılan karar)

¹⁰⁶Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 67

¹⁰⁷Çelik,Nuri .-a.g.e - sh 154; Sözek, Sarper- a.g.e sh 170 ; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 339 - 340 ; Esener,Turhan- a.g.e sh 230; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 184; Tunçomağ, Kenan - a.g.e, sh 206-207; Kocaoğlu- a.g.e sh 13; Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988) sh 8 ;Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 68-69

olan ücret kavramına iş karşılığında para veya ayın olarak yapılan ve arizi olmayan her türlü ödemeler ile prim veya yıllık ikramiyeler girer. İhbar tazminatı, işçinin fesih bildirim süresine ilişkin gün sayısı ile kıdem tazminatına esas tutulan (glydirilmiş) bir günlük ücretinin çarpılması suretiyle hesaplanır. ¹⁰⁸

İhbar tazminatının hesaplanması yönünden ameli önem taşıyan husus, işçinin çalıştığı sürenin belirlenmesidir. Önellere belirlenmesinde hizmet sözleşmesinin süresi değil, işçinin bu sözleşme boyunca eylemli olarak (fillen) çalıştığı sürenin önemi bulunduğu Yargıtay' ca benimsenmiş bir esastır. Öbür yandan hizmet süresinin başlangıcı işçinin eylemli olarak işe başladığı tarihtir. ¹⁰⁹İşgücünün işe hazırlık döneminde her an işverenin buyruğuna hazır bulundurulması da eylemli olarak işe başlama gibidir. ¹¹⁰

Anılan sürenin sonu ise fesih bildiriminin karşı tarafa yapıldığı tarihtir. Yasa " bildirim diğer tarafa yapılmasından (. . .) hafta sonra " dediğine göre bildirim yapıldığı gün hesaba katılmamak gerekir. Fakat Anayasa Mahkemesi bir süreye başlangıç olacak günün hesaba katılması gerektiği görüşündedir. ¹¹¹

İhbar tazminatına esas olacak ücret, işçinin son ücretidir. Başka bir deyimle ihbar tazminatı işçiye feshi ihbar önelinin son günündeki ücreti üzerinden hesaplanarak ödenmelidir. ¹¹²

Ancak, işveren ihbar tazminatını peşin ödemek yoluyla hizmet sözleşmesini ihbar önelini beklemeksizin derhal feshetmiş olabilir. Böyle bir

¹⁰⁸Y 9 HD 15.9.1987 T E 987/8823 K 987/7862

¹⁰⁹Yargıtay bir kararında bildirim önelinin işçinin işyerine girişi ile çıkışı arasında geçen süreye göre hesap edileceği belirtilmiştir.(9 HD 10.11.1967 T E 8383 K 10362)

¹¹⁰Saymen, Ferit Hakkı- a.g.e, sh 558

¹¹¹Any. Mah 8.12.1966 T E 5 K 45

¹¹²Süzek, Sarper- a.g.e sh 167

durumda ihbar tazminatına esas olacak ücret, işçinin sözleşmesinin derhal feshedildiği tarihteki gündeliği üzerinden mi , yoksa hizmet sözleşmesi ihbar öneline uygun olarak son erdirilmiş olsaydı bu önelin sonunda işçinin eline geçmesi gereken gündelik üzerinden mi hesaplanacaktır ? İş Hukuku doktrinde, hizmet sözleşmesi ihbar tazminatı peşin ödenmek suretiyle feshedilmişse, işçinin ihbar öneli içinde gerçekleşecek haklarında ücretin hesaplanmasında gözönünde tutulması gerektiği kabul edilmektedir. ¹¹³Yargıtay' da 3008 Sayılı Yasa zamanında vermiş bulunduğu bir çok kararında bu görüşe eğilim göstermiştir. Gerçekten bir HGK kararına göre : " İşçinin ihbar tazminatını almış ve bir ihtirazi kayıt ileri sürmeden işinden ayrılmış olması yasal süre içinde gerçekleşecek bütün işçilik haklarından vazgeçmiş sayılmasını gerektirmez". ¹¹⁴

Buna karşılık, doktrinde ince aksi görüşü savunarak ihbar tazminatı peşin ödendiği takdirde ihbar öneli içinde doğabilecek hakların gözönünde tutulmaması gerektiğini belirtmektedir. ¹¹⁵

Yargıtay' da yeni bir kararında bu doğrultuda hükmetmiştir. " Taraflar arasındaki uyuşmazlık, işverenin işçinin ihbar öneline ait ücretini peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini bozduğu tarihten sonra hizmet süresine göre iki hafta veya yasada yazılı sürenin hesaba katılıp katılmayacağı noktasındadır. Davalı işveren, hizmet sözleşmesini ücreti peşin vermek suretiyle bozmuştur. O anda hizmet sözleşesi sona ermiştir. Artık İş yasasının 13. maddesindeki önellere hesaba katılamaz. ¹¹⁶

Sözleşme' e göre de; İş K' nun 13. maddesinin C bendinin ikinci fıkrası

¹¹³Esener, Turhan- a.g.e sh 227 ; Öguzman, M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 200 ; Çelik, Nuri -a.g.e - sh 232 -233

¹¹⁴HGK 29.5.1963 E 4/39 K 59

¹¹⁵İnci - Hizmet Sözleşmesi sh 19vd

¹¹⁶9 HD 27.2.1975 E 74/28135 K 75/13479

İşverene belirsiz süreli hizmet sözleşmesini ihbar tazminatı ödeyerek derhal feshetme yetkisi vermiştir. İşveren bu bozucu yenilik doğuran hakkını kullandığı zaman ihbar öneli içinde işçi ile işveren arasında herhangi bir hukuki ilişkinin varlığından söz edilemez. İşçi lehine bir hakkın olduğundan da bahsedilemez. Meğer ki fesih hakkı kötüye kullanılmış olsun. ¹¹⁷

O halde ihbar tazminatı peşin ödeme ile verilmişse ödeme tarihindeki ücret üzerinden hesaplanacaktır. Yoksa ihbar öneli sonunda işçinin alması gereken ücret üzerinden değil.

Ihbar tazminatından daha önceden ödenmiş bir ücret varsa bu miktar kesilir. ¹¹⁸Ancak bunun için işverence talepte (takas - mahsup iddiası) bulunulması gerekir. Hakim kendiliğinden (ex officio) işçiye daha önceden ödenen ücret tutarında indirim yapamaz.

Ayrıca, işverenin işçiye ödeyeceği ihbar tazminatı miktarından SSK gereğince sigorta primi kesilmez. ¹¹⁹506 Sayılı Yasada bu konuda bir açıklık yoktur. Sosyal Sigortalar Kurumu, 963 sayılı genelgesi ile Yargıtay kararlarına uygun olarak ihbar tazminatından prim kesilmemesini öngörmüştür. Buna göre, ihbar tazminatları sigorta prim matrahına sokulmayacaktır.

Ücretli izin parasıda ihbar tazminatının hesabına dahil edilemez. ¹²⁰

Gelir Vergisi Yasasının 25. maddesinin 7. bendinde, işten çıkma tazminatlarının vergiden bağımsız olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır. Yargıtay'

¹¹⁷Süzek,Sarper- a.g.e sh 169

¹¹⁸Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 68 ; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 340; Y 9 HD 22.9.1967 T E 7576 K 8056

¹¹⁹Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdî İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 185 ;Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 68 ; Yelekçi,Memduh,İlhami- a.g.e. sh 125

¹²⁰Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 68

ın da belirtildiği gibi ihbar tazminatı bir işten çıkma tazminatıdır. Bundan dolayı vergilenmemesi gerekir. Ancak Maliye Bakanlığı bu görüşe katılmamaktadır. Bakanlığa göre ihbar tazminatları bir işten çıkarma tazminatı olmayıp işçiye ödenen ücret niteliğindedir. Danıştay 4. dairesi 25. 12. 1969 tarih E 69/1446 K 69/6000 sayılı kararı ile " İşten çıkarılan işçilere ödenen ihbar tazminatının peşin ödenen ücret olarak kabul etmiştir. " İstanbul Defterdarlığı 25. 2. 1974 tarih ve 611 sayılı tamimi ile ihbar tazminatlarının ücret gibi vergilenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kesin görüş karşısında ihbar tazminatlarının vergilenmesi gerektiği zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. İhbar tazminatından hem mali denge vergisi hemde damga vergisi kesilecektir. ¹²¹

İhbar tazminatının faizi sözleşmelerden doğma dışında genel hükümlere tabidir . Bu nedenle en yüksek mevduat faizi ihbar tazminatı için değil kıdem tazminatı için öngörülmüştür. ¹²²

İhbar tazminatı ile ilgili diğer önemli bir konuda ihbar tazminatı miktarının sözleşmelerle artırılıp artırılmayacağıdır. Süresi belirli olmayan hizmet sözleşmelerinin, bildirim önelerine uyulmadan feshi halinde ödenecek ihbar tazminatı miktarı İş K md 13/C ' de düzenlenmiştir. Yargıtay'a göre ¹²³bu hüküm kamu düzeni ile ilgilidir ve emredici niteliktedir. Bu nedenle bildirim öneleri sözleşmelerle artırılmış olsa dahi ihbar tazminatında bu önelere ilişkin olarak artırılmasının kararlaştırılmaması gerekir. Bildirim önelerinin artırılması sözkonusu olmadığı halde ihbar tazminatının zamli ödeneceğine ilişkin toplu hizmet sözleşmesi geçersizdir. Zira kamu düzeni ile ilgili hükümler emredici hukuk kurallarıdır ve BK md 19/2 gereğince emredici hükümlere, ahlak kurallarına ve kamu düzenine aykırı olarak yapılan sözleşmeler geçersiz olur. (Bk m. 20)

¹²¹Yelekci a.g.e. sh 125

¹²²Kocaoğlu- a.g.e sh 13

¹²³Y İBK 24.6.1959 T E 31 K 26 ; Y 9 HD 11.2.1966 T E 39 K 59

Yargıtay'ın söz konusu bu kararı , doktrinde eleştirilmiş ve ihbar tazminatı miktarının sözleşmelerle artırılabilceği hakkı savunulmuştur. ¹²⁴

Gerçekten, iş hukuku işçiyi korumak amacına yönelmiş bir hukuk dalıdır. Bu yüzden ekonomik yönden üstün durumda bulunan işverene karşı işçiyi korumak amacıyla emredici hukuk kurallarına geniş uygulama alanı tanımıştır. İş hukuku alanında emredici hukuk kuralları, mutlak emredici ve nisbi emredici olmak üzere iki biçimde karşımıza çıkmaktadır. Mutlak emredici kurallar, değiştirilmesi mümkün olmayan uygulaması mecburi olan kurallardır. Nisbi emredici kurallar ise, işçi yararına değiştirilebilen kurallardır. Ancak hangi hükümlerin mutlak emredici hangilerinin nisbi emredici olduğu yasa tarafından açık (numerus clausus) olarak belirlenmiştir. Halbuki İsviçre BK 'da 1971 yılında yapılan değişiklikle yasadaki mutlak emredici nitelikteki hükümler açıkca belirtilmiştir.

Yargıtay' da bazı kararlarında; iş hukukuna ilişkin hükümlerin yorumunda tereddüde düşüldüğü durumlarda, işçi lehine yorum yapılması gereğinin iş hukukunun ana kaldelerinden olduğu görüşünü savunmuştur. ¹²⁵Yargıtay'ın ¹²⁶başka bir kararında da " İş K' na ilişkin hükümlerin kurali olarak nisbi nitelikte emredici hükümler olduğu şüphe dışıdır" denilerek kamu düzeninin sınırlayıcı etkisinin kural olarak işveren için sözkonusu olduğu belirtilmiştir. Yine aynı kararda, " bu değerlendirmenin yasanın 13 ve 17 maddeleri yönünden geçerli olduğu ve " tarafların toplu hizmet sözleşmelerine işçi yararına olarak yasadakinden farklı hükümler koymalarının caiz ve bu hükümlerin geçerli olduğu" görüşü savunulmuştur. Görüldüğü gibi Yargıtay'ın bu kararında 13.

¹²⁴Çelik,Nuri -a.g.e - sh 154 ; Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 70-71 Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988) sh 8

¹²⁵Y 9 HD 9.4.1968 T E 1957 K 4628

¹²⁶Y 9 HD 10.4.1970 T E 101 K 3487 Yar. İq. Bir. HGK 4. VII 1960 tarih E. 2 , K. 17

maddenin nisbi emredici nitelikte olduğu görüşü ifade edildiği halde, 9 HD' nin yukarıda anılan 12. 1. 1981 tarihli kararında 13. madde hükmünün sadece kamu düzeni ile ilgili olduğu belirtilmiştir. Yargıtay' ın eski tarihli kararlarında ve doktrinde de kabul edildiği gibi İş K 'nunun 13. maddesinin nisbi emredici nitelikte olduğunun kabulü, İş hukukunun en belirgin amacı olan zayıfların korunması ilkesine de uygun düşer.

Diğer taraftan 13. maddenin B bendinde, fesih önelllerinin asgari olduğu ve sözleşme ile artırılabilereği açıkca hükme bağlanmıştır. O halde fesih önelleri sözleşme ile artırılmışsa, önellere uyulmaksızın sözleşmenin feshi halinde, ihbar tazminatı olarak yasal fesih önellilerine ilişkin ücret değil artırılan fesih önelleri ile orantılı olarak artan ücret ödenecektir. ¹²⁷

Nitekim, Yargıtay 'da yukarıda belirtilen aynı kararında ihbar tazminatının artan önellere orantılı olarak artırılabilereği görüşündedir. Ancak Yargıtay yine bu kararında tarafların ihbar tazminatının miktarını doğrudan doğruya sözleşme ile artıramayacağını ifade etmektedir ki bu görüşe katılmak güçtür. Zira madem ki tarafların ihbar önelllerini 13/B hükmüne göre artırmaları halinde ihbar tazminatının miktarını yükseltmeleri mümkündür. O halde taraflara tazminat miktarlarını doğrudan doğruya yükseltme imkanının da tanınması gerekir. ¹²⁸Zira Yargıtay' ında eski kararlarında belirtildiği gibi yasanın 13. maddesi nisbi emredici nitelikte olduğundan, işçi yararına olarak tarafların toplu hizmet sözleşmelerine yasadakinden farklı hükümler koymaları geçerlidir. Diğer taraftan"; İş Yasasının da öngörülen haklar işçi için asgari olup bir taban teşkil

¹²⁷Çelik,Nuri -a.g.e - sh 166 Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 71; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 361; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 227

¹²⁸Çelik,Nuri -a.g.e - sh 166; Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 70,71,72; Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988) .sh 8

eder.Bu tabanın üstüne çıkılabilir.Lakin altına inilemez.¹²⁹

O halde işçi lehine olmak şartıyla, tarafların ihbar tazminatını yasada belirtilen miktardan daha fazla ödenmesini kararlaştırmalarında 13. maddenin ruhuna aykırı bir durum söz konusu olamaz. Ayrıca işçilere tanınan bir hakkın bir sözleşme hükmüyle genişletilmesine engel teşkil eden her hangi bir kural da yoktur.¹³⁰

Kıdem tazminatının hesaplanmasında olduğu gibi ihbar tazminatının hesaplanmasında da, çıplak ücrete ek olarak yasadan, hizmet ve toplu hizmet sözleşmesinden doğan para ve para ile ölçülmesi mümkün tüm çıkarlar dikkate alınacaktır. Ancak, kıdem tazminatının her yılı için ödenecek miktarın en yüksek memurun emekli ikramiyesini geçmesi yasayla engellenmiştir. Aynı durum ihbar tazminatı bakımından geçerli olacak mıdır. ? Hayır. İhbar tazminatının kısıtlanması konusunda kıdem tazminatına benzer bir düzenleme yasada bulunmamaktadır. İşçinin para ve para ile ölçülmesi olanaklı çıkarları toplanarak bulunacak, gündelik ücrete göre hesaplanma yapılacaktır. Sonuç olarak ihbar tazminatında tavan uygulaması yoktur.¹³¹

İhbar ve kıdem tazminatının hesaplanmasında ücretli izin parası göz önünde tutulmaz.¹³²

İşverence, bildirim şartına uyulmadan ilişkiye son verildiğinde hükmedilecek bildirim sürelerine alt ücret tutarındaki tazminata, işçiye bu süreler içinde verilmesi gereken iş arama izni ücreti de dahil olduğundan, işçi

¹²⁹Y 9 HD 10.4.1970 T E 101 K 3487

¹³⁰Y 9 HD 27.11.1969 T E 7945 K 11057

¹³¹Çalık, Şefik- a.g.e sh 123

¹³²Y 9HD 5.5.1976 T E 9145 K 1322

İhbar tazminatı dışında bu hususta bir istekde bulunamaz.¹³³

Yukarıdan beri İhbar tazminatının hesaplanmasında belirlediğimiz ölçütler aynı İhbar tazminatının vasıflı şekli sayılan kötüniyet tazminatı ile sendikâl tazminatın hesaplanmasında da geçerlidir.

