T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Olgu ÖZDEMİR

2502150443

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT

İSTANBUL – 2022

ÖZ

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

OLGU ÖZDEMİR

Dürüstlük kuralı, Roma hukukundan bu yana kullanılan bir medeni hukuk kavramı olarak, *pater familias*ın davranış modelini tanımlamıştır. Hakkın kötüye kullanılması da onun yoldaşı olarak görülür, oysaki iki kavramın tarihsel arkaplanları eş zamanlı ilerlememiş, hakkın kötüye kullanılabileceği henüz birkaç yüzyıl önce kabul edilebilmiştir. Modern hukuk sistemlerinde bu iki kavram, yargılama ve doktrine, hukuki uyuşmazlıklara farklı perspektiflerden bakma imkanı tanır. İlki, dürüst, adil, ortalama bir kimsenin davranış modelini belirlerken; ikincisi ise kanun koyucunun yararlanılmasını amaçladığı gerçek hakkı tespit etmeyi ve hak sahibinin ondan faydalanmasını sağlamaktadır.

Bu tez çalışmasında, iş sözleşmesini fesih hakkının kullanılmasında bu iki kavramın etkilerini ayrıntılarıyla inceleme amacı güdülmüştür. Fesih hakkı kendisi karmaşık bir bağlamı haizdir, bir yanda uzun süreli sözleşmeden kurtulma, çıkış yolu olarak öngörülmüştür; diğer yanda ise modern iş hukuku, hakkın özellikle bu eşitsiz sözleşmenin güçlü tarafı olan işverence kullanılmasını kısıtlamak istemektedir. Birçok ülkede öncelikle dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile söz konusu hakkın sınırları tespit edilmiş, sonrasında daha katı bir iş güvencesi sistemi öngörülmüştür. Türkiye de bu ülkelerden biri olmakla birlikte, güvenceli bir işin korumasından yararlanmayan hala çok sayıda işçi vardır. Ayrıca iş güvencesi olsa dahi iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlar dürüstlük kuralı uyarınca ifa edilmeli, fesih hakkı keyfi bir şekilde kullanılmamalıdır. Aksi halde hem işçi hem de işveren, somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterebilecek sonuçlara katlanmak durumunda kalacaklardır.

Anahtar kelimeler: Dürüstlük kuralı, objektif iyi niyet, bona fides, hakkın kötüye kullanılması, fesih, fesih hakkı, iş sözleşmesi.

ABSTRACT

GOOD FAITH AND PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS ON TERMINATION OF LABOUR AGREEMENT

OLGU ÖZDEMİR

"Good faith" is a main notion of civil law since Roman law, used as a criteria to set a level of behavior of *pater familias*. "Abuse of law" is seen to be its companion, but their historical backgrounds didn't go hand in hand as the concept of abuse is found illegal barely a few centuries ago. These two notions are used in modern law systems and help jurisdiction and doctrine to look at legal disputes through different angles. First one, establishing a behavior model of an honest, righteous, moderate person and the latter is allowing the right-owner to enjoyment of his right and distinguishing the real right, which is the real intention of legislative authority.

In this thesis, we would like to look deep into the effects of these concepts to the right of termination of labour agreement. The right of termination is a complex context itself; on one hand it is a way-out of a long term agreement and on the other hand, the modern labour law tries to limit its usage especially by the employer, who is seemed to be the powerful part of this unequal agreement. Many countries firstly used good faith and abuse of law to determine the limits of this right and then moved onto a more strict job security system. Turkey is also one of them, but still there are too many employees out there who can not benefit the legal protection of a secure job. Even if the job is secured, all deeds of labour agreements needs to be examined through the lens of good faith and right to terminate should not be used arbitrary. Otherwise, both employer and employee has to face the consequences, which may vary according to the concrete case.

Keywords: Good faith, Bona fides, Abuse of right, Termination, Labour Agreement.

ÖNSÖZ

Bu doktora tez çalışması, 17.01.2022 tarihinde Prof. Dr. Gülsevil Alpagut, Prof. Dr. Aziz Can Tuncay, Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay, Prof. Dr. Ömer Ekmekçi ve Prof. Dr. Mehmet Tufan Öğüz'den oluşan jüri önünde savunulmuş ve başarılı bulunmuştur.

Araştırma konusuna dair yaşadığım heyecanı ilk günden itibaren destekleyerek çalışmamın başından beri yol gösteren, her aşamada görüşlerini paylaşan, tezin bugün nihai haline gelmesini sağlayan değerli danışman Hocam Prof. Dr. Gülsevil Alpagut'a, tez izleme komitesinde görev alarak bu çalışmayı sürdürmem hususunda desteklerini esirgemeyen, çalışkanlıklarını örnek aldığım sayın Hocalarım Prof. Dr. Ömer Ekmekçi ve bu çalışmanın nihayete erebildiğini görmesini çok arzu ettiğim ancak ani bir şekilde kaybettiğimiz merhum Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a; çalışmamı titizlikle inceleyerek katkılarını sunan değerli jüri üyeleri Hocalarım Prof. Dr. Aziz Can Tuncay ve Prof. Dr. Mehmet Tufan Öğüz'e çok teşekkür ederim. Ayrıca bu tez çalışmasının hazırlanması sürecinde gösterdiği destek ve bana her zaman hissettirdiği güven duygusundan ötürü Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde asistanı olarak görev yaptığım Dekan Hocam Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay'a ne kadar teşekkür etsem azdır.

Bu çalışmanın hazırlandığı süreç içinde her ihtiyacım olduğunda yardımlarını esirgemeyen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı'nda görev yapan tüm hocalarıma, tüm öğretim elemanlarına çok teşekkür ederim. Özellikle pandemi dönemine denk gelen süreçlerde onların destekleri çok kıymetliydi; her daim dostlukla ve güleryüzleriyle ellerinden geleni yaptıkları için minnettarım.

Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde birlikte çalıştığım tüm hocalarıma ve idari personelimize, çalışma ortamımızdaki ahenk ve huzur için çok teşekkür ederim; akademik yolculuğun yoğun tempodaki eğitim faaliyetiyle

harmanlandığı, sürekli devinim halindeki akademik yıl sürecinde herkesin birbirini desteklediği bir ortamda çalışmak çok büyük bir şanstır.

Varlıklarına sırtımı güvenle yaslayacağıma her daim inandıran ve bu çalışmayı hazırlarken tıkandığımı düşündüğüm anlarda ilerlememi sağlayan, gözlerindeki parıltıyı hayal ederek kendimi motive ettiğim değerli ailem Av. Hüseyin Rahmi Özdemir, Av. Mükerrem Özdemir ve kardeşim Av. Oylum Kurtulmuş'a, var olmamı sağladığınız için, hiçbir çekince gözetmeden yolumu aydınlattığınız için minnettarım. Kendime inanmakta zorlandığım zamanlarda gerçekleri hatırlattığı ve güç verdiği için özellikle Dostum Sibel Tanış'a ve bu süreçte destek veren tüm arkadaşlarıma çok teşekkür ederim.

Son ve en önemli teşekkürüm ise bu tezi yazarken kendisinden çaldığım zamanlardan çok daha büyük bir yüreği olan ve o yüreği benimle paylaşmaktan çekinmeyen Harun Zafer Ertürk'e.. Hayat arkadaşı olma yolunda attığımız ilk adımların her sayfadaki anısına.. Minnetimi, teşekkürümü tarif edecek bir ifadem yok, ancak iyi ki varsın, iyi ki yanımdasın.

Olgu ÖZDEMİR

Antalya, Ocak 2022

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **İ**
ABSTRACT ..... **İİ**
ÖNSÖZ ..... **İİİ**
İÇİNDEKİLER ..... **V**
KISALTMALAR LİSTESİ ..... **Xİİİ**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. DÜRÜSTLÜK KURALI **6**
A. Hukuk Sistemlerinde Dürüstlük Kuralı 8
1. Roma Hukuku 8
2. Fransız Hukuku 11
3. Alman Hukuku 13
4. İsviçre-Türk Hukuku 15
B. Dürüstlük Kuralının Uygulama Alanı 16
C. Dürüstlük Kuralının İşlevleri 18
1. Hakların Kullanımı ve Borçların İfasını Somutlaştırma İşlevi 18
2. Hukuk Kurallarını Yorumlama ve Tamamlama İşlevi 19
a. Hukuk Kurallarının Yorumlanması 19
b. Hukuk Kurallarında Boşlukların Doldurulması 22
3. Hukuki İşlemleri Yorumlama ve Tamamlama İşlevi 24
a. Güven Teorisi (Güven İlkesi) ve Güveni Esas Alan Yorum 25
b. Sözleşmelerin Yorumlanması 27
c. Sözleşmelerdeki Boşlukların Doldurulması 31
4. Koruma Yükümlülüklerini Somutlaştırma İşlevi 32
5. Sözleşmeleri Uyarlama İşlevi 34
a. Uyarlamanın Hukuki Temeli 35
b. Sözleşmenin Uyarlanması veya Feshi İçin Aranan Koşullar 39
D. Dürüstlük Kuralının Benzer Kavramlar İle İlişkileri 44

1. Dürüstlük Kuralı İle Ahlak Kuralı İlişkisi 44
2. Dürüstlük Kuralı İle İyiniyet İlişkisi 46
3. Dürüstlük Kuralı ile Adalet İlişkisi 49
4. Dürüstlük Kuralı ile Örf Adet Kuralı İlişkisi 51
II. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI 52
A. Hak ve Kötüye Kullanma Kavramları 52
B. Hukuk Sistemlerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı 56
1. Roma Hukuku 56
2. Fransız Hukuku 58
3. Alman Hukuku 63
4. İsviçre – Türk Hukuku 65
C. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Tespiti 67
1. Sübjektif Görüş (Zarar Verme Niyeti Görüşü) 67
2. Objektif Görüş (Dürüstlük Kuralına Aykırılık Görüşü) 68
3. Sosyal Amaç Görüşü 68
4. Görüşlerin Değerlendirilmesi 70
D. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Düzeltici İşlevi ve Bu İşlevin Somutlaştırılması 74
1. Hakkı Kullanmak İçin Yeterli (Meşru) Menfaatin Yokluğu 78
a. Objektif Menfaat Yokluğu 78
b. Menfaatler Arasında Orantısızlık 79
c. Hakkın Özenli Kullanılması İlkesine Aykırılık 80
2. Çelişkili Davranma 82
a. Hakkın İleri Sürülme Zamanı ve Etkisizleşme 84
b. Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesi 86
3. Dürüst Olmayan Yoldan Elde Edilen Hakkın Kullanılması 89
4. İleri Derecede Yetersizleşmiş Bir Kurala Dayanan Hakkın Kullanılması 91
E. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Benzer Kavramlar İle İlişkileri 92
1. Hakkın Kötüye Kullanılması İle Hakkın Sınırlarının Aşılması (Haksız Davranma) 92
2. Hakkın Kötüye Kullanılması İle Kanuna Karşı Hile 92
3. Hakkın Kötüye Kullanılması ile Muvazaa 94

III. DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI İLİŞKİSİ 95
IV. DEĞERLENDİRME 99

İKİNCİ BÖLÜM

FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ İŞLEVLERİ

I. GENEL OLARAK FESİH HAKKI 104
A. Fesih Hakkının Ortaya Çıkma Nedeni ve Türleri 104
1. Olağan Fesih Hakkı 106
2. Derhal Fesih Hakkı 110
B. Fesih Beyanının Özellikleri 112
1. Yenilik Doğurucu Niteliği 112
2. Sebebe Bağlı Olup Olmaması 115
3. Şarta veya Süreye Bağlanması 117
C. Beyanın Şekli 120
II. OLAĞAN FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI İÇİN KULLANILAN SİSTEMLER 125
A. İş Sözleşmesinde Fesih Hakkının Sınırlandırılması İhtiyacı 126
1. İş Sözleşmesinde İstikrar 129
2. Hassas Dengenin Korunması 131
3. Taraflar Arasındaki Güven İlişkisi 134
B. Hakkın Kötüye Kullanılması Sistemi 136
1. Hakkın Kötüye Kullanıldığının Tespitine İlişkin İzlenen Yöntemler 137
a. Türk Hukuku - Genel Hükümlerle Sınırlama 137
b. İsviçre Hukuku – Kötüniyetli Hallerin Kanun Koyucu Tarafından Belirlenmesi 142
2. Hakkın Kötüye Kullanılması Sistemiyle Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması 146
a. Genel Olarak 148
b. Devletin Pozitif Yükümlülükler Kapsamında Sorumluluğu 150
c. Yatay Etki Doktrini 151
(1) Doğrudan Yatay Etki 152