II. Kötüniyet Tazminatı

1. Genel Olarak Açıklama

İş K. 13. maddenin sağladığı hizmet sözleşmesine son verme olanağı , işçiye kıyasla çok daha güçlü olan işverence, işçi hak ve özgürlüklerinin kullanılmaması yönünde bir silah olarak başvurmağa elverişli bulunmaktadır. İşveren veya işçi belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesini yasanın öngördüğü usul ve süreler çerçevesinde önceden bildirmek suretiyle feshetmekle beraber, bu hak bazan sosyal amacından saptırılmış , veya karşı tarafa bir zarar vermek kastı şeklinde kısaca "kötüye" kullanılmış olabilir. Gerçekten işverenin bilimsel olarak fesih bildirimine ilişkin şartları yerine getirmek suretiyle, örneğin iş yasalarının kendisine bahsettiği hakları kullanmak isteyen yada böyle bir maksatla şikayette bulunan işçiyi işinden çıkarması, diğer işçileri aynı akıbete uğrama endişesi ile yıldırarak haklarını aramaktan alıkoyması olasılığını doğurabilecektir. Hukuka ve adalete aykırı böyle bir davranışa izin verilmesi söz konusu olamayacağı gibi bunu önleyici ve sonuçlarını giderici etkin tedbirlerinde alınması gereklidir.

İşte modern iş hukuku düşünce tarzında bir işyerinin veya işletmenin sahibinin o işyeri ile ilgili her türlü riski ve sorumluluğu üzerinde taşıyan kişi olarak hizmet sözleşmesini tek taraflı olarak bozma hakkına karşın; ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf durumda bulunan işçinin sözleşmenin sona ermesinde karşılaşacağı ekonomik ve sosyal sıkıntılar gözönüne alınarak, işçiye istihdam güvencesi sağlamak üzere sözleşmenin tek taraflı olarak feshinin

¹³³Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdî İş Hukuku-Gömüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 184 Y 9 HD 9.10.1969 T E 5527 K 9644

sınırlandırılması gerekmektedir. Bu sınırlamanın amacı bir işyerinde çalışmakta olan işçilerin keyfi ve sübjektif nedenlerle işveren tarafından işten atılmasını önlemektir. Bu konu iş hukuku sahasında o kadar önem kazanmıştır ki Almanya ,Fransa ,Belçika, ve Türkiye gibi ülkelerde hakkın kötüye kullanılması teorisiyle feshi ihbar hakkını sınırlandırma yoluna gitmişlerdir. ¹³⁴

Fransız hukuku, hizmet sözleşmesinin feshinde hakkın kötüye kullanılması prensibine geniş yer vermiştir. Ayrıca bu konuda zengin içtihat mevcuttur. Fransız hukukunda, hakkın kötüye kullanılmasını sübjektif esasa dayandıran görüş kabul edilmektedir. Ancak ispat güçlüğü nedeniyle Fransız yüksek mahkemesi kusurun takdirinde " İşletme yararı kıstasına" başvurmaktadır. ¹³⁵

Belçika hukukunda da, taraflar bildirim önelerine uyararak belirsiz süreli hizmet sözleşmelerini feshedebilirler. İşveren işçiye zarar vermek amacıyla veya işçinin yasal bir hakkını kullanması nedeniyle fesih hakkını kullanırsa fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olur. Burada önemli olan ölçüt işverenin fesih hakkını ne amaçla kullandığıdır. Ancak, işverenin sorumluluğu için zarar kastının bulunduğu ispatı oldukça güçtür. ¹³⁶

Bugün, modern iş hukuku feshi ihbar hakkından yararlanmada tarafları eşit kabul eden geleneksel anlayıştan giderek uzaklaşmaktadır. Taraflar arasında feshi ihbar konusunda mevcut bulunan eşitlik ilkesi artık yerini işçinin korunması fikrine bırakmaktadır. ¹³⁷Ancak, belirtmek gerekir ki sadece işçinin iş

¹³⁴Dr İur .Mehmet Kocaoğlu- a.g.e sh 4 (TÜHİS) 1988 Süzek,Sarper- a.g.e sh 26-65; Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 99

¹³⁶Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 99 ;Süzek,Sarper- a.g.e sh 44,54 Kocaoğlu- a.g.e sh 4

¹³⁶Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 99,100; Süzek,Sarper- a.g.e sh 33; Kocaoğlu- a.g.e sh 4

¹³⁷Süzek,Sarper- a.g.e sh 29

devamlılığının sağlanması sorunu üzerinde durarak, ekonominin gereklerini hiç gözönünde tutmamak ta yerinde bir fikir değildir. Bu konuda amaç iş güvencesinin sağlanması ile işletme gereklerini ahenkli bir denge içerisinde birleştirme olmalıdır.

Burada son olarak, feshi ihbar hakkının yasayla ve hakkın kötüye kullanılması ile sınırlanması ilkesi yanında sözleşme ile de işverenin bu hakkını kullanmasına sınırlama getirebileceği hususunu hatırlatalım. ¹³⁸Sözleşme ile sınırlama fesih hakkının kullanılmasını hem yasayla sınırlayan sistemlerde, hem de hakkın kötüye kullanılması ile sınırlayan sistemlerde uygulanabilir.

2. Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması

a-Hakkın Mutlaklığı ve Nisbilik Sorunu

Ferdiyetçi görüşe göre ,kişilere hukuk tarafından tanınan haklar mutlaktır. Hak sahibi hakkını yasanın çizdiği sınırlar içinde kalmak şartıyla dilediği gibi kullanabilir. Bu nedenle de ferdiyetçi görüş hukukta hakkın kötüye kullanılması teorisine yer olmadığını savunmaktadır.

Diğer bir görüşe göre ise, kişilere haklar tanıyan hükümlerin aslında birer sosyal gayesi vardır. Her hak kişiye toplum tarafından aynı zamanda bir sosyal gayenin gerçekleştirilmesi amacıyla tanınmış olduğundan , hak sahibi hakkını bu gaye dışında kullanamaz. Bu nedenle, haklar mutlak değil sosyal gayelere uygun olarak kullanılmalı gerektiğinden nisbidirler. ¹³⁹Hakkın kötüye kullanılması, yasanın harfiyen uygulanmasının adalete aykırı sonuçlar yarattığı hallerde yasayı düzelten bir araç görevini yapmaktadır. ¹⁴⁰

¹³⁸Süzek,Sarper- a.g.e sh 31

¹³⁹Akıpek ,Türk. Med. Huk sh 173-174

¹⁴⁰Süzek,Sarper- a.g.e sh 70

b. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Unsurları

MK' nun 2. maddesi temel alınmak suretiyle hakkın kötüye kullanılmasının unsurlarını genel olarak şöyle tesbit etmek mümkündür:

aa) Hukuken Tanınmış Bir Hakkın Varlığı

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, herşeyden önce kişiye hukuken tanınmış bir hakkın var olması gerekir.

bb) Hakkın Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırı Olarak Kullanılması:

Türk-İsviçre Hukukunda farklı ölçütlerde benimsemekle beraber birçok yazar tarafından MK' nun 2. maddesinin 2. fıkrasının " hakkın sırf gayri ızzar eden sulstimalinden" söz ederken birinci fıkrada yer alan iyiniyet kurallarına işaret ettiği ileri sürülmüştür. Böylece her iki fıkra birbirini tamamlayan bir bütün oluşturmaktadır.

cc) Hakkın Kötüye Kullanılmasından Karşı Tarafın Zarar Görmesi Yada Bir Zarar Tehlikesinin Yaratılması.

c. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Yaptırımı

Bir hakkın başkasına zarar veren kötüye kullanılmasının yasa tarafından himaye edilemeyeceği MK . 2. md. nin 2. fıkrasında belirtilmiştir.

Ancak, hizmet sözleşmesinin kötüniyetle feshinde olduğu gibi bir çok hallerde hakkın kullanılması ile ulaşılmak istenen amaç elde edilmiş ,hukuki sonuç meydana gelmiş olabilir. Bu halde yasada kötüye kullanılan hakların niteliğine uygun özel bir yaptırım öngörülmüş ise bu yaptırım uygulanacaktır. İş K' nun 13. maddesinin C bendinin, Deniz İş K' nun 16. maddesinin D bendinin 2. fıkraları ile Sen K. 'nun 31. maddesinin 6. fıkrasında hizmet sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması özel bir yaptırıma bağlanmış bulunmaktadır. Fesih hakkını kötüye kullanan işveren, anılan hükümlerde öngörülen tazminatları ödemek zorundadır.

3.Hizmet Sözleşmesini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Dayandığı Ölçüt

a. Genel Olarak

Hizmet sözleşmesini fesih hakkının kullanılmasının hangi çizgiden sonra hukuki olmaktan çıkıp hakkın kötüye kullanılması alanına girdiğini belirleyebilmek için, fesih hakkının kötüye kullanılmasının dayandığı ölçütü ortaya çıkarmak zorunludur. Yasakoyucu genellikle kişilere tanıdığı hakların sınırını belirlememektedir. Bu sınırı belirlemek suretiyle hakların kapsamını tesbit etmek görevi doktrin ve uygulamaya düşer. Türk yasakoyucusu da, hizmet sözleşmesinin feshi konusunda aynı doğrultuda davranmış ve fesih hakkının kötüye kullanılmasının dayandığı ölçütü iş yasalarında belirtmemiştir.

Aslında hizmet sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasının, yasakoyucu tarafından kesin bir kıstasa bağlanmaması hakkın kötüye kullanılması teorisinin niteliğine uygun bir davranıştır. Çünkü hakkın kötüye kullanılması teorisi niteliği gereği devamlı evrim içindedir.¹⁴¹Bunun sonucunda tesbit edilecek ölçütlerde bu evrimin yasalarına uygun olarak zaman ve yere göre değişime tabi olurlar.

Kötüye kullanmanın kesin bir ölçüte bağlanması yargısal kararlara bu konuda bir esneklik kazandırır. Böylece mahkemeler iş güvencesinin sağlanması yönünde , fesih hakkının kötüye kullanılmasının uygulama alanını genişletmek olanağı elde ederler.

Aşağıda ele alınacak ölçütler gerek Türk gerek değişik ülkelerin doktrin ve yargısal kararlarında diğerlerine nazaran daha çok rağbet edilen ölçütlerdir.

¹⁴¹Süzek,Sarper- a.g.e sh 75

b. Ölçütlerin Tartışılması

aa) Hakkın Kötüye Kullanılmasını Subjektif Bir Esasa Dayandıran Ölçütler

aaa) Fesih Hakkının Başkasına Zarar Verme Kasdı ile Kullanılması

Adı geçen ölçüt kabul edilecek olursa, hizmet sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanıldığına hükmedebilmek için işveren yada işçinin fesih hakkını sırf karşı tarafa zarar vermek kastıyla kullanılması gerekecektir.

Başkasına zarar vermek kastı, hak sahibine hakim olan gerçek yada en önemli saik ise, buna karşılık bir menfaat sağlamak amacı hak sahibi için ikinci planda kalıyorsa o hallerde de hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna varmak gerekir.

Hak sahibinin başkasına zarar verme kastıyla davrandığını ortaya çıkarabilmek sübjektif , psikolojik bir araştırmayı gerektirir. Bir kimsenin başkasına zarar vermek kastıyla hareket ettiğinin ispatlanması çok güçtür. Hatta bir çok durumda olanaksızdır.

Ayrıca başkasına zarar verme kastı olmaksızında bir hakkın kötüye kullanılması mümkün olabilir.¹⁴²

bbb) Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasını Kusur Kavramına Dayandıran Ölçüt

Bu ölçüte göre, fesih hakkını kullanan kimse kusurun her derecesinden sorumludur. Bu takdirde feshi ihbar hakkını kullanırken yalnız başkasına zarar verme kastı değil , gösterilen bir ihmal , tedbirsizlik yada hafiflik dahi kötüye kullanma sayılabilecektir. Yargıç, davalının fesih hakkını kullanırken aynı

¹⁴² Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 - Medeni Hukuk sh 142

durumda bulunan normal bir kimseden beklenen dikkat ve ihtimamı gösterip göstermediğini araştıracaktır.

Ancak kusur kavramının belirsizliği bu ölçütün yetersiz yönünü oluşturur. Öte yandan, hizmet sözleşmesini fesheden tarafın kusurlu bulunduğuunun tayini psikolojik bir araştırmayı gerektirmesi nedeni ile güçlük taşır.

bb) Hakkın Kötüye Kullanılmasını Objektif Bir Esasa Dayandıran Ölçütler

aaa) Fesih Hakkının Meşru Bir Menfaat Bulunmaksızın Kullanılması yada Karşılıklı Menfaatler Arasında Aşırı Dengesizlik Yaratılması

Hukuk doktrini tarafından genellikle subjektif ölçütler terk edilmekte hakkın kötüye kullanılmasını objektif esaslara dayandıran ölçütler benimsenmektedir. Söz konusu ölçüte göre hakkın kötüye kullanılması bir hakkın kullanılmasının hak sahibine hiçbir meşru menfaat sağlamaması , buna karşılık başkasını zarara sokması halinde ortaya çıkar. ¹⁴³

Kural olarak hiç kimse hakkını kullanırken bundan elde edeceği menfaat ile karşı tarafın uğrayacağı zararı kıyaslamak zorunda değildir. Ancak, hak sahibinin hakkını kullanması sonucu elde edeceği menfaat karşı tarafın uğrayacağı zarara oranla son derece önemsiz ise hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilir. ¹⁴⁴

Bu ölçütün, hizmet sözleşmesini fesih hakkının kullanılmasının uygulama alanını başkasına zarar vermek ölçütüne nazaran biraz genişleteceğini kabul etmekle beraber yine de iş devamlılığını korumak bakımından yetersiz olduğunu

¹⁴³Süzek, Sarper - a.g.e sh.80

¹⁴⁴Oğuzman, M.Kemal - Medeni Hukuku, İstanbul 1971, sh 144

bellirmek gerekir. ¹⁴⁵

bbb- Fesih Hakkının Sosyal Amacından Saptırılması

Haklar kişilere hukuk düzeni tarafından belirli bir sosyal amacın gerçekleştirilmesi gayesiyle tanınmıştır. Bu nedenle sosyal amaçlarına uygun şekilde kullanılmaları gerekir. İşçi yada işveren feshi ihbar hakkını kullanırken sadece kendisini düşünür ve elde edilmek istenen sosyal amacı ihmal ederse, hakkını sosyal amacından saptırarak başka bir deyimle kötüye kullanmış olur. Türk Hukuk doktrinde Saymen İş K' nun 13. maddesinde yasakoyucunun hakkın sosyal amacından saptırılması ölçütüne bağlandığı görülmektedir. ¹⁴⁶

Hizmet sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasında hakkın sosyal amacından saptırılması ölçütü esas alınacak olursa, öncelikle feshi ihbar hakkının hangi amaç ile taraflara tanındığının tesbit edilmesi gerekir. İşçiye feshi ihbar hakkı gerektiğin de kişisel özgürlüğünü tekrar elde edebilmesi amacıyla tanındığı halde, işverene bu hakkın tanınmasının nedeni işveren tarafından işletmenin daha iyi bir şekilde işletilebilmesinin sağlanabilmesidir.

ccc) Fesih Hakkının İşletme Yararı Dışında Kullanılması

İşçinin feshe karşı korunmasında bir çok AET ülkeleri hukukunda "işletme yararı ölçütü" ortak bir ölçüt olarak kullanılmaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 119 Sayılı Kararında da aynı ölçüt önerilmiştir. Görüldüğü gibi işletme yararı ölçütü, modern iş hukukunda büyük ilgi görmüştür.

Bu ölçüte göre, sadece işletme yararına olmayan fesihler değil aynı zamanda işletme yararı ile ilgisi bulunmayan işten çıkarmalarda bir hakkın

¹⁴⁵Süzek, Sarper- a.g.e sh 80

¹⁴⁶Saymen - İş Hukuku sh 566-567

kötüye kullanılmasıdır. ¹⁴⁷

ddd) Fesih Hakkının Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırı Olarak Kullanılması

Türk -İsviçre Hukukunda bir çok yazar, MK' nun 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş bulunan objektif iyiniyet kurallarının, hakkın kötüye kullanılmasının ölçütünü oluşturduğu görüşündedir. ¹⁴⁸

İsviçre federal mahkemesi ve Yargıtay birçok olayda bu ölçütü esas almıştır. ¹⁴⁹

Hizmet sözleşmesini fesih hakkının kullanılmasında iyiniyet kurallarına aykırılık ölçü olarak kabul edilecek olursa, işveren fesih hakkını kullanırken dürüst namuslu ve makul bir işverenden beklenen şekilde davranmak sorunda kalacaktır. Esasen güven teorisine göre karşı taraf böyle bir davranış tarzını beklemekte haklıdır.