(2) Dolaylı Yatay Etki 154
(3) Yatay Etkiyi Reddeden Görüş 157
d. Anayasal İlkelerin İş İlişkisinde Dolaylı Yatay Etkisi 157
(1) Eşitlik İlkesi - Eşit Davranma Borcu 158
(2) Ölçülülük İlkesi – Dürüstlük Kuralı 164
3. Kötüye Kullanımın Somutlaştırılması 172
a. Kişisel Özellikler Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi 173
(1) İş Sözleşmesinin *Intuitus Personae* Niteliği 173
(2) Ayrımcılık Yasağı 178
(3) Feshe Sebep Olamayacak Kişisel Özellikler 182
(i) Cinsiyet ve Cinsiyete Bağlı Sebepler ile Aile Yükümlülükleri 183
(ii) İnanç veya Politik Görüş 187
(iii) Sağlık Durumu, Hastalık veya Engellilik 187
(iv) Yaş ve Emeklilik 191
(v) Irk ve Etnik Köken 197
b. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi 198
(1) Sözleşme Özgürlüğü ve Girişim Özgürlüğü 198
(2) Çalışma Hakkı 201
(3) Özel Hayatın Gizliliği Hakkı 203
(i) İşçinin Giyimi ve Dış Görünüşü ile Bir Başka İşçi İle İlişki Kurması Nedenine Dayanan Fesihler 205
(ii) Kişisel Verilerin İşlenmesi veya Elektronik Gözetleme Nedeniyle Elde Edilen Verilere Dayanan Fesihler 207
(4) Sendikal Özgürlükler 216
(5) Düşünce ve İfade Özgürlüğü 220
(i) Politik, Dini Görüş, Düşünce Açıklaması veya Eleştiri Nedenine Dayanan Fesihler 222
(ii) İfşa (*Bilgi Uçurma, Whistleblowing*) Nedenine Dayanan Fesihler 226
(6) Hak Arama Özgürlüğü 233
(i) Mevcut veya Doğması Beklenen Bir Alacağın Yahut Hakkın Talebine Dayanan Fesihler 236

(ii) İşçinin Şikayeti Yahut İdari Makamlara Başvurması veya Dava Açması Nedenine Dayanan Fesihler 239
c. İşçiyi Cezalandırmak veya Sözleşmeyi Feshetmek Amacıyla Yapılan Çalışma Koşulu Değişiklikleri ve Değişiklik Feshi 241
d. Deneme Süresi İçinde Yapılan Fesih 249
e. İşçinin Feshi 250
C. İş Güvencesi Sistemi 254
1. Genel Olarak 254
2. İş Güvencesinin Kapsamı ve Dürüstlük Kuralı 258
a. Otuz İşçi Koşulunda Hakkın Kötüye Kullanılması İddiası 259
b. Altı Aylık Kıdem Koşulunda Hakkın Kötüye Kullanılması İddiası 266
3. Feshin Geçerliliği İçin Aranan Koşullar ve Dürüstlük Kuralı 269
a. Belirli Hususların Feshe Konu Edilmemesi 269
b. Geçerli Sebebin Varlığı 272
(1) Geçerli Sebep Kavramı 272
(2) İşçinin Yetersizliği veya Davranışlarından Kaynaklanan Sebepler ... 276
(i) İşçinin Yetersizliği 276
(ii) İşçinin Davranışları 278
(3) İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler .. 283
c. Feshin Geçerlilik Değerlendirilmesinde Dikkate Alınan İlke ve Kriterler 288
(1) Son Çare İlkesi (*Ultima Ratio*) 289
(2) Olumsuz Öngörü İlkesi 298
(3) Menfaatlerin Tartılması 300
(4) Keyfilik, Ölçülülük, Tutarlılık Denetimleri 302
(5) Objektif Seçim Kriterleri (Sosyal Seçim) 306
d. Feshin Usule Uygunluğu 310
4. Toplu İşçi Çıkarma 312
III. DERHAL (BİLDİRİMSİZ) FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI 314
A. Derhal Fesih Hakkının Kötüye Kullanılıp Kullanılamayacağı Sorunu 316
1. İş Hukukunda Haklı Neden Kavramı ve Beklenilmezlik Kriteri 316

2. Ahlaka ve İyi Niyete Uymayan Haller Kavramı ve Dürüstlük Kuralı ile İlişkisi 320
3. İş Kanunlarında Kazuistik Yöntemle Sayılan Haklı Nedenler ve Dürüstlük Kuralı ile İlişkisi 322
4. Haksız Fesih İle Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması İlişkisi 324
B. İşverenin Derhal Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması Bakımından Bazı Hallerin İncelenmesi 327
1. Derhal Fesihte Eşit Davranma Borcuna Aykırılık 327
2. İşçinin Devamsızlığı 331
3. İşçinin Otuz Günlük Ücret Tutarını Aşan Zarar Vermesi 335
4. Kanun Dışı Grev Nedeniyle Yapılan Fesihler 337
C. İşçinin Derhal Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması Bakımından Bazı Hallerin İncelenmesi 339
1. Derhal Fesihte Haklı Nedenlerin İleri Sürülmesi 339
2. 1475 Sayılı İş Kanunu'nun Yürürlükteki 14. Maddesi Uyarınca Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Nedenlerin İleri Sürülmesi Yoluyla İşverenin Feshinin Engellenmesi 345
3. Fesihten Sonra Başka İşveren Yanında Çalışmaya Devam Etme 350
IV. DEĞERLENDİRME 353