Bu ölçüt genel bir ölçüttür. Şu anlamdaki, bu ölçüt uygulandığı takdirde tarafların fesih hakkını kullanırken yukarıda incelediğimiz ölçütlerden herhangi birine uygun davranışı bir kötüye kullanma için yeterli sayılacaktır. ¹⁵⁰

c. Değerlendirme

Hizmet sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasında en uygun ölçütü belirleyebilmek için, iş hukukunun işçiyi koruyucu bir hukuk dalı mı,

¹⁴⁷Esener, Turhan- a.g.e - İş Hukuku sh 234

¹⁴⁸Esener, Turhan- a.g.e - sh 234; Akipek Türk Medeni Hukuku sh 180-181

¹⁴⁹9 HD 23.5.1967, E 4898 K 4415; 9 HD 24.9.1968 ,E 8428 K 11109

¹⁵⁰ Oğuzman, M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 209

yoksa bir denge hukuku mu olduğu sorunu izerinde durmak gerekir. ¹⁵¹

Toplum dzenini ve barışını sağlamaya yönelik gercek denge işçi ve işvereni eşit kabul eden bir anlayışla değil ancak bu ilişkinin güçsüz tarafı olan işçinin korunması ile kurulabilir.

Yargıtay " İş K' nu , işverenden önce işçinin hukuki menfaatlerini korumak amacıyla konulmuş bir yasadır" demek suretiyle İş K' daki hükümlerin işçiyi koruyucu niteliğini belirlemiştir. ¹⁵²Yine Yargıtay " iş hukukuna ait hükümlerin yorumunda duraksama halinde, işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi iş hukukunun ana kaldelerindedir" diyerek işçi lehine yorum kuralını kabul etmiştir.

d.Yürürlükteki Hukuk Bakımından Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Dayandığı Ölçüt

İş hukuku esas itibariyle işçiyi koruyucu nitelikte bir hukuk dalı olduğuna göre, fesih hakkının kötüye kullanılmasının uygulama alanı en fazla genişleten ölçütün tercihi zorunludur.

İş yasalarında, hizmet sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasının hangi ölçüte dayandığı belirtilmemiştir. İş yasalarında bu konuda boşluk olduğuna göre, genel yasa niteliğinde bulunan Medeni Kanuna başvurmamız gerekmektedir. ¹⁵³Medeni Kanunu' muzda, hakkın kötüye kullanılmasının hangi ölçüte dayandırılmış olduğu ise tartışmalı bir konudur. Bununla birlikte objektif iyiniyet kurallarına aykırılık ölçütünün doktrinde hakim görüş tarafından benimsendiği söylenebilir. Yargıtay'ımızda bir çok kararında bu durumu dile getirmiştir.

¹⁵¹Süzek,Sarper- a.g.e sh 87

¹⁵² Y 4. HD 4.3.1957 E 342 K 1166

¹⁵³Süzek,Sarper- a.g.e sh 89 ; Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 100

Objektif iyiniyet kuralı ölçütü kabul edildiğinde, diğer ölçütlere uygun davranışta bu genel ölçüt içinde değerlendirilecek ve bir hakkın kötüye kullanılmasından söz edilecektir.

İş yasalarında, fesih hakkının kötüye kullanılması durumu ve müeyyidesi düzenlenmiştir. (İş K md 13/C -f 3, DİK md 16/D ,f 2) Basın İş Kanununda bu konu ile ilgili hüküm yoktur. Ancak, diğer iş yasalarındaki hükümler Basın İş Kanun' unun kapsamına giren işveren ve işçiler hakkında da uygulanabilir. ¹⁵⁴

e. Yapılacak Yasa Bakımından Öneriler

Objektif iyiniyet kurallarına aykırılık geniş bir ölçüt olmakla beraber bu ölçüt belirli bir ölçüde de soyut olmak sakıncası taşımaktadır. Daha somut, sorunun çözümünü işletme düzeyinde kolaylaştıran ve günümüz iş hukuku ihtiyaçlarını karşılayan bir ölçütün seçilmesinde yarar vardır. Bu nedenle, hukukumuzda yapılacak değişiklik bakımından feshi ihbarı hakkın kötüye kullanılması ile ilgili ölçütün terkedilerek, feshi ihbar hakkını yasayla sınırlayan sisteme geçilmesi ve bu sistem içinde de işletme yararı ölçütünün uygulanması önerilebilir. ¹⁵⁵

4.HizmetSözleşmesini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının Tanımı:

İşverenin herhangi bir neden göstermeden ama önceden bildirerek işçiyi işten çıkarma hakkı olmasına karşın , bazı durumlarda yukarıda açıkladığımız gibi bu hakkı işçiye zarar vermek amacıyla kullanabilir. Bu durumu dikkate alan yasa koyucu, bu tür işten çıkarmalarda farklı bir tazminat türü öngörmüştür. İş yasasının 13. maddesinde belirtilen bu tazminat " kötüniyet tazminatı " olarak adlandırılmaktadır.

İş Yasasında; işçinin sendikaya üye olması, şikayet başvurusu gibi

¹⁵⁴Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 100

¹⁵⁵Süzek,Sarper- a.g.e sh 91-92

nedenlerle işverence işinden çıkarılması durumunda ve genel olarak hizmet sözleşsinin feshi hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumların işçi tarafından ispatı durumunda , işverenin ihbar sürelerine ait ücretin üç katı tutarında ödeyeceği tazminata " kötüniyet tazminatı " denilmektedir.¹⁵⁶

Bu hükme göre ; kötüniyet tazminatına karar verebilmek için işverenin fesh hakkını kötüye kullanmış olması gerekir. İşverenin bildirim öneline uygun hareket etmiş olup olmamasının sonuca bir etkisi yoktur.¹⁵⁷

Yasa, fesh hakkının kötüye kullanılmasına misal olarak iki durumu göstermektedir. Bunlar , işçinin sendikaya üye olması ve şikayete başvurmaları halleridir. Bu haller dışında işverenin başka bir nedenle feseh hakkını kötüye kullanması durumunda yine kötüniyet tazminatına hükmedilebilecektir. Yani yasa, fesh hakkını kötüye kullanma hallerine sınır getirmemiş , bunun takdirini hakime bırakmıştır.¹⁵⁸ Ancak, bir hakkın kötüye kullanılması durumunun hakimce tesbiti için işverenin feshi ihbar nedenini açıklaması, işçisinde bu feshin kötüniyetle yapıldığını ispatlaması lazımdır.¹⁵⁹

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sözleşmeyi bozma hakkının kötüye kullanımı konusunda genel bir ölçüt verilmemiş ; sadece bazı örnekler gösterilmekle yetinilmiştir. Fakat bu örnekler ve hükmün konuluş amacı gözönünde tutulmak suretiyle bir ölçü saptamak mümkün olsa gerek. Buna göre, işçi hak ve özgürlüklerinin kullanılmasını önleme amacının söz konusu

¹⁵⁶Çalık, Şefik- a.g.e sh 24; Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 103; Esener,Turhan- a.g.e sh 232,233; Özkul, Aydın- a.g.e sh 13; Süzek,Sarper- a.g.e sh 161; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 187 ; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 209; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 155; Kocaoğlu- a.g.e sh 14

¹⁵⁷Özkul, Aydın- a.g.e sh 13

¹⁵⁸Özkul, Aydın- a.g.e sh 13; Esener,Turhan- a.g.e sh 233

¹⁵⁹ Esener,Turhan- a.g.e sh 233,134

olduğu bütün durumlarda hizmet sözleşmesinin sona erdirme hakkının kötüye kullanılmış olduğu kabul edilmelidir.¹⁶⁰

şu duruma göre , feshin bildirimiyle işçinin durumu arasında bir bağlantının varlığı zorunludur. Bu yön işçinin şikayet hakkını kullanması ile ilgili olarak bir Yargıtay kararında açıkca ifade olunmuştur. Sözü edilen karara göre " Kötüniyetle feshin kabulü için işçinin başvurmamasının haklı veya haksız olmasının kural olarak bir etkisi yoktur. Zira İş K' nin 13. maddesi metninde şikayetin haklı olma şartı öngörlmş değildir. Böylece davacıların şikayetleriyle, hizmet sözleşmesinin feshi arasındaki bağlantının varlığı halinde kötüniyetin var olduğunun kabulü gerekir."¹⁶¹

Kötüniyet tazminatı kavramını tanımladıktan sonra şimdi de hizmet sözleşmesini feshin hakkının kötüye kullanılmasının unsurlarını saptamaya çalışalım.

5. Hizmet Sözleşmesini Feshin Hakkının Kötüye Kullanılmasının Unsurları

a.Hizmet Sözleşmesini Feshin Hakkının Varlığı

aa.Belirsiz Süreli Hizmet Sözleşmesi

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için herşeyden önce kişiye hukuken tanınmış bir hakkın var olması gerekir. Bu itibarla hizmet sözleşmesini feshin hakkının kötüye kullanılmasının ilk unsurunu , sözleşmenin taraflarının feshi ihbar hakkına sahip olması oluşturmaktadır.

Kural olarak, feshi ihbar hakkı taraflar arasında belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesinin yapılmasıyla doğar. Belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesinin varlığı taraflar lehine feshi ihbar hakkının doğumu için yeterlidir, başka bir şart

¹⁶⁰Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 353

¹⁶¹Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 353,354

aranmaz.Ancak istisnaen belirli süreli hizmet sözleşmelerinin de feshi ihbarla sona erdirilmesi mümkündür.¹⁶²

Türk hukukunda, feshi ihbar hakkının doğumu için kural olarak hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olması gerekir. Ne varki sözleşmenin belirli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu her zaman kolaylıkla bellrikenmemektedir.Duraksama halinde, işçinin korunması ilkesine uygun olarak hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunun kabulü yerinde olur.¹⁶³

Nitekim Yargıtay' imıza göre " hizmet sözleşmelerinin süresi belirli olmayan birer sözleşme olması asıldır. Sözleşin süresinin belirli olduğunu iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekir".¹⁶⁴

aaa) Zincirleme Hizmet Sözleşmeleri

Zincirleme hizmet sözleşmelerinin, belirsiz süreli tek bir hizmet sözleşmesi olduğunu, Yargıtay' imızın görüşünde bu doğrultuda olduğunu yukarıda zincirleme hizmet sözleşmelerinin feshi bölümünde açıkladığımızdan burada ayrıntılı açıklama yapmaktan kaçınacağız.(Bkz &2.III.1.a)

bbb) Azami Süreli Hizmet Sözleşmeleri

Taraflar sözleşmeye belirli bir süre koyarlar. Bu süre içerisinde feshi ihbar haklarını saklı tutarlar. Kararlaştırılan süresinin bitiminde sözleşme kendiliğinden sona erer.¹⁶⁵

¹⁶² Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 160-162; 214-217

¹⁶³Süzek,Sarper- a.g.e sh 99-100

¹⁶⁴HGK 23.12.1964 E 1252/ D 9 K 851

¹⁶⁵Esener,Turhan- a.g.e sh 143; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 12

ccc) Asgari Süreli Hizmet Sözleşmeleri

Taraflar feshi ihbar yolu ile sözleşmeyi feshedemeyecekleri belirli bir süre belirlemekte , bu sürenin bitiminden sonra ise her zaman feshi ihbar hakkının kullanılabilceğini kararlaştırmaktadır.¹⁶⁶

ddd) Bellirlenen Sürenin Dolmasından Önce Fesih Bildiriminin Aranması

Bazen taraflar hizmet sözleşmelerinde bir süre belirlemekte ancak, bu sürenin bitiminde sözleşmenin sona erebilmesi için belirli bir zaman önce fesih ihbar edilmesi gerektiğini kararlaştırmaktadırlar. Kararlaştırılan sürenin sözleşmenin devamını değil , feshi ihbar hakkının sınırlaması ve hizmet sözleşmesinin sona erebilmesinin ancak feshi ihbarla mümkün olması nedeniyle bu tür sözleşmelerde belirsiz süreli saymak gerekir.¹⁶⁷

b. Usulsüz Fesih Bildirimi

Feshi ihbar hakkının doğumu için yukarıda incelediğimiz şekilde taraflar arasında belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesinin varlığı gerekir. Ancak usulüne uygun bir feshi ihbardan söz edebilmek için ayrıca feshi ihbar hakkının yasada öngörülen şartlara uygun olarak kullanılması gerekir. (İK. 13/A DİK 16/3 BİK 6,7) Aksil takdirde, yapılan fesih bir usulsüz feshi ihbar oluşturur ve buna ilişkin yaptırım uygulanır. (İşK 13/C .1 DİK 16/D .1)

İşveren belirsiz süreli hizmet sözleşmesini , feshi ihbar önellerine uyarak her zaman sona erdirebileceği gibi , işçinin bu önellere ilişkin ücretini peşin ödemek suretiyle ortadan kaldırabilir.(İK 13/C .2) Peşin ödeme yapılmak suretiyle yapılan feshinde iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanılması gerekir,

¹⁶⁶ Oğuzman, M. Kemal- Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 13

¹⁶⁷ Oğuzman, M. Kemal- Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 13-14

aksi takdirde işten çıkarma bir hakkın kötüye kullanımını oluşturur.

Usulsüz feshi ihbarda aynen usulüne uygun feshi ihbar gibi hizmet sözleşmesini sona erdirir. Ancak, bunun yanında hizmet sözleşmesinin feshi ihbar önellerine uymaksızın fesheden işçi yada işveren bu sürelerle ilişkin ücret tutarında tazminat (ihbar tazminatı) ödemek zorundadır. (İK 13/C 1; DİK 16/D.1)

Feshi ihbar hakkı ister usulüne uygun, ister usulsüz feshedilmiş olsun, objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılmışsa bu takdirde kötüniyet tazminatı yada şartları varsa sendikal tazminat talep edilebilir.¹⁶⁸

b. Hizmet Sözleşmesini Fesh Hakkının Objektif İyiniyet Kurallarına Aykırı Olarak Kullanılması

Fesh hakkının kötüye kullanılmasının bir diğer unsurunu, bu hakkın objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılması oluşturur.

aa.Haklı Neden -Meşru Neden Ayrımı

İş K madde 17 ' de belirlenen nedenler işveren açısından hizmet sözleşmesini sona erdirmeye hak kazandıran " haklı nedenler " olup bu nedenlerden birinin varlığı durumunda işveren, hizmet sözleşmesine derhal önel vermeksizin son verebilir.

Meşru fesh nedenleri ise bir haklı fesh nedeni oluşturacak ağırlıkta bulunmama ile birlikte, işverene feshi ihbar önellerine uyararak belirsiz süreli hizmet sözleşmesine son verme olanağı sağlayan nedenlerdir. Meşru nedenlere uygun olarak yapılan feshi ihbarlar bir hakkın kötüye kullanımını

¹⁶⁸ Oğuzman, M. Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Ahdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 209

oluşturmayacaktır.¹⁶⁹

Yargıtay' ın kararları, fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda ödenecek tazminatlar bakımından oldukça zengin ve yerleşmiş bulunmakla beraber hangi nedenlerle yapılan feshi ihbarların kötüye kullanma oluşturacağı hususunda o ölçüde doyurucu değildir. Feshi ihbar nedenlerinin tartışılmasına Yargıtay' ın kararlarında seyrek olarak rastlanmaktadır. Türk hukuk doktrininde de genel olarak feshi ihbar nedenlerinin tartışılmasına inilmiştir.