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
FESİHTE DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK 357
II. FESİH SONUCU GEÇERSİZLİK VE *SUI GENERIS* YAPTIRIMLAR 359
A. Feshin Geçersizliğinde Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulanabilirliği 361
1. Türk Hukukunda Geçersiz ve Haksız Feshin Hukuki Rejimi 361
a. "Feshin Geçersizliği" Kavramı 361
b. Haksız Feshin Geçerli Feshe Dönüştürülmesi 366
2. Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulanmasına İhtiyaç Duyulan Bir Alan Olarak Temel Hakların İhlali 370

a. Sendikal Nedene Dayalı İşe İade Davası 370
b. İşyeri Sendika Temsilcilerinin İş Sözleşmesinin Feshindeki Özel Düzenleme 372
c. Sendikal Neden Dışındaki Hallerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması – Farklı Ülke Uygulamaları 375
(1) Fransız Hukuku 375
(2) İsviçre Hukuku 377
(3) Alman Hukuku 379
3. Ara Değerlendirme 380
B. İşe İade Davasında Dürüstlük Kuralı Denetimi 384
1. "Samimiyet" Kavramı 385
2. Dava Sürecinde İşverenin İşe Daveti 386
3. Davanın Kabulü Sonucunda İşçinin İşe Başvurusu 391
4. Başvuru Üzerine İşverenin İşe Daveti 394
5. Dava Sürecinde İşyerinin Kapatılması 399
C. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Dürüstlük Kuralı Denetimi 401
1. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Kanun Koyucunun Öngördüğü Şartlar ve Şartların Niteliğine Dair Görüşler 401
2. Belirsiz Süreli Sayılma Yaptırımı 405
3. Belirsiz Süreli Sayılma Yaptırımının İşveren Tarafından İleri Sürülmesi veya Yargıcın Re'sen İncelemesi 408
a. Yargıcın Re'sen Değerlendirme Yapmasının veya İşverence Geçersizliğin İleri Sürülmesinin Sınırı - Normun Koruma Amacı 409
b. Geçersizliği İleri Süren İşverenin Çelişkili Davranma Yasağı ile Engellenmesi 413
D. Fesih Hakkının Etkisizleşmesi 416
1. Olağan Fesih Hakkının Etkisizleşmesi 417
2. Derhal Fesih Hakkının Etkisizleşmesi 419
III. TAZMİNAT YAPTIRIMLARI 422
A. KÖTÜNİYET TAZMİNATI 423
1. Tazminatın Hukuki Niteliği 423
2. İş Kanunu Dışında Kötüniyet Tazminatı Niteliğindeki Diğer Düzenlemeler 425

a. Deniz İş Kanunu Kapsamındaki Düzenleme 426
b. Türk Borçlar Kanunu Kapsamındaki Düzenleme 426
3. Kötüniyet Tazminatında İspat 428
4. Kötüniyet Tazminatının Feshe Bağlı Diğer Taleplerle İlişkisi 434
a. Kötüniyet Tazminatı İle İş Güvencesi Tazminatı 434
b. Kötüniyet Tazminatı İle İhbar Tazminatı 437
c. Kötüniyet Tazminatı İle Haksız Fesih Tazminatı 439
d. Kötüniyet Tazminatı ile Cezai Şart 442
B. AYRIMCILIK TAZMİNATI 446
1. Tazminatın Hukuki Niteliği 446
2. Ayrımcı Davranışın İspatı 448
3. Ayrımcılık Tazminatı ile Kötüniyet Tazminatı İlişkisi 452
C. SENDİKAL TAZMİNAT 454
1. Sendikal İşe İade Davası ve Sendikal Tazminat Taleplerinde İspat 454
2. Sendikal Tazminat ile Kötüniyet Tazminatı İlişkisi 457
3. Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi 458
D. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT 459
IV. DEĞERLENDİRME 460
SONUÇ 463
KAYNAKÇA 467

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e. : Aynı eser

a.g.e. : Adı geçen eser

a.g.m. : Adı geçen makale

a.g.t. : Adı geçen tez

AGG : Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AJDA : L'Actualité juridique : Droit administratif

APS : Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht Grosskommentar

Art. : Madde

ARV : Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung

ATF : İsviçre Federal Mahkemesi Kararı

AÜHFD :Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AYM : Anayasa Mahkemesi

Bs. / éd. : Baskı, Bası / édition

BAG : Alman Federal İş Mahkemesi

BAM : Bölge Adliye Mahkemesi

BGB : Alman Medeni Kanunu

BK : Berner Kommentar

eBK : 818 sayılı Borçlar Kanunu

bkz. : Bakınız

bkz. aş. : Bakınız aşağıda

bkz.: yuk. : Bakınız yukarıda

C / Vol./Band : Cilt / Volume / Band

Cass. soc.	: Cour de cassasion chambre sociale / Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi
CC	: Code civil français / Fransız Medeni Kanunu
CS	: Commentaire Stampfli
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
Dr. soc.	: Droit social
E.	: Esas
Ed.	: Editör
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İSGHD	: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İsviçre BK / CO	: İsviçre Borçlar Kanunu / Code des obligations suisse
İsviçre MK	: İsviçre Medeni Kanunu / Code civil suisse
İşK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JT/ JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
Kamu-İş	:Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi
Karş.	: Karşı görüş
Knr	: Kenar numarası
krş.	: Karşılaştırınız

KSchG	:Kündigungschutzgesetz (Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu)
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
m.	: Madde
MESS	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
MüKoBGB	: Münchener Kommentar zum BGB
MünchARB	: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RG	: Resmi Gazete
S / No	: Sayı
s.	: Sayfa
SJ	: la Semaine Judiciaire
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TİHEKK	: 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	:Türkiye Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
TzBfG	: Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kanunu)
v.	: versus
vb.	:ve benzeri/leri
vd.	: ve devamı / ve diğerleri

Y	: Yargıtay
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul
YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
ZK	: Zürcher Kommentar

GİRİŞ

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi genel davranış kuralı olan ve somut bir tanıma kolaylıkla varılamayan kavramları çalışmak, birçok zorluğu beraberinde getirmektedir. Bu araştırmayı yapmak, aynı zamanda Roma hukukundan günümüze uzanan bir yolculuğa çıkmayı gerektirmektedir. Kavramları tanımlamak, diğer genel kurallarla ilişkilerini açıklamak, kendi aralarındaki ilişkiye bile tam bir çerçeve çizmek oldukça çetrefilli bir uğraştır. Nasıl uygulandıklarını anlamak için bu kuralları varlığını kabul eden fakat farklı sistemleri benimseyen diğer ülkelere de dikkati çekmek önem taşımaktadır.