Aşağıda meşru feshi ihbar nedenleri incelenecek ve sistemli bir şekilde sınırlandırılacaktır.

bb.Fesih Bildirimi Hakkının İşveren Tarafından Kullanılması

aaa) Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturmayan Fesih Bildirimi Nedenleri.

aaaa) Fesih Hakkının İşletmenin Ekonomik ve Teknik Gereklere Nedeniyle Kullanılması

İşletmenin ekonomik ve teknik gereklere en doğal fesih bildirim nedenleridir. Bu tür nedenler ortaya çıktığı takdirde İşverenin İşçinin hizmet sözleşmesini feshetmesi meşru bir nedendir ve objektif iyiniyet kurallarına uygundur. İşveren işletmesini ekonomik ve teknik bakımdan istediği yönde ve en etkin üretim tarzını sağlayacak şekilde düzenlemek yetkisine sahiptir.¹⁷⁰

Yargıtay kökleşmiş kararları ile, işyerinde ortaya çıkan indirim zorunluluğu sonucunda hizmet sözleşmesinin feshedilmesinin bir hakkın kötüye kullanımı sayılmayacağını belirtmiştir. Yargıtay' a göre " davacı İşveren tarafından işyerinde hasıl olan tenkısat zaruretinin icablarına uyularak ve yasal eşgal ve merasime riayetle işinden çıkarılmıştır. Bilirkişi tarafından verilen

¹⁶⁹Süzek,Sarper- a.g.e sh 111

¹⁷⁰Süzek,Sarper- a.g.e sh 115

raporda da belirtildiği gibi işyerine tatbikine lüzum olan tenkîsatın usulüne uygun yapıldığı bunun zaruri nedenlere müstenîf bulunduğu bir hakikatı vakiadır. Şu hasıla muvacehesinde davacının sendika faaliyetlerinden dolayı işinden çıkarıldığına dokunan iddialar subuta ulaşmamış hakimîn vicdani kanaatî tenvir ve tatminden uzak bulunmuş ikame olunan şahitlerde hakimîn vicdani kanaatîni temin etmemiştir.¹⁷¹

İşverenîn daha ucuz emek bulmak amacıyla yaptığı feshî ihbarlar bir hakkîn kötûye kullanılmasını oluşturur. Çünkü işveren işçilerin toplu sözleşmeden doğan haklarını ödemekten kaçınmak amacıyla hizmet sözleşmelerini feshî ihbar etmektedir.¹⁷²

İşletmenin ekonomik ve teknik gerekleri feshî ihbarla işten çıkarmaya olanak tanıdığına göre bu nedenlere dayanarak işçînin işini yada işyerini değiştirebileceğini öncelikle kabul etmek gerekir. Ancak, bu yapılırken işçînin ücretinde ve diğer çalışma şartlarında aleyhe bir değişiklik yapılmamalıdır. Yargıtay'ımız da "iş gereklerinden doğduğu takdirde naklin mümkün olduğunu bunun bir hakkîn kötûye kullanımını teşkil etmeyeceğine" karar vermiştir.¹⁷³

Buna karşılık, işletme ile ilgili hiçbir teknik zorunluluk bulunmamaksızın işin yada işyerinin değiştirilmesi iyi niyet kurallarına aykırıdır. İşin değiştirilmesi işletmenin teknik zorunluluklardan doğmuş bulunsa bile, iş şartlarının işçî aleyhine esaslı şekilde değiştirilmemesi gerekir. Böyle bir değişimi kabul etmeyen işçînin hizmet sözleşmesinin feshî ihbar edilmesinde bir hakkîn kötûye kullanımı sayılmalıdır.¹⁷⁴

¹⁷¹9 HD 26.11967 E 71 K 600

¹⁷²Süzek, Sarper- a.g.e sh 117

¹⁷³9 HD 26.6.1966 E 4045 K 4218

¹⁷⁴Süzek, Sarper- a.g.e sh 119

İşçinin ücretinde tek taraflı olarak indirim yapılması ve işçinin bunu kabul etmemesi halinde, hizmet sözleşmesinin feshedilmesi iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Nitekim Yargıtay' a göre " toplanan delillere göre davalı idarenin davacı işçiye daha dūn bir ücret karşılığı kadro teklif ettiği ,teklifin kabul edilmemesi nedeni ile hizmet sözleşmesinin tek yanlı bir indirim yapılmayacağına göre böyle bir teklifin kabul edilmemesi sonucu çıkarma olayı iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz".¹⁷⁵

İşçinin öncekine göre daha aşağı bir işi yada önceden buyruğunda çalışmış bir kimsenin emri altında çalışmayı kabul etmemesi halinde yapılan feshi meşru sayılamaz. Nitekim Yargıtay ' da " İş değiştirmelerin onur kırıcı nitelikte bulunmaması" gereği üzerinde de durmuştur.¹⁷⁶

İşçinin daha üst seviyede bir işe devamlı olarak geçirilmesi halinde de, kendisine bir üst kademenin ücretinin ödenmesi gerekir. Eski ücreti ile çalışmayı kabul etmeyen işçinin işten çıkarılması bir hakkın kötüye kullanılmasıdır.¹⁷⁷

Yargıtay ' a göre " işyerinin kapanması halinde de işveren işçiye feshi ihbarda bulunmak zorundadır. Eksik verilen feshi bildirim müddetinin bakiye kısmına ait tazminatın ödenmesi lazımdır. İşyerinin kapanması meşru bir feshi bildirim nedeni olup bu nedenle yapılan feshi bir kötüye kullanma teşkil etmez".¹⁷⁸

bbbb) Feshi Hakkının İşçinin Hafif Kusurlu Davranışları Nedeniyle Kullanılması

Bellirtmeli ki işçinin kusuru İş K' nun 17. maddesinin 2 bendinin

¹⁷⁵g HD 17.6.1969 E 3078 K 7449

¹⁷⁶g HD 15.11.1971 E.17614 , K.22586

¹⁷⁷Süzek,Sarper- a.g.e sh 120-121

¹⁷⁸g HD 6.10.1969 E 8317 K 9484

kapsamına girecek nitelikte ise işveren derhal haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir. Buna karşılık, işçi hafif kusurlu yada mesleki bakımdan yetersizse bu bir meşru fesih bildirimini nedenini oluşturur. İşveren ihbar önellerine uyarak hizmet sözleşmesine son verebilir.¹⁷⁹

Yargıtay'ımız da, hizmet sözleşmesinin işçinin hafif kusurlu davranışı nedeniyle feshedilmesi halinde kötüniyet tazminatına hükmedilemeyeceği görüşündedir. Yargıtay' a göre " işverenin makınada meydana gelen hasardan davacı işçiyi sorumlu tutan eylemini kötüniyet olarak kabul etmek mümkün değildir. O halde mahkemenin doğrulanmamış kötüniyet isteğini kabul ederek bu tazminatı da hüküm altına alması usul ve yasa aykırıdır".¹⁸⁰

İyiniyet kurallarına uygun davranan işverenin, işçinin mesleki yeteneği yada verimini takdir ve işçiyi yetersiz bulduğu takdirde hizmet sözleşmesini fesih hakkını kabul etmek gerekir. Mesleki yetersizlik konusunda şunu da eklemeliyiz ki, işveren kendi davranışı ile bu durumu yaratmış olmamalıdır. İşçinin işini yerine getirebilmesi için gerekli araçları ve talimatı vermediği halde bu nedene dayanarak işverenin hizmet sözleşmesini feshetmesi iyiniyet kurallarına aykırıdır.¹⁸¹

Bir iş kazası yada hastalık neticesinde işçinin mesleki yeteneği iş verimi azalmış olabilir. Bu durumda bulunan işçilerinde işine son verilmesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz.¹⁸²

İşçi ile işveren arasındaki geçimsizlik işyerindeki ahengi bozacak nitelikte ise yapılan fesih bildirimini objektif iyiniyet kurallarına uygundur. İşçiler arasında

¹⁷⁹Süzek,Sarper- a.g.e sh 124-125; Saymen,Ferit Hakkı- a.g.e, sh 564

¹⁸⁰9 HD 22.9.1967 E 7544 K 8040

¹⁸¹Süzek,Sarper- a.g.e sh 126

¹⁸²Süzek,Sarper- a.g.e sh 127

geçimsizliğin varlığında meşru bir fesih bildirimli nedeni oluşturabilir.¹⁸³

bbb) Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılan Fesih Bildirimli Nedenleri

aaaa) Fesih Hakkının İşçinin Sendikal Özgürlüklerden Yararlanması Nedeniyle Kullanılması

Fesih bildirimli hakkının işçinin sendikal hak ve özgürlüklerinden yararlanmasını önlemek amacı ile kullanılması belki de fesih hakkının kötüye kullanılmasının en önemli örneğini oluşturur.

İş K' nun 13. maddesin de fesih hakkının kötüye kullanılmasına örnek oluşturacak haller belirtilirken başta işçinin sendikaya üye olması nedeniyle çıkarılması sayılmıştır.(İş K 13/C .3)

Uygulamada Yargıtay' ımız sendikal hak ve özgürlüklerin korunması hususunda titiz davranmakta bu nedenle yapılan işten çıkarmalara karşı içtihadını yerleştirmiş bulunmaktadır.YHGK' na göre;" Davacı işçinin sendikaya üye olması nedeniyle hizmet sözleşsinin feshedilmesi bir hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Ancak davacı işçinin mücerret sendikaya kayıtlı üye yada işçi temsilcisi olması böyle bir iddiayı ispata yeterli değildir.Ayrıca işten çıkarmanın işçinin sendikaya üye olması nedeniyle yapıldığının ispatlanması gerekir".¹⁸⁴

İşveren İşletmenin ekonomik ve teknik gerekleri nedeniyle işçi çıkarırken işyerinde kurulan sendikaların üyeleri arasında açık bir tercih yapmamalıdır. Meşru nedenlerle de olsa işverenin sadece bir sendikanın üyesi bulunan işçilerin işine son vermesi ve böyle bir tutumla diğer sendikanın üyelerini

¹⁸³Süzek,Sarper- a.g.e sh 129

¹⁸⁴HGK 19.11.1960 E 969/9 -832 K 832

koruması iyiniyet kurallarına aykırıdır.¹⁸⁵

bbbb) Fesih Hakkının İşçinin Şikayete Başvurması Nedeniyle Kullanılması

İş K' nun da fesih hakkının kötüye kullanılmasına örnek olarak işçinin sendikaya üye olmasından sonra şikayete başvurması nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshi hali gösterilmektedir. (İş K 13/C 3 ;DİK 16/D 2) İşK' nda şikayetin haklı olması şartı öngörülmediğinden işçinin şikayetinin haksız olması durumunda dahi işverenin fesih hakkını kötüye kullandığına hükümlenabılır.¹⁸⁶

cccc) Genel Olarak Hizmet Sözleşmesini Fesih Hakkının Kötüye Kullanıldığını Gösteren Diğer Durumlar

İş K madde 13/C.3' de fesih bildirim hakkının kötüye kullanılmasını oluşturan durumlar sınıflandırılmamış sadece işçinin sendikaya üye olması yada şikayete başvurması nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshi hali örnek olarak gösterilmiştir. Bu örnekler dışında da fesih bildirim hakkı işverence kötüye kullanılabilir.

Bir fesih bildirim hakkının kullanımının objektif iyiniyet kurallarına aykırı kullanılıp - kullanılmadığını her somut olaya göre yargıç belirleyecektir.

Doktrin' de Çenberci işçi hak ve özgürlüklerinin kullanılmasını önleme amacı güden bütün durumlarda hizmet sözleşmesini sona erdirmenin bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağını belirtmektedir.

Buna karşılık işçinin anılan hak ve özgürlüklerini kullanması işyerinin ahengini ve düzenini bozacak nitelikte ise işçiye karşı fesih hakkının kullanılması bir kötüye kullanma sayılmamalıdır.

¹⁸⁵Süzek, Sarper- a.g.e sh 134

¹⁸⁶Esener, Turhan- a.g.e sh 232; Çelik, Nuri -a.g.e - sh 236, 237 9 HD 17.12.1965 E 410/D 4 K 66

Kural olarak işçi özel hayatını, meslek dışı ilişkilerini istediği şekilde düzenleyebilir ve bunlar bir feshi ihbara dayanak yapılamaz. Bununla beraber işçinin özel hayatı işletmenin iyi bir şekilde işletilmesine yada şöhretine zarar verici bir nitelik kazanmışsa, meşru fesih bildirimini nedeni oluşturan nedene dayanarak işverenin fesih bildirimini hakkını kullanması her olayın özel şartlarına göre değerlendirilecektir.¹⁸⁷

Feshi ihbarın ne zaman yapılması gerektiği konusunda İş K ve BK' nda herhangi bir hüküm yer almış değildir. O halde bu hakkın kullanılmasının zaman bakımından sınırını iyiniyet kuralları oluşturur. Fesih bildiriminin uygun bir zamanda yapılması gerekir.¹⁸⁸ Fesih hakkının işveren tarafından işçinin herhangi yasal bir hakkının doğumunu önleyecek bir zamanda kullanılması iyiniyet kurallarına aykırıdır. Örneğin işçinin kıdem tazminatı yada yıllık ücretli izin hakkının doğumunu önleyecek bir zamanda hizmet sözleşmesinin fesih bildirimle edilmesi bu niteliktedir. Yargıç fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının tesbitinde feshi ihbarın yapıldığı zamanı göz önünde tutar.

Feshi ihbarın kullanılma zamanı gibi bu hakkın kullanılış şeklinde bir hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilir. İşveren fesih bildirimini hakkını kullanırken işçiye nedensiz olarak zarar verebilecek onurunu kırarak nitelikte her türlü söz ve davranıştan kaçınmalıdır.¹⁸⁹

¹⁸⁷Süzek, Sarper- a.g.e sh 150,153

¹⁸⁸ Oğuzman, M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-Istanbul 1955 sh 169; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 440; Saymen, Ferit Hakkı- a.g.e, sh 556

¹⁸⁹ Oğuzman, M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-Istanbul 1955 sh 210

cc.Fesih Bildirimi Hakkının İşçi Tarafından Kullanılması

İşçinin fesih hakkını kötüye kullanması durumu nadiren ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber kuşkusuz işçinin fesih hakkını kullanırken iyiniyet kurallarına aykırı davranışı bir kötüye kullanma sayılacaktır. Özellikle işçi tarafından yapılan zamansız yapılan feshi ihbarlar böyledir.

İş K' nun 13. maddesinde, fesih bildirim hakkının işçi tarafından kötüye kullanılması hakkında özel bir hüküm öngörülmemiştir. Bu durum karşısında işveren 13. madde de öngörülen kötüniyet tazminatını fesih hakkını kötüye kullanan işçiden talep edemeyecektir. İşçi tarafından hakkın kötüye kullanılması durumunda MK' nun 2/2 uygulanak ve genel hükümlere göre tazminata hükmedilecektir.

c.Hizmet Sözleşmesini Fesih Hakkının Kullanılmasından Karşı Tarafın Zarar Görmesi Gerekli Değildir.

Genel olarak hakkın kötüye kullanıldığına hükmedebilmek için hakkın kullanılması sonucunda karşı tarafın bir zarar görmesi yada bir zarar tehlikesinin yaratılması gerekir. Ancak bu kural, hizmet sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda geçerliliğini yitirmektedir. Çünkü gerek İş K 13/C -3 ve gerek DİK 16/D.2 ' de işverenin bu konuda ödemekle yükümlü olduğu tazminat götürü ve kesin bir miktar olarak düzenlenmiştir. Bununla beraber işçi fesih hakkının kötüye kullanılması sonucunda kötüniyet tazminatını aşan bir zarara uğrarsa bunu ispat etmesi gerekir.

6.Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması

Haklı nedenle fesih hakkı objektif iyiniyet kuralları gereği artık sözleşmeye devam etmeye zorlanamayacak tarafa hizmet sözleşmesinden kendisini kurtarabilme olanağı sağlar.¹⁹⁰

¹⁹⁰Esener,Turhan- a.g.e sh 219; Çelik,Nuri -a.g.e - sh 216; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 378; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 461; Oğuzman,M.Kemal-Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh 33

Her hak kötüye kullanılabilmesine göre acaba haklı nedenle fesih hakkının da kötüye kullanılması mümkün müdür ?

Doktrin'de bu sorun üzerinde hiç durulmamıştır denilebilir . Hakkın kötüye kullanılması sorunu fesih bildirim çerçevesinde incelenmiştir. Doktrin'deki bu sessizlik haklı nedenle fesih hakkının kötüye kullanılmasının mümkün görülmediği şeklinde yorumlanabilir.¹⁹¹Buna karşılık doktrinde Çenberci ; her hak gibi haklı nedenle fesih hakkınında objektif iyiniyet kurallarına uygun kullanılması gerektiğini ileri sürerek gerçekten önemli bir soruna dikkati çekmektedir.¹⁹²

Yargıtay' a göre " devamsızlık nedenine dayanan haklı nedenle fesih hakkı doğmuş olsa bile işveren bu hakkını iyiniyet kurallarına uygun şekilde kullanmalıdır.¹⁹³Yargıtay' ımız İş K' nun 17. maddesine ilişkin değişik tarihli bir çok kararında her hak gibi haklı nedenle fesih hakkınında objektif iyiniyet kurallarına uygun şekilde kullanılması gerektiğini belirtmiştir.

Esener ise işveren bakımından fesih için haklı bir neden varsa fesih hakkının kötüye kullanılmasının söz konusu olamayacağını belirtmektedir.¹⁹⁴

Her hak kötüye kullanılabilmesine göre haklı nedenle fesih hakkınında kötüye kullanılabilmesi iddia edilebilir. Olayın özelliği İşK 17. maddesine dayanan fesihlerde de fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddiasını bazı durumlarda haklı gösterebilir.Ancak bütün bunlara rağmen haklı nedenle fesih hakkının kötüye kullanılabilmesini iddia yerinde değildir. Herşeyden önce haklı

¹⁹¹Süzek,Sarper- a.g.e sh 20

¹⁹²Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 382,405,426,427

¹⁹³9 HD 23.5.1967, E 4898; K 4415 ; 9 HD 15.10.1971 E 20884 K 21351

¹⁹⁴Esener,Turhan- a.g.e sh 292

nedenle fesih hakkının dayandığı temel buna engel oluşturur.¹⁹⁵

Hakkın kötüye kullanılması teorisinin haklı nedenle fesih hakkına uygulanması pratik bakımdan büyük güçlükler taşır. Ortada haklı bir neden varken başka bir nedenin gerçek etken olduğunun ispatlanması hemen hemen olanaksızdır. Gerçekten işyerine özürsüz devamsızlığı bulunan bir işçinin hizmet sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle değilde, sendikal faaliyete katıldığı nedeniyle feshedildiğinin ispatlanması çok güçtür.¹⁹⁶

Nitekim, Yargıtay' da aşağıda aldığımız kararında bu yönde hükmetmiştir." Hangi hallerde işçiye ihbar kötüniyet ve takdiri tazminat verileceği yasada açıkca gösterilmiştir. İhbar önellerine uyma zorunluluğu olmayan hallerde özellikle haklı nedenle işten çıkarma veya kendiliğinden işten ayrılma hallerinde işçiye ihbar , kötüniyet ve takdiri tazminat lazım gelmez." ¹⁹⁷

III. Maddi ve Manevi tazminat

Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin ihbar önellerine uyulmadan veya kötüniyetle bozulması durumunda, yasa " tarafların ayrıca tazminat isteme haklarının saklı " olduğu belirtilmiştir. (İş K 13/son) Gerek doktrin gerekse Yargıtay' ın görüşü burada söz konusu olan tazminatın hem maddi hemde manevi tazminatı kapsadığı ve genel hükümlere bağlı olduğu yolundadır. ¹⁹⁸

¹⁹⁵Süzek,Sarper- a.g.e sh 23-24

¹⁹⁶Süzek,Sarper- a.g.e sh 24

¹⁹⁷9 HD 28.1.1969 E 15497 K 596

¹⁹⁸Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdî İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 185,186 ; Esener,Turhan- a.g.e sh 236; Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh 209; Süzek,Sarper- a.g.e sh 171,172; Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 72,74 ;Çalık, Şefik- a.g.e sh 27;Kocaoğlu- a.g.e sh 18; Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 363; Y HGK 17.6.1972 T E 1971/9 -173 K 665 sayılı kararında " İş K'nun 13. maddede tarafların ayrıca tazminat isteme hakları bulunduğu yazılıdır.Buradaki tazminat sözcüğüne kapsamı

İhbar tazminatı tarafların bildirim önelerine uymamaları, kötünlyet tazminatı da sözleşmenin kötünlyetle işverence feshedildiğinin belirlenmesi durumunda maddede öngörülen kesin ve götürü miktarın, zarar ispatı şartına bağlanmaksızın karşı tarafa ödenmesini düzenlediği halde, İş K md 13/son ile Den İş K md 16/son 'da düzenlenen maddi ve manevi tazminatı talep edebilmek için zararın varlığının maddi zarar isteklerinde de zarar miktarının ispatlanması gerekir. ¹⁹⁹

Hizmet sözleşmesinin feshinde esasen işçinin bütün hakları verildiği için, maddi bir zararın ortaya çıkması çok nadir durumlar için söz konusu olabilir. Örnek olarak, işverenin davranışı işçinin daha iyi bir iş bulmasına engel olmuşsa bundan doğan zararda ispatlanırsa, işçi ayrıca bu zarar karşılığı maddi bir tazminat isteyebilir. ²⁰⁰Ancak, başka geçen süreler için tazminat talep edilemez. ²⁰¹

Süresi belirsiz olan hizmet sözleşmelerinin feshinde, manevi bir tazminat isteyebilmek için BK. m . 49 esaslarına göre kişilik haklarına , hukuka aykırı bir tecavüz olmalı , yapılan tecavüzde fallin kusuru olmalıdır. Konumuz bakımından ise bütün bunların hizmet sözleşmesinin feshi sonucu meydana geldiği ve manevi zarara soktuğu ispatlanmalıdır. ²⁰²

içine maddi ve manevi tazminat istekleri girmektedir.

¹⁹⁹Süzek,Sarper- a.g.e sh 171,172; Kocaoğlu- a.g.e sh 18; Çalık, Şefik- a.g.e sh 27

²⁰⁰Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 185,186; Kocaoğlu- a.g.e sh 18; Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 73

²⁰¹Kocaoğlu- a.g.e sh 18 ;Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 185,186 Y 9 HD 23.2.1982 E 718 K 2002 ; Y 9 HD 17.5.1984 E 4829 K 5515

²⁰²Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 73,74; Kocaoğlu- a.g.e sh 19;

IV. Sendikal Tazminat

5. 5. 1983 günlü 2821 sayılı SenK' nun " Sendikalara üye olup olmama hürriyetinin teminatı " başlığını taşıyan 31. maddesinin 25. 5. 1988 günlü 3449 Sayılı Yasa ile değişik 5. fıkrasında " işçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları ,iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı bir muameleye tabi tutulamaz" denilmektedir.

2821 sayılı Sen K' nunun 31. md' nin 5. fıkrasının ilk şeklinde " sendikaya üye olmaları veya olmamaları " sözcüklerine yer verilmemişti. Bu sözcükler 25. 5. 1988 günlü 3449 Sayılı Yasa ile 31. maddenin 5. fıkrasına eklenmiştir. Değişiklik yapılmadan önceki dönemde SenK' nun 31. md' nin son fıkrası ile İş K' nun 13. md' nin C bendinin üçüncü fıkrasının uygulanma alanlarının belirlenmesi güçlük arz ediyordu. Her iki madde de işçinin sendika ile ilişkisinden dolayı hizmet sözleşmesine son verilmesi söz konusudur. Sendikaya üye olma nedeni ile işçinin hizmet sözleşmesine son verilmesi durumunda, İş K ' nun 13.md' nin mi yoksa Sen K' nun 31. md ' nin mi uygulanması gerektiği konusunda, öğretide ve Yargısal kararlarda görüş birliği sağlanamamıştı. ²⁰³Yargıtay' ın önceki döneme ilişkin kararlarında, ²⁰⁴İşK' nun 13. md. 'sinde "işçinin sendikaya üye olmasından, Sen K'nun 31. md. ise (eski

Süzek,Sarper- a.g.e sh 174; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh 180; Çalık, Şefik- a.g.e sh 27

²⁰³Özkul, Aydın- a.g.e sh 14; Esener,Turhan- a.g.e sh 189 ,190; Çelik,Nuri - a.g.e - sh 157,158

²⁰⁴Y 9 HD 2.12.1975 E 75/19727 K 75/51578 ; Y HGK 17.12.1975 E 74/9-813 K 75/1960 ;Y HGK 5.5.1982 E 1980/9-38 K 1982/459; Y 9 HD 25.2.1987 E 1987/2137 K 1987/2411Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh.190; Özkul, Aydın- a.g.e sh.14 Çelik,Nuri -a.g.e - sh. 157-158

19. md)"işçi sendika ve konfederasyonların faaliyetlerine katılmalarından sözedildiği için, sendikaya üye olma nedeniyle işçinin hizmet sözleşmesine son verilmesi durumunda, İş K'nun 13. md. nin uygulanması gerektiği belirtilmekteydi. Yine aynı kararlara göre, şayet işçi üyelikle yetinmeyerek sendikal faaliyetlere katılmış ve bu nedenle işine son verilmiş ise Sen K'nun 31. md. 'nin esas alınması zorunluluğu vardı. Öğretide ise aksi görüş savunularak, sendikaya üye olma nedeniyle işe son verilmesi durumunda Sen K. 'nun 31. md. 'nin son fıkrasında öngörülen tazminata karar verilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi.

Yargıtay' in önceki yasa döneminde yerleşen, işçinin sendikal faaliyetlerinin üyelikten sonra başlayabileceğini ve ancak üyelik sıfatının kazanılmasından sonra Sen K md. 31 hükümlerinden yararlanabileceğini ,bu nedenle de sendikaya üye olması dolayısıyla işten çıkarılması durumunda İş K m. 13/C. f. 3 uyarınca kötüniyet tazminatı istenebileceğini deki görüşünü kabul etmek olanağı yoktur. Yargıtay' in görüşünün aksine, Sen K m. 31/3 de açıkça "sendikaya üye olma veya olmama yahut ayrı sendikalara üye olmadan sözedildiğinden madde hükümlerinin sendikaya üye olma"dan sonraki sendikal faaliyetlere ilişkin bulunduğu ileri sürülemez. Diğer yandan Yargıtay' in "sendikaya üye olmak ,sendikal faaliyet sayılmaz, sendikal faaliyet sendikaya girdikten sonra başlayan ve md. 31 yazılı faaliyetlerdir" derken ²⁰⁵sendikal faaliyetler yönünden isabetli olmayan bir ayırım ve sınırlama getirdikten başka,²⁰⁶Sen K md. 31/3 de "sendikaya üye olma" dışında "üye olmamanın" düzenlendiğini de gözden kaçırmaktadır. İşveren bir sendikaya veya belirli bir sendikaya üye olmadığı için işçi hakkında ayırım yaparsa ,örneğin sırf bu nedenle fazla çalışma dışında tutarsa ,işini veya işyerini değiştirirse yahut

²⁰⁵Y9 HD 2.12.1975 E.75/19727 K.75/51578;İHU Sen K (No5);Y 9 HD 8.11.1976 E.76/17923 K.76/20683;İHU SK 19(No:6);Y HGK 5.5.1982 E.1980/9-38 K.1982/9-38;İHU SK (No:12)

²⁰⁶Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdî İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh.191

hizmet sözleşmesini feshederse yapılan işlemin Sen K md. 31/3'e girdiği açıktır. Durum böyle olunca sendikaya üye olmamanın (olumsuz sendika özgürlüğü) üye olmaktan(olumlu sendika özgürlüğü) farklı düzenlemeye tabi tutulduğuna geçerli bir gerekçe göstermek ,sendikaya üye olmayı ,sendikal faaliyetlerden saymamak durumunda olduğu kadar güçtür. ²⁰⁷

Bundan başka, Sen K m. 31/3 de sendika üyesi olmayan işçinin dahi sendikal faaliyetlere katılması dolayısıyla işten çıkarılamayacağı hükme bağlanmış iken, sendikaya üye olmanın madde kapsamı dışında kaldığını savunmakta tutarlı olamaz. ²⁰⁸

Yargıtay' ın görüşünü değiştirmemesi üzerine, doktrinde ileri sürülen eleştirilere uygun olarak SenK 'nun 31 md. 'nin 5. fıkrasına 3449 Sayılı Kanunla yapılan ekle "işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamalarından dolayı da işten çıkarılamayacakları açıkça hükme bağlanmış ve söz konusu durumlarda İş K'nun değil Sendikalar Kanununun uygulanması zorunluluğu yasakoyucu tarafından açık ve seçik olarak benimsenmiş bulunmaktadır. ²⁰⁹Buna göre "sendikaya üye olma" nedeniyle işten çıkarma durumunda işveren, Sen K md. 31/son gereği bir yıllık ücret tutarında tazminat ödeyecektir.

²⁰⁷Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh.192

²⁰⁸Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh. 132

²⁰⁹Çelikk,Nuri -a.g.e - sh. 157-158; Özkul, Aydın- a.g.e sh. 14;Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh. 104-105;Tunçomağ, Kenan -a.g.e, sh.330

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4. DEĞİŞİK TAZMİNATLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

I.Kötüniyet Tazminatının Hukuki Niteliği ve İhbar Tazminatı ile Birleşmesi

İş K'nun 13. maddesinde bildirim şartına uyulmadan fesih (md.13 C.1) ile fesih hakkının kötüye kullanılması (md.13Cf.3) ayrı ayrı düzenlenmiş ve hukuki müeyyidelere bağlanmıştır. Bu nedenle fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddia ve ispat edildiği durumda , ayrıca bildirim sürelerine uyulmaması da söz konusu ise ayrı amaçlara yönelik ve nitelikleri birbirinden farklı müeyyideler olarak, hem feshin kötüye kullanılması karşılığı ve hemde ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekir.²¹⁰

Diğer taraftan kötüniyet tazminatı, hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle ödenen kıdem tazminatından da farklılık gösterir. Zira, kıdem tazminatının ödenebilmesi için ,işçinin belli bir süre çalışmış olması gerekir.²¹¹

Yargıtay ise kötüniyet tazminatı hukuki niteliği itibarı ile ihbar tazminatının nitelikli şekilden ibarettir ve ihbar tazminatı kötüniyet tazminatının içindedir; bu nedenle kötüniyet tazminatına hükmedildiği halde ihbar tazminatına karar verilemez görüşündedir. ²¹²

²¹⁰Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş Ekim 1988) sh .8 ;Özkul, Aydın- a.g.e sh 3 : Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh.103; Tunçomağ, Kenan -a.g.e,sh.209; Çellik,Nuri -a.g.e sh.156; Oğuzman,M.Kemal- Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi-İstanbul 1955 sh.282

²¹¹Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh.103

²¹²Y 9 HD 8.2.1973 E. 25120 K. 1727 İHU İŞ K 13(no3);Y HGK24.1.1979 E.1978/9-581 K.1979/55 İHU İş K (no:13);Y9HD 15.2.1984 E84/705 -K 84/250 İHU İş

Doktrinde Yargıtay' in görüşünü paylaşan yazarlarda ²¹³ bulunmaktadır. Bu yazarlara göre EİK devresinde, işverenin hem fesih bildirimioneline uymaması hem de fesih bildirim hakkının kötüye kullanılması durumunda ,ihbar tazminatı ile birlikte kötüniyet tazminatı da ödemesi gerektiği görüşü doktrinde benimsenmişti.

Yeni İşK. bakımından bu görüş kabul edilemez. Bu durum Yargıtay tarafından da en açık şekilde dile getirilmiştir. Yeni İş K md,13'de,EİK m13'den tamamen farklı olarak "ayrıca" sözcüğünün yer almış bulunmaması bu yönü yeterince kanıtlar.

Çenberci'ye göre; kötüniyet tazminatı isteminin yerinde görülmemesinden ötürü reddi durumunda, eğer şartları varsa ,ihbar tazminatına hükmedilmek gerekir. Çünkü istem, şekil hukuk açısından ihbar tazminatını da kapsamaktadır. ²¹⁴

Ayrıca Çenberci'ye göre, yeni yasa metni, eskiden ayrılarak genel hükümler gereğince tazmin hakkını öngördüğünden, kötüniyet tazminatı genel anlamda "tazminat" olarak kabul edilemez . Hükümün yasaya konuluş nedeni, işvereni hizmet sözleşmesini bozma hakkını kötüye kullanmamaya zorlamaktır. Bu yönden de yasa metninde " tazminat" deyimli teknik anlamda kullanılmış sayılamaz ; bu para gerçekte bir medeni cezadan ibarettir . Böylece kötüniyet tazminatı hukuksal niteliği yönünden bir noktada ihbar tazminatı ile birleşmektedir. Bu nedenlerle giderek şöyle bir yargıya varmak ,sait bir anlatım ve uygulama kolaylığı ötesinde bir hukuki gerçeği de yansıtmaktadır "kötüniyet

K13 (no21)"iş yasasının 13.maddesinin (C) fıkrasının 3. bendi gereğince ihbar önlilerine ait ücretin üç katı tutarı kötüniyet tazminatı olarak verildiği takdirde ,ayrıca aynı fıkranın 1. bendi gereğince ihbar tazminatına hüküm verilmez."Y9HD 31.5.1973 E.6910 ,K 19462

²¹³Süzek,Sarper-a.g.e sh.163-164;Çenberci, Mustafa-a.g.esh,351-353

²¹⁴Çenberci, Mustafa- a.g.e sh 352

tazminatı " bir bakıma "ihbar tazminatının" nitelikli şekliinden ibarettir .²¹⁵

Ancak doktrin de Yargıtay' ın görüşünü paylaşan yazarlar azınlıktadır. Doktrinde hakim görüş, ihbar ve kötüniyet tazminatına birlikte hükmedilebileceği yönündedir.