Tüm bu olumsuz gibi görünen özelliklerin yanı sıra, bu çalışmayı oldukça keyifli hale getiren, Medeni Kanun'un 50. Yılı Sempozyumu'nda Prof. Dr. Feyzi Feyzioğlu'nun belirttiği gibi, Türk Kanunu Medenisi'nin kabulünden bu yana geçen 95 yılda bu kavramların güncelliklerini yitirmemeleridir. Kanun koyucu, toplum içindeki davranış kurallarına uyan, karşılıklı iyi niyete ve güvene dayanan insan ilişkilerini arzu etmektedir. Günlük yaşamda, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, objektif bir değer yargısı sunar ve yargıca ışık tutar.

Hukuk düzeni, hakkaniyetle, dürüstlük kuralıyla, eşitlikle amaçladığı nihai nokta olan adalete ulaşmaya çalışır ve teorisyenlerin görevi de bu amacı gerçekleştirmek adına incelemeler yaparak, yeni yöntemler geliştirilmesine katkı sağlamaktır. Ancak adalet, kısaca tanımlanması güç olan, esasen hukuk ile ahlakın kesiştiği noktada, toplumsal hayatta oldukça genel bir kavramdır[1]. Adalet kavramının tanımlanamaz görünmesinin temel sebebi, değerlerin ve değerlere dayanan yargıların değişkenliğidir. Adalet, hem etiğin, hem de hukukun bu değer yargılarına baktığı

[1] Yasemin Işıktaç, **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması,** 2. Bs., İstanbul, Filiz, 2004, s. 27 (Hukuk Normu); Aziz Can Tuncay, "Adalet Nedir?", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 13, S: 171-172, 2018, s. 199-238, s. 200 (Adalet).

açıların kesişiminde aranır[2]. Hukuk da bu arayışın sonucu olarak toplumda düzeni ve adaleti sağlamak için başvurulan araçtır. Hukuk kuralları adil bir düzeni sağlamak için toplumdaki her durumu ve her olayı tek tek ele alamaz, inceleyemez ve bir yaptırım öngöremez. Bugün yürürlükte olan pozitif hukuk kuralları, toplumda en çok karşılaşılan örneklemeler üzerine oluşturulmuş ve günlük ihtiyaçları karşılamak için temel kuramlar üzerine inşa edilmiştir. Bu kuramlar, teorisyen ve pratisyenlere, ortaya çıkacak ihtimaller dahilinde yorum yapma fırsatı verir. Kanunlarda yer alsın ya da almasın, kuramların varlığı toplumun adil olana ulaşma amacını garanti altına alır. Yargıca birtakım yükümlülükler yükleyerek onun, yazılanın ötesinde, adil olana ulaşması için karanlıkta yol gösterici bir fener görevi görür.

Adalete ilişkin bu arayışın nedenini sorguladığımızda şu cevapla karşılaşmaktayız. İnsan, toplum içinde sosyal bir varlık olarak hak sahibidir ve hakkını ileri sürdüğünde bunun korunmasını yahut bir haksızlığa uğramamayı bekler. İşte bu beklenti karşılanmadığında adaletin yerine gelmediğini düşünür ve düzene inancı sarsılır[3]. Düzeni oluşturan hukuk kurallarının amacı da, toplumdaki bu haklı beklentilerin karşılanması, insan ilişkilerinin bir dengeye getirilmesidir. Aksi takdirde adalete duyulan inancın sarsılması, en basit insani duygu olan güveni zedeleyecektir.

Kişilerin birbirlerine dürüst davranması, adil olması, makul ortalama bir kişinin davranışına dair bir sosyal kuralın gelişmesine vesile olmuştur. Hukuk alanında bu kural, "dürüstlük kuralı" olarak adlandırılır. Dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü, insan ilişkilerinde güvene dayanan genel bir davranış yükümlülüğüdür, bununla birlikte dürüstlük kuralına aykırılık, bir işlemin hukuka aykırılığı sonucunu da doğurabilmektedir. Ancak oldukça geniş olan bu kavramın içinin doldurulması gerekmektedir. Bu çalışmada özel olarak iş ilişkisinin fesih yoluyla sona ermesi bakımından dürüstlük kuralı ve hukuk düzeninde güvenin korunmasına hizmet eden bir diğer araç olan hakkın kötüye kullanılması yasağı incelenecektir.

[2] İsmail Kıllıoğlu, **Ahlak – Hukuk İlişkisi**, İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1988, s. 272.
[3] Kıllıoğlu, **a.g.e.,** s. 289.

İş sözleşmesinin en hassas ve deyim yerindeyse "yumuşak karnı" olan fesih, sözleşme özgürlüğü perspektifiyle bakıldığında bir çıkış kapısı, İş Hukukunun koruma ve dengeleme esasıyla bakıldığında ise sınırlandırılması gereken bir yoldur. Fesih hakkının bir sosyal amacı varsa, bu amaçla korunmak istenenin ne olduğu, uzun yıllar boyunca bu hakkın nasıl kullanılacağı tartışılmıştır. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, uzun süre boyunca fesih hakkının kullanımını denetlemeye yaramıştır. Ancak iş güvencesi sistemiyle olağan fesih hakkının doğumu belirli sebeplere bağlandıktan sonra, kanunda düzenleme olan hallerde dahi bu kavramlar fesihte işlevlerini yitirmemiştir. Kanımızca iş güvencesi sisteminin düzenlenmesiyle tüm sorunlar çözülmemiş, hatta yanlarına yenileri eklenmiştir. İş güvencesi hükümlerinin getirilmesi tek başına yeterli sayılarak, iş güvencesi kapsamı dışı için fesih hala işverenin tamamıyla hareket serbestisi olan bir alan olarak mı görülmektedir? Haklı neden olarak sayılan kazuistik nedenlerde haklı nedenin varlığı sorgulanabilecek midir? Feshin tam anlamıyla geçersiz kılınması sağlanabilir mi?