Hakim görüşe göre ; Yargıtay' ın görüşü ihbar tazminatını ve kötüniyet tazminatını ayrı fıkralarda, amaç ve nitelikleri itibari ile birbirinden bağımsız şekilde düzenleyen İşK'na ters düşmektedir. İhbar tazminatı, tarafların belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin bildirimsiz feshi için öngörülen şartlara gerektiği şekilde uyulmasını sağlamak amacıyla getirilen bir müeyyide iken, kötüniyet tazminatı özellikle işverenin fesih hakkını sosyal amacından saptırmak suretiyle veya karşı tarafa zarar vermek kastı ile kullanılmasının bir müeyyidesidir. Bildirim şartına uyulmadan hizmet sözleşmesi feshedilirken, bu hak ayrıca kötüye kullanılmış olabilir. Fakat fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olmadan da bildirim şartına uymaksızın sözleşmenin feshi yoluna gidilebilir. Bu durum kötüniyet tazminatı ile ihbar tazminatının aynı amaç ve nitelikte olmadıklarını açıkça ortaya koymaktadır. Aksi halde, yani bu tazminatlar aynı nitelikte ise, bildirim şartına uyulduğu durumlarda ya kötüniyet tazminatının da verilmeyeceği veya bildirim süreleri tutarının kötüniyet tazminatından indirilmesi gerekeceği bir sonucuna varılır ki bu sonucun kabulü hiç bir şekilde düşünülemez. Ne varki, ihbar ve kıdem tazminatını aynı nitelikte gören ve bunların birleşemeyeceği görüşünden hareket eden Yargıtay belirtilen konuda da olumsuz bir adım atmıştır. Yargıtay' a göre " kötüniyet tazminatı ihbar tazminatında içerdiğinden ödenmiş olan ihbar tazminatının kötüniyet tazminatından indirilmesi gerekir, davacı işçiye ihbar tazminatı ödendiğinde ayrıca ihbar tazminatının iki misli kötüniyet tazminatı verilmesi gerekir." ²¹⁶

Ayrıca Yargıtay' ın kötüniyet tazminatına hükmedildiği takdirde ihbar tazminatının kötüniyet tazminatının içinde olduğuna dair görüşünün ayrı

²¹⁵Çenberci, Mustafa-a.g.e sh.351-352Süzek, Sarper- a.g.e sh.162,163

²¹⁶Y 9 HD 18.4.1972 E 8018 K 11748; Y HGK 28.5.1982.E 385 K 531

amaçlara yönelik kuralların varlığını ve işlerliğini olumsuz yönde etkileyeceğide bir gerçektir. Örneğin fesih hakkını kötüye kullanan işveren, bildirim sürelerine uygun hareket ettiğinde bildirim sürelerinin üç katı tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olurken, kötüniyet yanında bildirim şartına da uymayan işverende aynı miktarda tazminata mahkum edilecektir. Durum böyle olunca, bir yandan kötüniyetle hareket edenlere bildirim şartına dahi uymamayı özendiren bir yol açılmakta ; diğer yandan kötüniyet tazminatının miktarı da bildirim sürelerinin üç katı yerine iki katına indirilmekte, yaptırım gücü zayıflamakta, bir bakıma kötüniyetli kişilerin korunması sağlanmış olmaktadır. ²¹⁷

Ancak eklemek gerekir ki, Yargıtay' ın yasaya ve her iki tazminatın amaçlarına uygun düşen kararları da vardır. Bunlar, işçinin sendikal faaliyette bulunması nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshedildiği durumlara ilişkin olup, Yargıtay kötüniyet tazminatını daha güçlü bir müeyyide altına alan Sen K ' ndaki (274sy. K md 19, 2821S.K m.31) en az bir yıllık ücret tutarındaki tazminat dışında bildirim sürelerine uyulmamasının yaptırımı olan ihbar tazminatının da ayrıca istenebileceğine karar vermiştir. ²¹⁸Yargıtay' ın bu kararları her ne kadar ihbar tazminatının kötüniyet tazminatı ile birleşemeyeceğine dair görüşü ile çelişki arz ediyorsa da yerinde kararlardır. ²¹⁹

II. Sendikal Tazminatın Niteliği ve Kötüniyet Tazminatıyla Birleşmesi Sorunu

Kötüniyet tazminatı gibi sendikacılık tazminatı da bir medeni ceza olarak nitelendirilmelidir. Sendikal faaliyet dolayısı ile işine son verilen işçinin zararı daha az olsa da, işçi gene Sen K md. 31/son fıkrasına göre ücretinin en az bir

²¹⁷Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988) sh 9

²¹⁸Y 9 HD 18.4.1968 E 13332 K 1388; Y HGK 19.11.1969 E 969/9-832 K 832

²¹⁹Ekonomi,Münir - Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Yolları (Kamu-İş ,Ekim 1988) sh 10

yıllık tutarındaki tazminatı isteyebilecektir. ²²⁰

Yargıtay HGK 'nun 1967 tarihli bir kararında 274 Sayılı Sen K m 19'da yer alan tazminatın medeni bir ceza niteliğinde olduğu, aynı maddenin "işverenin bu madde hükümlerine aykırı hareket etmesi durumunda işçinin İş K ve sair yasalara göre haiz olduğu bütün hakların saklı" olduğuna ilişkin hükmü ise medeni ceza niteliği taşıyan tazminat dışındaki diğer işçi haklarının korunması için konulduğu, bu nedenle de 13. md. dışında ayrıca kötüniyet tazminatına hükmedilemeyeceği ifade edilmiştir" ²²¹

Görüldüğü gibi Yargıtay Sen K m. 31/son 'da görülen tazminat ile İş K m 13/C. 3'de düzenlenen kötüniyet tazminatının birlikte ödenmeyeceği görüşündedir. ²²²Nitekim, Yargıtay içtihatlarında yer alan bu görüş 5. 5. 1983 tarihli yeni Sen K m. 31/VI'da da "sendikâl tazminatın ödenmesi durumunda kötüniyet tazminatının ödenmeyeceği" hükmü ile açık olarak benimsemiş bulunmaktadır .

Yalnız burada bir özelliğe dikkat çekmek gerekmektedir. Şayet eylem (işverenin eylemi) SK md 31' e aykırı dahi olsa işçi tarafın istemi İş K md 13' deki kötüniyet tazminatı ile sınırlı ise bu durumda hakim taleple bağlı olduğundan kötüniyet tazminatına hükmedecektir. Fakat bu takdirde işçi daha sonra SK md 31' e dayanan bir dava açamamalıdır. ²²³

²²⁰Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh.105; Ekonomi,Münir - İş Hukuku Cilt 1,Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 .3. Bası, sh.191-192; Sözek,Sarper- a.g.e sh.179; Esener,Turhan- a.g.e sh.335;Çenberci, Mustafa- a.g.e sh. 354-355;Çalık, Şefik- a.g.e sh.25-26

²²¹Y HGK 31.12.1967 E.219 K.6431(Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh.105-Çenberci, Mustafa- a.g.e sh.354-355)

²²²Y HGK 7.12.1968 E.68/9-50 K.814;İHU Sen K 19(No:2);Y HGK 23.10.1971 E.70/9-299 K.608 ;İHU Sen K 19(No:3)

²²³Y 9 HD 28.1.1968 T E 12045 K 601; Y 9 HD 17.6.1969 E 2000 K 7277; Y 9

Sen K m,31/VI' da" işçinin iş yasaları ve diğer yasalara göre haiz olduğu haklar saklıdır " hükmü ile ,işverenin kötüniyet tazminatının dışında İş K'nun işçiye sağladığı bütün alacaklarının ödenmesi gerektiği belirlenmiştir . Örneğin, sendika ile ilgili faaliyetleri nedeniyle işine son verilen işçiye işveren ihbar tazminatı ödeyecektir . Bildirim sürelerine ait ücret peşin ödenerek hizmet sözleşmesi sona erdirilmiş ise, işçi yine 13. maddenin son fıkrasında yer alan tazminatıda isteyebilecektir . Ayrıca işveren kıdem tazminatını da ödeyecektir.

Gerçekten şartları gerçekleştirdiği takdirde işverenin sendikacılık tazminatından başka maddi ve manevi tazminata da hükmedilmesi mümkündür . Ne var ki SenK' 31/son da hükmedilecek tazminatın, işçinin bir yıllık ücretli tutarından az olamayacağı belirtildiğine göre yargıcın takdiri bakımından bu iki tazminat birbirine karışacaktır ,daha doğru bir deyimle birleşecektir. Çünkü fıkroda sendikacılık tazminatının alt sınırı kesin ve götürü olarak tesbit edilmiş, bunun üzerinde bir sendikacılık tazminatının takdiri ise yargıca bırakılmıştır . Bunun gibi bir yıllık götürü ücret tutarının üzerinde bir zarar varsa ,maddi ve manevi zararı gene yargıç takdir edecektir . Götürü bir yıllık ücretin üzerinde sendikacılık tazminatına hükmedebilmek için yargıcın işçinin zararını araştırması gerektiğine göre, her iki tazminat yargıcın takdiri bakımından birleşmiş olacaktır. ²²⁵Ekleyelim ki, hizmet sözleşmesi sendikal nedenlerle feshedilen işçi, işyerinde bir yıldan fazla çalışmış ise kıdem tazminatına da hak kazanır . Çünkü İş K 17/2 dışında kalan bir nedenle hizmet sözleşmesinin feshedilmesi bu hakkın doğumu için yeterlidir . ²²⁶

HD 1.12.1969 E 9209 K 11233 ;Y 9 HD 8.5.1970 E 2629 K 4737

²²⁴Kaplan,Emine Tuncay- a.g.e, sh 106;Süzek,Sarper- a.g.e sh.181-182 ; Esener,Turhan- a.g.e sh.193

²²⁵Süzek,Sarper- a.g.e sh.182

²²⁶Süzek,Sarper- a.g.e sh.182

İşveren aynen kötüniyet tazminatı gibi ,ihbar tazminatına da ,sendikal tazminat ile beraber mahkum edilememelidir . Yargıtay önce sendikal tazminat ile beraber ihbar tazminatını da istenebileceği yönünde hükmederken ²²⁷daha sonra içtihadını değiştirmiştir . Gerçekten Yargıtay' in 1972 tarihli kararına göre "sendikacılık tazminatına hükmolunan hallerde ayrıca ihbar tazminatına hükmolunamaz . . . Sen K' nun 19. md. 'de öngörülen tazminat ,kötüniyet tazminatı gibi ihbar tazminatını da kapsar . Esasen alınan tazminatın kötüniyet tazminatını kapsadığını kabul etmek, öbür yandan ihbar tazminatını kapsadığını kabul etmemek hukuki tutarlık düşüncesi ile bağdaşamaz . "²²⁸

Gerçekten ihbar tazminatını ,kötüniyet tazminatının içinde kabul eden ,kötüniyet tazminatının nitelikli şekli gören Yargıtay 'ın ,sendikal tazminat içinde kötüniyet tazminatının varlığını kabul edip ihbar tazminatını ayrı tutan görüşü hukuki tutarlılık düşüncesi ile bağdaştırılamaz. ²²⁹Ancak kötüniyet tazminatı ile ihbar tazminatını konuluş amacı yönünden ayıran görüşe göre Yargıtay 'ın sendikal tazminattan ayrı olarak, ihbar tazminatında hükmedilebileceği yönündeki görüşü isabetli olup ,sendikal tazminat ile ihbar tazminatına birlikte hükmedilemeyeceğini kabul etmek bizi, kötüniyet tazminatı ile ihbar tazminatının birleşmeyeceği yönündeki Yargıtay içtihadını eleştiren doktrin görüşüne götürecektir .

Yargıtay' in içtihatlarından da hareketle şu sonuca varabiliriz . Sendikacılık tazminatı yanında ayrıca kötüniyet ve ihbar tazminatına hükmedilmemelidir. Bu durum karşısında hizmet sözleşmesine sendikal nedenlerle son verilmesi durumunda herşeyden önce işçinin bir yıllık ücretinden az olmayacak bağımsız bir sendikacılık tazminatına karar verilecek bunun dışında eğer şartları varsa kıdem tazminatı ile maddi ve manevi tazminat

²²⁷ 9HD 18.4.1968 E.13332 K.6388(Süzek,Sarper- a.g.e sh. 183);9 HD 29.1.1968 E.12051 K.893 ;HGK 29.41970 E.68/9-753 K.225

²²⁸9HD 7.4.1972 E.25814 K.9443(Süzek,Sarper- a.g.e sh.183)

²²⁹Karş.Çelik,Nuri -a.g.e - sh 239; ;Kutal,Metin -a.g.e, sh 96

talep edilebilecektir. ²³⁰

III. İşK md 13 ve SenK' md 31' deki Tazminatlar Arasındaki İlişkilere Toplu Bakış.

1. Tazminatlara Amaçları Açısından Yaklaşım

İş hukukumuzu yönlendiren mevzuat gözönünde tutulduğunda, ülkemizde gerçek anlamda iş güvencesini sağlayan düzenlemelerin; 2821 sayılı Sen K' nun 30 maddesindeki " işyeri sendika temsilcilerine " ilişkin olarak ve " çalışma örgütünün toplantılarına katılma dolayısıyla hizmet sözleşmesi feshedilenler hakkında " SSK' Kan md 25, Ça. Bak K. md 17/4 ve İş Bul K. 12/3 ile getirildiği, bunun dışında hizmet sözleşmeleri feshedilen diğer işçilerin " yargısal yolla işe iadelerine " dair bir düzenleme bulunmadığı görülmüştür.

İş güvencesi açısından baktığımızda İş K md 13 ve Sen K md 31' deki tazminatların feshe karşı işçiyi gerçek anlamda koruyan düzenlemeler olmadığı sadece feshin olumsuz sonuçlarını hafifletmeye yönelik tedbir düzenlemeler olduğu sonucuna varırız.

2. Tazminatlara İstenebilme Koşulları Açısından Yaklaşım:

İş K m13 ve Sen k m31' de öngörülen tazminatların talep edilebilmesi için genel koşullar:

a. İşçi ile işveren arasında belirsiz süreli hizmet sözleşmesi bulunması koşulu ,

b. Bu belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmemiş olması (feshi ihbar edilmiş) koşulu

Fesih bildirimini dışındaki diğer sona erme şekillerinde (tarafların anlaşması yada taraflardan birinin ölümü gibi), söz konusu tazminatlar istenemez.

²³⁰Süzek,Sarper- a.g.e sh.186

İş K md 13 ve Sen K md 31' de öngörülen tazminatların istenebilmesi için özel koşullar:

a:İş K 13/C 1 ' deki ihbar tazminatı " na ; işçi ve işveren arasındaki belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin , taraflardan birince yasada yahut sözleşme ile öngörülen ihbar önellerine uyulmaması (usulüne uygun fesih isteğini önceden ihbar etmeme) yahut eksik önel tanıma suretiyle feshedilmesi durumunda karşı tarafın talebi durumunda hükmedilebilir.

İşveren işçinin ihbar önellerine alt ücretini peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshetmişse (İş K md 13/C 2), işçi artık ihbar tazminatı isteyemez . Ancak bu durumda dahi sözleşmenin peşin ödeme suretiyle kötüniyetle feshedildiğini ispat eden işçi İş K md 13/C 3'deki kötüniyet tazminatını istemiye hak kazanır. Fakat ihbar öneline alt peşin ödenen miktar kötüniyet tazminatından düşürülür. İşçi kalan meblağa hak kazanır.

Hizmet sözleşmesini kendi fesheden taraf ihbar tazminatı isteyemez.

b. İş K md 13/C . 3' de düzenlenen " kötüniyet tazminatı " na işverenin belirsiz süreli hizmet sözleşmesini ; işçinin sendikaya üye olması , şikayete başvurması gibi nedenlerle ve genel olarak hizmet sözleşini fesih hakkını kötüye kullandığını gösterir şekilde feshetmesi durumunda işçi tarafından talep edilmesi şartıyla hükmedilebilir.

İşveren peşin ödeme suretiyle yahut ihbar öneline uymak suretiyle hizmet sözleşmesini feshettiği durumlarda dahi, fesih hakkını kötüye kullanmış olabilir. Peşin ödeme suretiyle fesih yahut ihbar öneline uymak suretiyle fesih durumunda ihbar tazminatı istenemezken , bu durumlarda dahi, hizmet sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiğini ispat eden işçi kötüniyet tazminatı isteyebilir.

İş yasalarında, hizmet sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasının hangi ölçüte dayandığı belirtilmemiştir. İş yasalarında bu konuda boşluk olduğuna göre, genel yasa niteliğinde bulunan MK' nuna başvurmamız gerekmektedir. MK'numuzda hakkın kötüye kullanılmasının hangi ölçüte dayandırılmış olduğu ise tartışmalı bir konudur. Bununla birlikte objektif iyiniyet

kurallarına aykırılık ölçütünün doktrin' de hakim görüş tarafından benimsendiği söylenebilir. Yargıtay' ımızda bir çok kararında bu hususu dile getirmiştir. Zaten İş K md 13/C3 de fesih hakkının kötüye kullanılması halleri sınırlandırılmış değildir. O halde, fesih hakkının objektif iylniyet kurallarına aykırı kullanıldığı her durumda işçi , kötüniyet tazminatı talep edebilecektir.

Her ne kadar, İş K md. 13/C. 3'de "işçinin sendikaya üye olması" nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshi durumunda kötüniyet tazminatı istenebileceği hükme bağlanmışsa da Sen K 'nun 31. maddesinin 5. fıkrasına 3449 Sayılı Yasayla yapılan ekle "işçinin sendikaya üye olması nedeniyle "hizmet sözleşmesine son verilmesi durumunda sendikal tazminat istenebileceği , bu nedenle bu durumda Sen K 'nun uygulanma zorunluluğu yasakoyucu tarafından açık ve seçik olarak benimsenmiş bulunmaktadır.

c. 5. 5. 1983 günlü 2821 Sayılı SenK' nun "sendikalara üye olup olmama hürriyetinin teminatı" başlığını taşıyan 31. md. 'nin 25. 5. 1988 günlü, 3449 Sayılı Yasa ile değişik 5. fıkrasında "işçiler sendikaya üye olmaları yada olmamaları ,iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerinden dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı bir muameleye tabi tutulamazlar" denilmektedir.