Bu ve bunun gibi soruları cevaplama arayışıyla başlayan bu çalışmada, elbette tüm sorulara keskin ve doğru cevaplar verilebilmesi mümkün olmamakla birlikte, hakkaniyet ve adalet duygusunu tatmin etmeyen durumlar incelenmeye ve alternatif yöntemler önerilmeye çalışılacaktır. Bu amaçla çalışmanın birinci bölümünde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kavramları hakkındaki genel bilgilere yer verilecek, ikinci bölümde ise iş sözleşmesinin feshinde nasıl uygulama alanı buldukları değerlendirilecektir. Üçüncü ve son bölümde ise dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılmasının fesih hakkına etkisi ve hangi yaptırımların uygulanabilir olduğu tartışılarak, mevcut yaptırımların nihai sonuç olan adalete nasıl bir katkı sağladığı ve varsa daha etkin yöntemlerin kullanılması hususunda öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Kişilerin toplumsal hayatta girdikleri ilişkilerle oluşan etkileşim, bir diğerinin hayatında olumlu yahut olumsuz bir sonucun doğmasına sebep olabilir. Bir kişinin davranışı ya da sözü, bir başkasına veya bu ilişkide yer almayan üçüncü bir kişiye zarar verebilir. Ortaya çıkan sonuç nedeniyle uygulayıcının müdahale etmesi ve zararın giderilmesine yönelik bir kuralı devreye sokması gerekebilir. Halihazırda hukuk düzeni, bu olaya özgü pozitif bir norm ile düzenleme yapmış ise -yahut taraflar bu ilişkiye uygulanacak bir kuralı kendileri öngörmüşse-, yargıç bu normu uygun düştüğü ölçüde olaya uygulayacaktır. Ancak ne tarafların, ne kanun koyucunun, hayattaki her ihtimali öngörme şansı vardır. Bu nedenle, düzenleme ayrıntılı dahi olsa, somut sorunu çözebilecek yeterlilikte olmayabilir. Hukuk kurallarının anlaşılabilmesi ve sözleşmelerin tamamlanabilmesi için, hakkaniyete ulaşmak amacıyla yön gösterecek araç, hukukun temel kavramlarından biri olan "dürüstlük kuralı" olacaktır[4]. Dürüstlük kuralı, insanlar arasındaki ilişkilerin gelişmesi ve toplumda düzenin sağlanmasına hizmet eden, temel bir ilkedir. Birçok pozitif hukuk kuralı, dürüstlük kuralının işaret ettiği davranış modelinden türetilmiştir.

Davranışlara dair kanun koyucunun getirdiği bir diğer kısıtlama da hakkın kötüye kullanılmamasına yöneliktir. Buna kısaca "hakkın kötüye kullanılması yasağı" denilmektedir. Kişi, hakkını kötüye kullanmış ise, bu durumda hakkın ona sağladığı koruma mekanizmalarının işletilmesi, hukukun amacını zedeleyebilir veya ortadan kaldırabilir. Hukuk düzeni, bu durumda hakkın sağladığı koruma veya talebi karşılamayarak hak sahibini korumayacaktır. Genel hatlarıyla bu şekilde

[4] August Egger (Çev: Volf Çernis), **İsviçre Medeni Kanunu Şerh Giriş ve Kişinin Hukuku**, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1947, Knr. 2,7, s. 85; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları**, 4. Bs., İstanbul, 1951, s. 325; Derya Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 72, 2007, s. 75-93, s. 91.

özetlenebilecek bu iki ilke, sosyal yaşamda çeşitli olaylarda uygulama alanı bularak, türlü türlü görünümlere bürünmektedirler.

Kanun koyucu, bu iki temel ilkeyi aynı madde kapsamında (TMK m.2, İsviçre MK m.2) açıklamaya çalışmıştır. Öncelikle hukuki hayatın tüm süjelerine yönelerek, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, dürüstlük kuralına uygun hareket etmelerini emretmiş; ardından yargıca yönelerek, dürüst davranmanın bir ölçüt olarak alınacağını ve hakkın kötüye kullanılmasıyla sonuçlanan bir dışavurumun korunmayacağını hatırlatmıştır[5]. Kanun koyucu tarafından, maddenin kenar başlığı "Hukuki İlişkilerin Kapsamı" olarak düzenlendiğine göre, kapsam, bu ilkeler doğrultusunda tespit edilecektir. Bununla birlikte, yalnızca hukuki ilişkilerin değil, özel hukuktan doğan tüm haklar ve hatta kaynağı kamu hukuku olan hakların da dürüstlüğe dayanan bir temeli olduğu, doktrinde ifade edilmiştir[6].

Bir kuralın niteliği ne kadar genelse, yargılamanın onu kullanarak yarattığı etki alanı o denli genişler[7]. Dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü ve hakkın kötüye kullanılması yasağı da yaygın bir etki alanına sahip olan; adalet, iyi niyet, ahlak, sosyal etik değerler gibi genel kurallardır[8]. Yargıca oldukça geniş bir değerlendirme yetkisi verir, bu nedenle bu prensiplerin tutarlı ve öngörülebilir olarak uygulanabilmeleri için somutlaştırma yollarını tespit etmek önem taşır[9]. Bu kuralların somut uyuşmazlıklarda nasıl uygulanacağı, yargılamanın bugüne kadar yaptığı değerlendirmelerle verilen kararlarla şekillenmiştir. Doktrinde de bu kararlar eleştirilmiş, incelenmiş ve görüşler günümüze dek evrilerek oluşturulmuştur.

---

[5] Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, "Medeni Kanunun 50.Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması", **Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu**, İstanbul, 1978, s. 147-189, s. 150 (Kötüye Kullanma).

[6] Zahit İmre, **Medeni Hukuka Giriş,** 3. Bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 289; Jale Akipek / Turgut Akıntürk / Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku,** C:1, 12. Bs., İstanbul, Beta, 2016, s. 163.

[7] John H. Crabb, "The French Concept of Abuse of Rights", **Inter-American Law Review**, Vol. 6, No:1, 1964, s. 1-24, s. 7.

[8] M. Kemal Oğuzman, **Medeni Hukuk Dersleri**, 3. Bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1978, s. 184 (Medeni Hukuk); Henri Deschenaux, **Le titre préliminaire du Code Civil,** Tome II,1, Friburg, Editions Universitaires Fribourg, 1969, s.140; İmre, **a.g.e.,** s. 302; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bs., İstanbul, Vedat, 2006, s. 18 (Dürüstlük Kuralı); Paul-Henri Steinauer, **Traité de droit privé Suisse, le titre préliminaire du Code Civil, Tome II/1,** Friburg, Helbing Lichtenhahn, 2009, Knr. 493, s. 177.

[9] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 493, s. 177.

Bu iki düzenleme birbirini bütünleyici nitelik taşır ancak başka işlevler üstlenirler[10]. Çalışmamızda yol göstermesi amacıyla kavramların işlevlerini anlamak, bunun için de kökenlerini, doktrin ve içtihattaki yerlerini, uygulama alanlarını incelemek gerekmektedir. Aralarında nasıl bir bağlantı olduğu konusundaki görüşlere de bölümün sonunda yer verilecektir.

Çalışmamızda kanun koyucunun sıralaması doğrultusunda, öncelikle doktrinde "doğruluk ve güven kuralları", "dürüstlük kuralı" yahut "dürüstlük kuralları" olarak tanımlanabilen TMK m. 2/1'de yer alan hukuki kaide, bizim kullanmayı tercih ettiğimiz biçimiyle "dürüstlük kuralı"[11] incelenecektir. Ardından hakkın kötüye kullanılması yasağı ve bu iki kavram arasındaki ilişkiyi açıklayan doktrin görüşlerine yer verilecektir.

I. DÜRÜSTLÜK KURALI

Dürüstlük, kişinin diğer insanlarla ilişkilerinde, davranış ve sözlerinde doğruyu ifade etmesi, göstermesidir. Dürüstlük, toplumsal yaşam için önemlidir çünkü yalanın, kandırmanın egemen olduğu bir toplumda, sosyal yaşamın özü zedelenir[12]. Kanun koyucunun bir düzen oluşturmaya, sosyal yaşamı kurmaya yönelik yaklaşımı çerçevesinde dürüstlük beklentisi, tüm hukuki ilişkilerin özünü oluşturacaktır. Bu nedenle dürüst davranma, her dönem ve toplumda, bir davranış yükümlülüğü olarak görünüm kazanmıştır.

Buna karşılık hukuk kuralı haline gelen "dürüstlük kuralına göre davranmak" yahut "dürüstlük kuralına uygun davranış"tan bahsedildiğinde, tanımlanmaya muhtaç genel bir ifadeyle karşılaşılır. Çeşitli yazarlar bu kavramı, düzenlenme amacına yönelerek tanımlamaya çalışmışlardır. Kanun koyucu, kişilerin yalnızca dürüst

[10] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 461, s.165.
[11] Fransızca orijinalinden ("*les regles de la bonne foi*") çevrildiğinde, çoğul olan "kurallar" ifadesi kavrama daha uygun düşmektedir. Ancak kavramsal yeknesaklık açısından bu çalışmada "dürüstlük kuralı" tabiri kullanılacaktır.
[12] Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Bs., Ankara, 1993, s. 292 (Medeni Hukuk); Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, 3. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 115.

olmasını değil, belirli bir şekilde hareket etmelerini amaçlamaktadır. Dürüstlük kuralı kapsamında toplumdaki kişilerden beklenen, haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken adil, dürüst ve orta zekâlı bir kişinin davrandığı gibi davranmalarıdır[13]. Bir kimsenin öznel niteliği olan dürüstlükten ziyade, objektif bir davranış modeline işaret edilmiştir[14]. Bu davranış modelinin uygulama alanı, hakların kullanılması ve borçların ifası olarak belirlenmiştir.

Hukukun her alanında amaçlanan, insanlar arasındaki ilişkinin düzenlenmesi, güvenin sağlanması, zarar oluşumunun önlenmesi ve önlenemeyen zararın giderilmesidir. Bu pencereden bakıldığında, birçok pozitif hukuk kuralının kaynağını dürüstlük kuralından almakta olduğu görülebilecektir. Ancak pozitif hukuk her zaman ve her koşula ilişkin somutlaştırılmış bir sonuç içerememektedir. Bu nedenle dürüstlük kuralı, somut olaya yönelik bir kural düzenlenmediği halde ihtiyaç duyulan ve başvurulan bir gereçtir[15].

Öncelikle bu kuralın geçmişten günümüze nasıl görünümlere büründüğünü ve pozitif hukuka nasıl yansıdığını inceleyeceğiz.

---

[13] Ferit Saymen, **Türk Medeni Hukuku**, C:1, İstanbul, 1948, s. 281 (Medeni Hukuk); Aytekin Ataay, **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, 3. Bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 147; s. 166; Velidedeoğlu, **a.g.e**., s. 325; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 166; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 291; Necla Giritlioğlu, **Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması**, İstanbul, 1989, s. 4; Selahattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bs., İstanbul, Filiz, 1992; Talih Uyar, "Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı (MK 2/I) ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (MK 2/II)", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, s. 439-465, s. 440; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 12; Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 166; M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 26. Bs., İstanbul, Vedat, 2020, Knr. 853, s. 266; Yalçın Kavak, **Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması**, İstanbul, Legal, 2019, s. 5; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 24. Bs., Ankara, Yetkin, 2019, s. 19; Mustafa Dural / Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku,** C:1, 14. Bs., İstanbul, Filiz, 2019, s. 244; Osman Gökhan Antalya / Murat Topuz, **Medeni Hukuk**, C:1, 3. Bs., Ankara, Seçkin, 2019, s. 495; Mehmet Ayan / Nurşen Ayan, **Medeni Hukuka Giriş**, 13. Bs., Ankara, Adalet, 2020, s. 229; Hüseyin Altaş, **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK 1-7)**, 2. Bs., Ankara, Yetkin, 2020, s. 263 (Medeni Hukuk).