Sen K md. 31/3 ve 5 'te düzenlenen kurallara uymaksızın hizmet sözleşmesini fesheden işverenin bu eyleminin müeyyidesi olan, işçinin "sendikal tazminat isteyebilme hakkı" Sen Kmd. 31/son 'da düzenlenmiştir.

d. Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin ihbar önellerine uyulmadan veya kötüniyetle bozulması durumunda yasa " tarafların ayrıca tazminat isteme haklarının saklı olduğunu " belirtmiştir. (İş K m. 13/son)Gerek doktrin ve gerekse Yargıtay' ın görüşü burada söz konusu olan tazminatın hem maddi ve hem de manevi tazminatı kapsadığı ve genel hükümlere bağlı olduğu yolundadır. İşçi ihbar tazminatı yada kötüniyet tazminatını aşan zararlarını ,işveren de ihbar tazminatını aşan zararların tazminini İş Kmd. 13/son'a dayanarak talep edebilecektir.

Sen K md. 31/4'de " işçinin iş yasaları ve diğer yasalara göre haiz olduğu haklar saklıdır" hükmü ile ,işverenin kötüniyet tazminatının dışında ,İş K 'nun

İşçiye sağladığı bütün hakların (alacakların) ödenmesi gerekmektedir. (Örneğin ihbar tazminatı ;kıdem tazminatı gibi)

Şartları gerçekleştiği takdirde, işverenin sendikacılık tazminatından başka maddi ve manevi tazminata mahkum edilmesi mümkündür. Bu sonuca İş K md. 13/son'dan hareketle yada SenK. md31/4' deki "diğer yasalara göre haiz olduğu" haklar ibaresinden ulaşabiliriz. Ancak, Sen K md. 31/son 'da hükmedilecek tazminatın işçinin bir yıllık ücretli tutarından az olmayacağı belirtildiğine göre, yargıcın takdiri bakımından bu iki tazminat birbirine karışacaktır, daha doğru bir deyimle birleşecektir.

3.Tazminatlara, Talep Edebilecek Taraf Açısından Yaklaşım

İş K md. 13 C/1'deki "bildirim şartına uymayan taraf yukarıda yazılı önelere ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır" hükmünden hareketle "ihbar tazminatının" gerek işçi gerekse işveren tarafından talep edilebilecek bir tazminat olduğu sonucu çıkmaktadır.

İş K md. 13 C/3'de düzenlenen " kötüniyet tazminatı" nın ancak işçi tarafından istenebileceği sonucu çıkmaktadır. Oysa işçinin de fesih bildirim hakkını kötüye kullanması olanak dışı değildir. Maddede ki düzenlemeye göre işverenin , fesih bildirim hakkını kötüye kullanan işçiden" kötüniyet" tazminatı talep etmeye hakkı yoktur. İşçinin fesih hakkını kötüye kullanması durumunda işveren MK 'nun md. 2/2'den hareketle genel hükümlere göre tazminat talep edebilir.

Sen K md. 31'deki düzenlemeye göre Sen K md. 31/son da düzenlenen "sendikal tazminatı" da sadece işçi talep edebilecektir.

İş K md. 13/son'daki " tarafların ayrıca tazminat isteme hakları saklıdır" hükmünden işverenin ihbar tazminatını aşan, işçinin ise ihbar yada kötüniyet tazminatını aşan zararların (maddi ve manevi) tazminini karşı taraftan talep edebileceği anlaşılmaktadır.

Sen K md. 31/4'deki "işçinin iş yasaları ve diğer yasalara göre haiz olduğu haklar saklıdır" hükmünden de bu düzenlemenin işçi açısından getirildiği

açıkça anlaşılmaktadır.

4. Tazminatlarda İspat Sorununa Yaklaşım

İş K md. 13 C/1'deki tazminat taraflardan birince talep edildiğinde karşı taraf İş K md. 7 uyarınca usulüne uygun bildirim ilgili yazılı olarak ve imza karşılığında yapıldığını ispat etmelidir. Yani "ihbar tazminatı" isteminde ispat külfeti karşı tarafa düşmektedir. Karşı taraf bildirim usulüne uygun olarak ve yasada yahut sözleşmede öngörülen ihbar önelerine uyarak yahut peşin ödeme suretiyle hizmet sözleşmesinin feshedildiğini ispatlamalıdır. Aksi takdirde "ihbar tazminatı" ödemeye hükmedilir.

İş K md. 13/C 3'deki "kötüniyet tazminatını" talep eden işçinin, işverenin kötüniyetini ispatlaması gerekir. Zira ilke olarak herkes iddiasını ispatla yükümlüdür ve özellikle aslolan iyiniyettir. Olağan bir durumun aksini iddia eden bunu ispatla mükelleftir.²³¹ Ancak kötüniyetin kanıtlanmış sayılması konusunda, hakimin sert ve katı usul hükümleri uygulamaktan kaçınması gerekir, zira aksi durumda uygulamada görüldüğü üzere, bu tür davalar redle sonuçlanmaya mahkum olacaktır.²³²

İş K md. 31/son'da düzenlenen " sendikal tazminatı " talep eden işçinin, işine 31/5'de düzenlenen sendikal nedenlerle son verildiğini ispat etmesi gerekir. Zaten sendikal nedenlerle işe son verme hakkın kötüye kullanımının özel bir görünüş şeklidir. Yukarıda kötüniyet tazminatına ilişkin ispatla ilişkin açıklamalarımızdan sendikal tazminatta ispat külfetinin işçiye düştüğünü çıkarmak kolaydır. Zaten Yargıtay' da ispat külfetinin işçiye düştüğünü belirtmektedir.²³³

²³¹g HD 3.5.1991 E.991/363 K.991/8030

²³²Çenberci, Mustafa- a.g.e sh.356-357

²³³g HD 3.5.1991 E.991/363 K.991/8030 kararının özü "kötüniyet tazminatının istenilmesi halinde hizmet akdinin sendikal faaliyet ve kötüniyetle fesh edildiği iddiasının isbatı gerekir"

İş K md. 13/son'da düzenlenen tarafların maddi ve manevi tazminat istemlerinde, işçi ihbar yada kötüniyet tazminatını aşan, işveren ise ihbar tazminatını aşan zararlarını ;manevi tazminatta zararın varlığını, maddi tazminatta ise zararın varlığını ve miktarını ispat etmek şartıyla talep edebilecektir.

Sen K md. 31/4'de, işçinin sendikal tazminatı aşan zararlarını talep edebileceği düzenlenmiştir . Burada da işçi, sendikal tazminat miktarını aşan zararlarının varlığını ve miktarını ispatla yükümlüdür.

Bunun dışında işçi , kötüniyet iddiası ve sendikal faaliyet dolayısıyla işinden çıkarıldığını ispat şartı ile, zararın varlığını ve miktarını ispat şartına bağlı olmaksızın, maktu olarak belirlenen "kötüniyet tazminatı" ile asgari sınırı 31/son da düzenlenen "sendikal tazminata" hak kazanır.

5.Tazminatlara Hukuki Nitelik ve Birlikte Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Açısından Yaklaşım

İş K md. 13/1'de düzenlenen "ihbar tazminatı" nın hukuki niteliği doktride tartışmalıdır Yargıtay' ımızın EİK'nun yürürlüğü dönemi içindeki görüşü "tazminat" şeklinde belirtilmiştir. Yargıtay ihbar tazminatı diye adlandırdığı bu parayı işçi yönünden "İşsizlik tazminatı" olarak öngörmekte ve işçinin işsiz kalmaması durumunda böyle bir paranın ödenmemesi gerektiği sonucuna varmaktadır Bu görüş Yargıtay' ın şu kararında ortak bir anlatım değeri kazanmaktadır;. . . ihbar tazminatının niteliği, hizmet sözleşsinin önel verilmeden feshi durumunda işçinin yeni bir iş buluncaya kadar boşta geçireceği sürenin bir tazminatı olması gerekir"²³⁴Yeni metin, Yargıtay' ın bu görüşünü doğrular niteliktedir . Zira, madde de bu para için eski metinden farklı olarak açıkça "tazminat" deyimli kullanılmıştır. Bu itibarla Yargıtay' ın aynı görüşü sürdürüleceği söylenebilir.

²³⁴Y 9 HD.27.6.1974 T.,33069 E,13638 K.

Yargıtay'a göre İş K. md. 13/3 de düzenlenen "kötüniyet tazminatı" hukuki niteliği itibarı ile ihbar tazminatının nitelikli şeklinden ibarettir ve ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatının içindedir; bu nedenle kötüniyet tazminatına hükmedildiği halde, ihbar tazminatına karar verilmez görülmüştür.²³⁵Yine Yargıtay bir başka kararında "İş Yasasının 13. md. 'nin (c) fıkrasının 3. bendi gereğince ihbar öneline ait ücretin üç katı tutarı kötüniyet tazminatı tutarı olarak verildiği takdirde , ayrıca aynı fıkranın 1. bendi gereğince ihbar tazminatına hüküm verilmez."²³⁶

Doktrinde Yargıtay' ın görüşünü paylaşan yazarlar azınlıktadır. Doktrinde hakim görüş, ihbar ve kötüniyet tazminatına birlikte hükmedilebileceği yönündedir. Hakim görüşe göre; Yargıtay' ın görüşü ihbar tazminatı ve kötüniyet tazminatını ayrı fıkralarda amaç ve nitelikleri itibarı ile birbirinden bağımsız biçimde düzenleyen İş K. na ters düşmektedir . İhbar tazminatı ; tarafların belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin bildirimsiz feshi için öngörülen şartlara gerektiği şekilde uyulmasını sağlamak amacıyla getirilen bir müeyyide iken, kötüniyet tazminatı özellikle işverenin fesih hakkını sosyal amacından saptırmak suretiyle veya karşı tarafa zarar vermek amacıyla kullanılmasının bir müeyyidesidir. Bildirim şartına uyulmadan hizmet sözleşmesi feshedilirken, bu hak ayrıca kötüye kullanılmış olabilir. Bunun sonucu olarak ihbar ve kötüniyet tazminatına birlikte hükmedilebilmesi gerekir.

İş K. md. 13/C-3'deki "kötüniyet tazminatı" ile Sen K md. 31/son da düzenlenen "sendikal tazminata" birlikte hükmedilip edilemeyeceği soruna gelince; Y:HGK'nun 1967 tarihli bir kararında "274 Sy. Sen K. md. 19'da yer alan tazminatın da medeni bir ceza niteliğinde olduğu ,aynı maddenin <<işverenin bu madde hükümlerine aykırı hareket etmesi durumunda işçinin İş Yasası ve sair yasalara göre haiz olduğu bütün hakların saklı olduğuna>>" ilişkin hükmünün ise medeni ceza niteliğini taşıyan tazminat dışındaki, diğer işçi

²³⁵Y. HGK 24.1.1979 E 1978/9-586 K 1979/55;İHU İş K(No:13);Y 9 HD 15.21984 E 84 /705 K 84/250 ;İHU İş K (No:21)

²³⁶Y.9 HD. 31.5.1973 E.6910, K.19462

haklarının korunması için konulduğu bu nedenle 19. md deki <<sendikal tazminat>> dışında ayrıca kötüniyet tazminatına hükmedilemeyeceği ifade edilmiştir²³⁷

Görüldüğü gibi, Yargıtay Sen K 31/son da düzenlenen "sendikal tazminatı" ,İş K . md. 13/C-3 de düzenlenen "kötüniyet tazminatının" özel bir görünüm şekli kabul etmekte ve sendikal tazminat ile kötüniyet tazminatına birlikte hükmedilemeyeceğini savunmaktadır. ²³⁸

Nitekim Yargıtay İçtihatlarında yeralan bu görüş 5. 5.1983 tarihli yeni Sen K md. 31/4 de açıkça belirtilmiştir. "sendikal tazminatın ödenmesi durumunda kötüniyet tazminatının ödenmeyeceği" hükme bağlanmıştır.

İş K md. 13/son daki " tarafların ayrıca tazminat isteme hakları saklıdır" hükmü ile Sen K md. 31/4 deki "işçinin İş Yasası ve diğer yasalara göre haiz olduğu haklar saklıdır" hükümlerinden ,işçinin maddi ve manevi tazminat istemleri ile ihbar tazminatı ,kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminata ilişkin istemlerin birleşebileceği sonucuna varılmaktadır. Ancak, işçinin maddi ve manevi tazminat isteminde bulunabilmesi için ,iş verenin kötüniyetle hareket ettiğini ispatlaması veya tazminat ödemesini gerektirici bir nedenin bulunması şarttır. Nitekim bu husus aşağıdaki Yargıtay kararında ²³⁹ açıkça belirtilmiştir.

". . . Gerçekten 1475 sy. İş K. 13. md son fıkrasına göre işçinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır . Ancak bunun için işverenin kötüniyetle hareket etmiş olması yada başkaca gerektirici bir nedenin bulunması zorunludur. Davada, olayın oluş tarzına göre işverenin ihbar ve kıdem tazminatı dışında, fesihden sonraki boşta geçen süre için herhangi bir tazminat ödemesini gerektiren nedenler yoktur. . . Bütün bu durumlar itibarı ile boşta geçen süreye

²³⁷Y. HGK 31.12.1967 T .E.219-K 6431

²³⁸Y. HGK. 7.12.1968 T. E.68/9-50, K.814 İHU Sen K 19(No.2) Y. HGK.23.10.1971 T.E. 70/9-299,K.608 İHU Sen K.19 (No:3)

²³⁹Y 9.HD 19.6.1990 T.990/4384 E,

ait isteğin reddine karar vermek gerektir".

İş K md. 13/C. 1 de düzenlenen "ihbar tazminatı" ile Sen K md. 31/son da düzenlenen "sendikali tazminat" a birlikte hükmedilip edilemeyeceği sorununa gelince ;Sen K md. 31/4 de "işçinin iş yasaları ve diğer yasalara göre haiz olduğu haklar saklıdır" hükmünden ihbar tazminatı ile sendikali tazminata birlikte hükmedilebileceği sonucu çıkmaktadır .

Yargıtay; önce sendikacılık tazminatı ile beraber, ihbar tazminatıda istenebileceği yönünde hükmederken ²⁴⁰daha sonra içtihadını değiştirmiştir. Yargıtay' ın 1972 tarihli kararına göre; "sendikacılık tazminatına hükmolunan hallerde ayrıca ihbar tazminatına hükmolunamaz. . . Sen K 'nun 19 md 'nde ön görülen tazminat, kötüniyet tazminatı gibi ihbar tazminatınıda kapsar. Esasen alınan tazminatın kötüniyet tazminatını kapsadığını kabul etmek, öte yandan ihbar tazminatını kapsadığını kabul etmemek , hukuki tutarlık düşüncesi ile bağdaşmaz. "²⁴¹Yargıtay' ın bu içtihadından hareketle şu sonuca varabiliriz . Sendikali tazminatın yanında ayrıca kötüniyet ve ihbar tazminatına hükmedilemez bunun dışında eğer şartları varsa kıdem tazminatı ile maddi ve manevi tazminata hükmedilebilir.

6-Tazminatların Hesaplanması, Artırılması ve Miktarları Sorununa Yaklaşım

Yukarıda (Bkz &3.1.3) ihbar tazminatının hesaplanması hususunda belirlenmiş olan ölçütler aynen, ihbar tazminatının nitelikli şekli sayılan kötüniyet tazminatının hesaplanmasında ve fesih hakkının kötüye kullanımının özel bir görünüm şekli olan sendikali tazminatın hesaplanmasında da aynen geçerlidir.

Kıdem tazminatının hesaplanmasında olduğu gibi İş K md13' de

²⁴⁰9HD 18.4.1968 E.13332 K.6388 9HD 29.1.1968 E.12051 K.893 HGK 29.4.1970 E.68/9-753 K.225

²⁴¹9HD 7.4.1972 T.E 25814 K.9443

düzenlenen ihbar tazminatı ve kötüniyet tazminatının hesaplanması ile Sen K md 31/son ' da düzenlenen sendikal tazminatının hesaplanmasında da " temel (çıplak) ücrete " ek olarak işçiye sağlanmış olan para ve parayla ölçülmesi mümkün, hizmet sözleşmesinden veya toplu hizmet sözleşmesinden yahut yasadan doğan menfaatlerde gözönünde tutulur.

" Yargıtay' ca belirtildiğine göre "ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabına esas olan ücret kavramına iş karşılığında para veya ayın olarak yapılan ve arızı olmayan her türlü ödemeler ile prim veya ikramiyeler girer. İhbar tazminatı işçinin fesih bildirimine ilişkin gün sayısı ile kıdem tazminatına esas" tutulan (giydirilmiş) bir günlük ücretin çarpılması suretiyle hesaplanır. ²⁴²

İhbar tazminatı ve kötüniyet tazminatının hesaplanması yönünden esaslı önem taşıyan husus, işçinin çalıştığı sürenin belirlenmesidir. Önellere belirlenmesinde hizmet sözleşmesinin süresi değil, işçinin bu sözleşme boyunca eylemli olarak çalıştığı sürenin önemli bulunduğu Yargıtay' ca benimsenmiş bir esastır. Anılan sürenin sonu ise, fesih bildiriminin karşı tarafa yapıldığı tarihtir.

Konumuz tazminatlara esas olacak ücret işçinin son ücretidir. Buna göre, ihbar tazminatı ve kötüniyet tazminatı işçiye fesih bildirim önelinin son günündeki ücreti üzerinden hesaplanarak ödenmelidir. Sendikal tazminatta ise fesih bildiriminin işçiye yapıldığı tarihteki ücret dikkate alınacaktır. Hizmet sözleşmesi peşin ödeme suretiyle sona erdirilmiş ise, Yargıtay' a göre ²⁴³ ihbar tazminatı önel sonundaki ücrete göre değil peşin ödeme tarihindeki ücrete göre hesaplanacaktır. Çünkü peşin ödeme ile o anda hizmet sözleşmesi sona ermektedir. "

Tazminatların miktarı sorununa gelince İş K md 13/C . 1 ' de düzenlenen " ihbar tazminatının miktarı " hizmet sözleşmesinin süresine göre yasada belirlenen (İş K 13/A) önellerine ilişkin ücret tutarındadır.

²⁴²Y 9 HD 15.9.1987 E 987/8223 K 987/7862

²⁴³Y 9 HD 27.2.1975 E 74/28135 K 75/13479

İş K md 13/C . 3 ' de düzenlenen " kötüniyet tazminatının miktarı" ise (İş K md 13/A ' da belirtilen) önelere ait ücretin üç katı tutarındadır.

Sen K md 31/son ' da düzenlenen " sendikal tazminatın miktarı " ise işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz.

İhbar tazminatı ve kötüniyet tazminatına ilişkin bir diğer önemli husus ise bu tazminatların miktarlarının sözleşmelerle artırılıp artırılamayacağıdır.

Süresi belirli olmayan hizmet sözleşmelerinin bildirim önelerine uyulmadan feshi durumunda ödenecek ihbar tazminatı miktarı İş K md 13/C. 1 ' de fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda ödenecek tazminat miktarıda İş K md 13/C. 3 ' de düzenlenmiştir. Yargıtay'a göre ²⁴⁴ " bu hükümler kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle bildirim öneleri sözleşmelerle artırılmış olsa dahi söz konusu tazminatlarında artırılan bu önelere göre hesaplanması yani sözleşmelerle artırılması kararlaştırılamaz. Bunun gibi öneler sözleşmelerle artırılamazsa dahi sadece belirtilen tazminatların miktarlarının artırılmasında sözleşmelerle kararlaştırılamaz. Dolayısıyla tazminatların zamlı ödeneceğine dair toplu hizmet sözleşmesi geçersizdir. Zira kamu düzeni ile ilgili hükümler emredici hukuk kurallarıdır ve BK md 19/2 gereğince emredici hükümlere ahlak kurullarında ve kamu düzenine aykırı olarak yapılan sözleşmeler geçersiz olur.

Ancak Yargıtay başka bir kararında²⁴⁵ " İş yasasına ilişkin hükümlerin kural olarak nisbi nitelikte emredici hükümler olduğu " nu belirterek kamu düzeninin sınırlayıcı etkisinin kural olarak işveren için sözkonusu olduğunu ve bu değerlendirmenin 13. ve 17. md 'leri yönünden de geçerli olduğunu ve tarafların toplu hizmet sözleşmesi ile işçi yararına olarak yasadakinden farklı hükümler koymalarının geçerli olduğu görüşünü savunmuştur. Nitekim Yargıtay belirtilen aynı kararında, ihbar tazminatı ve kötüniyet tazminatının artan önelere orantılı olarak artırılacağı görüşündedir. Ancak Yargıtay yine aynı kararında

²⁴⁴Y İBK 24.6.1959 E 31 K 26 ; Y 9 HD 11.2.1966 E 39 K 59

²⁴⁵Y 9 HD 10.4.1970 E 101 K 3487

ihbar ve kötüniet tazminatlarının doğrudan doğruya sözleşmelerle artırılamayacağını ifade etmektedir.

O halde ihbar ve kötüniet tazminatlarının miktarları sözleşmelerle artırılan önellere paralel olarak artırılabilir ancak önellere artırılmaksızın sırf sözleşmeye konacak hükümlerle bu tazminatların miktarlarının artırılması mümkün olmayacaktır. Ancak, sözleşmelerle İş K md13' de belirlenen önellere ve tazminat miktarlarının azaltılması geçerli değildir.

Sen K md 31' son da düzenlenen, sendikal tazminatın miktarının bir yıllık ücret tutarından az olamayacağı yolundaki hüküm, sendikal tazminat miktarının toplu sözleşmelerle bir yıldan az olmamak üzere bir yıllık ücret tutarının üzerinde kararlaştırılabileceğini göstermektedir.

İşçinin sözkonusu tazminatları aşan zararlarını talep edebilmesi için (İş K md 13/son ve Sen K md 31/4' den hareketle) manevi tazminatta zararın varlığını , maddi tazminatta ise zararın varlığını ve miktarını ispatlaması gerekir.

7. Tazminatlara Zamanaşımı Açısından Yaklaşım

Gerek İşK gerekse SenK tazminatların talep edileceği süre konusunda herhangi bir hüküm taşımamaktadır. Şu duruma göre bu tazminatlara ilişkin zamanaşımı süresi açısından genel hükümlerin uygulanacağı açıktır.

Bu açıdan uyumsuzluk konusu olan tazminatların hukuki niteliği büyük önem kazanacaktır Mesela ihbar tazminatına ilişkin isteklerin bağlı buldukları dava zamanaşımı , ihbar tazminatının mahiyetli hakkında kabul edilecek görüşe göre değişecektir. Sözelimi ihbar tazminatı ücret şeklinde nitelenirse bağlı olacağı zamanaşımı BK md 126/3 gereğince beş yıl olarak kabul edilecek aksi halde BK md 125' deki genel kural uyarınca on yıllık zamanaşımına bağlı tutulacaktır.

Yargıtay bu konuda aşağıdaki gerekçe ile BK md 125 gereğince on yıllık

dava zamanaşımını²⁴⁶ benimsemiştir. "

"Borçlar Yasasında hususi bir hüküm mevcut bulunmayan bütün davalar anılan Yasanın 125. maddesi mucibince on yıllık zamanaşımına tabidir. Hizmet sözleşmesinin haksız bozulması nedeni ile açılan ihbar , kıdem tazminatı davasının yasada daha kısa bir zamanaşımına tabi olacağı hakkında bir hüküm yoktur." O halde İş K md 13/1' de öngörülen " ihbar tazminatı" ve İş K md 13/3' de düzenlenen "kötüniyet tazminatı " ile Sen K md 31/son' da düzenlenen " sendikal tazminat " talepleri açısından dava zamanaşımı BK md 125 gereğince on yıldır. Bu zaman zarfında işverenin ihbar tazminatını işçinin ise ihbar kötüniyet ve sendikal tazminatı talep etmemesi alacağını talep ve dava etmek hakkından mahrum oymasını icabettiren bir sona erme nedenidir.

İş K md 13/ son ve Sen K md 31/4' den kaynaklanan maddi ve manevi tazminat içerikli taleplerde, BK md 125' deki genel zamanaşımı süresi olan on yıllık dava zamanaşımına tabidir.

²⁴⁶g HD 2.6.1969 E 2936 K 6066 Yargıtay özel dairesi bu görüşünü 12.11.1973 tarihli kararında tekrarlamıştır.

8.5.SONUÇ

Hukumumuzda ; belirsiz süreli hizmet sözleşmesini feshi ihbarla sona erdirmeye de, belirli ve haklı bir nedene dayanma zorunluluğu aranmamıştır.Bu durumu bu güne kadar da değiştirme gereği duyulmamıştır.İş K' md 13/C.1 ve 3' deki ihbar ve kötüniyet tazminatı ile SenK. md 31/son ' daki sendikal tazminat gerçek anlamda iş güvencesini sağlamak etkisinden uzak, sadece feshin olumsuz sonuçlarını bir miktar azaltma amacına dönük << tedbir>> düzenlemeleridir.

Hizmet sözleşmesinin güçlü yanını oluşturan işveren sözkonusu tazminatları ödemek suretiyle, neden dahi göstermeksizin hizmet ilişkisini sona erdirebilmektedir.İşverenin sahip olduğu bu imkan, işsizlik sorununun yoğun olduğu ülkemizde işçi açısından büyük bir kaygı oluşturmaktadır.

İşçinin geleceğinden güven duyması, işini kaybetmek endişesinin dışında tutulabilmesi için yeni yasal düzenlemelere gereksinim vardır.Yapılacak değişiklik bakımından, feshi ihbar hakkını, hakkın kötüye kullanılması ölçütü ile sınırlayan sistemin terkedilerek, yasayla sınırlayan sisteme geçilmesi önerilebilir.Bu konuda özellikle F.Almanya' da 1951 yılında çıkarılan "İşçiyi Feshe Karşı Koruma Kanunu' ndan yararlanılabilir.Yapılacak yeni düzenlemede İşK' nun 13.md ' de değiştirilerek, sözleşmenin feshini Almanya' da olduğu gibi işçinin şahsından, davranışından ve işyeri zorunluluklarından doğan haklı nedenlerin varlığına dayandırmak gerekir.

Bu yeni yasal düzenlemeye gidilinceye kadar, konumuz tazminatlara ilişkin duraksamalarda işçi lehine bir yorum şekli getirmek gerekir.Nitekim YHGK bir kararında "...İş kanununun en belirli amacı hem koruyucu iş hayatı kurallarını zayıfların korunması ölküsüne yöneltmek, hem de toplum düzeninin ve toplum sükununun süreklilik şartlarını araştırmaktan ibarettir" demiştir.Bu önerimiz doğrultusunda Yargıtay' ın kötüniyet tazminatı hukuki niteliği itibarı ile ihbar tazminatının vasıflı şeklinden ibarettir ve ihbar tazminatı kötüniyet tazminatının içindedir, bu nedenle kötüniyet tazminatına hükmedildiği

durumlarda ihbar tazminatına hükmedilemeyeceği görüşü kabul edilemez. Doktrinde hakim görüşünde belirttiği üzere ihbar ve kötüniyet tazminatı ayrı ayrı fıkralarda, nitelikleri itibari ile birbirinden bağımsız tazminatlar olup kötüniyet tazminatına hükmedildiği durumlar da ihbar tazminatına da hükmedilebilirdir. Yine Yargıtay ihbar tazminatının artan bildirim sürelerine orantılı olarak artırılabilceği ancak yanların ihbar tazminatının miktarını doğrudan doğruya sözleşme ile arttırılamayacağını ifade etmektedir. Oysa işçi lehine olmak şartıyla yanların ihbar tazminatını yasada belirtilen miktardan daha fazla ödenmesini kararlaştırmalarında 13. maddenin ruhuna aykırı bir durum sözkonusu olamaz.

Sen.K. md 31^a sendikalara üye olup olmama hürriyetinin teminatı¹ başlığını taşımaktadır. Oysa bu teminat SenK. md 31/son' da öngörülen sendikal tazminattan ibaret kalmaktadır. Sendikal tazminatı ödeyen işveren sendikal faaliyette bulunan işçinin işine son verebilmektedir. Bu durum ise işçinin sendikal hakları kullanmak yönünde çekinik kalmasına neden olmaktadır. Sendikal hürriyet gerçek anlamıyla ancak işyeri sendika temsilcilerinde olduğu gibi, sendikal faaliyet nedeniyle işine son verilen işçinin yargısal yolla işine iadesi olanağının sağlanması ile güvence altına alınabilir.

MEVZUAT

Akđın feshinde bildirim

İş K md 13

A) Süresi belirli olmayan sürekli hizmet akidlerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir.

Hizmet akdi

a) İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

b) İşi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,

c) İşi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim yapılmasından itibaren altı hafta sonra,

ç) İşi üç yıldan fazla sürmüş olan işçi için, bildirim karşı tarafa yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra,

Feshedilmiş olur.

B) Önellere asgari olup sözleşme ile artırılabilir.

C) Bildirme şartına uymayan taraf yukarıda yazılı önellere ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır.

İşveren işçinin bildirim önellere ait ücretini peşin vermek suretiyle hizmet akdini feshedebilir.

İşçinin sendikaya üye olması, şikayette bulunması gibi sebeplerle işinden çıkartılması hallerinde ve genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösterir diğer durumlar da (A) bendin de yazılı önellere ait ücretin

üç katı tutarı tazminat olarak ödenir.

Sendikaya üye olup olmama hürriyeti

SenK. md 31 (25.5.1988-1449 ile değişik)

İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri ve sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz.

Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akidlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz.

İşveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücreti, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.

Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika ve konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı bir muameleye tabi tutulamazlar.

İşverenin, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere bir tazminata hükmedilir. İşçinin iş kanunları veya diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır. Ancak bu fıkraya göre tazminata hükmedilmesi halinde, iş kanunlarındaki kötüniyet tazminatı uygulanmaz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ÇALIK Şefik** - Soru ve Cevaplarla İş Sözleşmesinin Fesih ve Kıdem tazminatı -Ekim Hukuk yayınları No: 1 -1. Bası 1990
- ÇELİK Nuri** - İş Hukuku Dersleri -İstanbul 1990 - 10. bası
- ÇENBERCİ Mustafa** -İş Kanunu Şerhi- Ankara 1986- 6. bası
- EKONOMİ Münir**- İş Hukuku cilt 1 Ferdi İş Hukuku-Gümüşsuyu 1984 3. Bası
- EKONOMİ Münir**- Hizmet Sözleşinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi(Kamu-İş ,Ekim 1988)
- ELBİR H.Kemal** -Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi -İstanbul -1969
- ESENER Turhan** -A. Ü. H. F. yayınları no 432-İş Hukuku -Ankara 1978
- KAPLAN Emine Tuncay** -İşverenin Fesih Hakkı , Sınırları, Hüküm ve Sonuçları - Ankara 1987
- KOCAOĞLU Jur. Mehmet** -Hukukumuzda Süresi Belli Olmayan Hizmet Sözleşmelerinin Feshi ve Sonuçları-TÜHİS-Şubat 1988-Cilt 11 Sayı 4-(sh 4-19)
- KUTAL Metin** -Münir Ekonomi 60. yaşgünü armağanı sh 201
- OĞUZMAN M. Kemal** -Türk Borçlar Kanunu ve İş mevzuatına göre hizmet sözleşinin feshi-İstanbul 1955
- OĞUZMAN M. Kemal**- Medeni Hukuk -İstanbul 1971
- ORHANER A. Baki** -Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal kararları -Ankara 1966 (I)
- ORHANER A. Baki** -Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları Ankara 1969 (II)
- ÖZKUL Aydın** -Hizmet Sözleşinin Yasada Öngörülen Koşullara Uyulmadan Feshi ve Bu Fesihden Doğan Sonuçlar-Çimento İşveren Dergisi - Kasım 1988-Cilt 2 -Sayı 6- Sh (10-14)
- REİSÖĞLU Seza** -Hizmet Sözleşmesi -Ankara -1968
- SAYMEN Ferit Hakkı**- Türk İş Hukuku- İstanbul -1954
- SÜMER Haluk Hadi** -Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları -TÜHİS- Şubat 1992- Cilt 12-Sayı 8-Sh (3-7)
- SÜZEK Sarper** -İş Sözleşini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması- Ankara 1976
- TUNCAY A.Can** -Karar İnceleme Köşesi -Çimento İşveren -Temmuz 1993-Cilt 7-Sayı -4 -sh (14-18)
- TUNÇOMAĞ Kenan** -İş Hukukunun Esasları -İstanbul 1989
- YARGITAY KARARLARI İNCELEMESİ**
- 1-İş Kanunu md 13 ve Sen Kanunu md 31' e İlişkin İş Hukuku Uygulamaları (İHU)
- 2-Tekstil İşveren Dergisi -Ocak 1990- Şubat, Ekim, Kasım ,Aralık 1991
- 3-Çimento İşveren- Eylül 1990
- YELEKÇİ Memduh İhrami** -Notlu-İzahlı, İçtihatlı İş Kanunu Şerhi 1994
- ZARARSIZ, M.Emin** - Türk İş Hukukunda İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı-1987