[14] Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk**, 2. Bs., İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984, s. 136. Kişilerin hukuki düzenleme yoluyla dürüst kılınamayacağı ancak dürüstlermiş gibi davranmaları için gerekli önlemlerin alınabileceği, böylece düzenin korunmasına hizmet edileceği yönünde bkz. Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 278.

[15] Saymen, **Medeni Hukuk,** s. 282; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması (Objektif Hüsnüniyet ve Hakkın Suistimali)", **Adliye Dergisi,** S:2, Yıl:50, Haziran 1959, s. 113-140, s. 113.

A. Hukuk Sistemlerinde Dürüstlük Kuralı

1. Roma Hukuku

Dürüstlük kuralına uygun davranış yükümlülüğü, kaynağını *"Bona fides"* ile Roma Hukuku'nda bulmaktadır[16]. *Bona fides,* Latince "iyi" anlamını taşıyan "*bona*" ile "sadakat, güven, inanç" gibi değerleri ifade eden "*fides*[17]" kelimelerinden oluşur. Cicero'ya göre adaletin temeli *fides*, "yani verilen sözlere ve yapılan anlaşmalara sadık kalmak, dürüst olmaktır"[18]. Roma hukukçuları, içerdiği geniş anlam ve yarattığı birden çok alt kavram nedeniyle *bona fides i* tanımlamanın bir totoloji doğurduğunu öne sürmüşlerdir[19].

Bona fides, günümüzde "iyiniyet" ve "dürüstlük kuralı" olarak adlandırılan temel kavramların her ikisini de karşılayan bir bütün olarak[20] karşımıza çıkmaktadır. *Bona fides*, bazı hukukçular tarafından da hakkaniyeti (*aequitas*) ifade eder şekilde kullanılmıştır[21]. Kavramın tam ve kesin bir tanımını yapmak, kanımızca kuralın uygulama alanının genişliği açısından doğru bir yaklaşım olmaz. Denilebilir ki, *bona fides* hem iyiniyeti, hem dürüstlük kuralını anlatan, kişilerarası ilişkilerde güvenin, samimiyetin, doğruluğun esas olduğunu ve ilişkilerde muhatabın haklı menfaatlerine

[16] Ergun Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bs, İstanbul, 1986, s. 306.
[17] Jüpiter ile bağdaştırılan Tanrıça Fides, birçok özelliğinin yanı sıra sözleşmelerin tanrıçası -Deus fidius, sözün ve güvenin tanrısı- olarak kabul edilmiştir. Ali Güzel / Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", **Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan,** C:20 S:1, İstanbul, 2014, s. 17-66, s. 28. Bu anlayış Jüpiter'i de ışığın ve şimşeğin ustası olarak kabul eder; dürüstlük, ışığı ve bunun ortaya çıkışı da şimşek gibi adaleti temsil eder. Fides'e göre verilen söz tutulmalı, gereği yerine getirilmelidir, bkz. Philippe le Tourneau / Matthieu Poumarede, "Bonne Foi", **Répertoire de droit civil**, Knr.6, Dalloz 2017.
[18] Cicero (Çev: C. Cengiz Çevik), **Yükümlülükler Üzerine**, I, VII, 23, 8 Bs., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2021, s. 12; le Tourneau / Poumarede, **a.g.m.,** Knr.6.
[19] Talya Şans Uçaryılmaz, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C: 30, S: 135, Mart 2018, s. 335-382, s. 336 (Dürüstlük Kuralı).
[20] Ernst Zeller, **Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot**, Zürih, Schultess, 1981, s. 157.
[21] Uçaryılmaz, **Dürüstlük Kuralı**, s. 346; Kavak, **a.g.e.,** s. 14.

önem verilerek hareket edilmesi, gerektiğini açıklamaya yarayan bir genel hukuk ilkesi olarak varlık kazanmıştır[22].

Cicero, yalnızca sözleşmelerdeki güvene atıf yapsa da, ikinci yüzyıldan itibaren daha objektif bir *bona fides* mantığı kabul edilmiştir, bu da sözleşmelerden doğan edimlerin ifasında da dürüst davranmanın aranması sonucunu doğurmuştur[23]. Birçok metinde, tarafların dürüstlük doğrultusunda hareket etmeleri gerektiği, aksi halde bundan bir fayda sağlayamayacaklarına göndermeler yapılmıştır. Güncel hukuk düzeninden örneklemek gerekirse, TBK m. 23'teki genel işlem şartının şüphe halinde düzenleyenin aleyhine yorumlanacağının kökenini Roma Hukukuunda şurada görmekteyiz; Cels. D. 34, 5,26: "*Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*[24]".

Bazı hallerde hukuk kuralların katı bir şekilde uygulanması ile nihai amaç olan adalete ulaşılamadığı, bu nedenle *bona fides* e ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir[25]. Herkesin bir başkasının sözüne güven duyması gerektiği görüşünde olan hukukçular, bazı eylemlerin (veya davaların) örf-adete uymasa da geçerli kabul edilmesi gerektiği (*negotia bonae fidei*), bazı sözleşmelerin şartlara uymadan yapılmasına rağmen geçerli sayılması gerektiği kabul edilmiştir[26].

Dürüstlük kuralının insan ilişkilerine yansımasını daha iyi anlayabilmek ve dürüstlük kuralının rolünü irdeleyebilmek için Roma Hukukunda şahısları ve hak ehliyetini kısaca açıklamak gerektiği kanaatindeyiz. Roma Hukukunda hakkın süjesi şahıstır, bununla birlikte şahıs olabilmek için insan olmak yeterli görülmemiştir. Bugünkü anlamıyla herkesin hak sahibi olduğu, her şahsın hak ehliyetinin olduğu bir düzen, Roma Hukukunda bulunmamaktadır[27]. Kişinin içinde bulunduğu cemiyet, devir ve inanışa göre, o hukuk düzeni kapsamında hak sahibi olup olmadığı

[22] Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 70.
[23] Philippe le Tourneau / Matthieu Poumarede, **a.g.m.,** Knr.7.
[24] Nitekim hükmün gerekçesinde de bu kuralın "in dubio contra stipulatorem" (Sözleşme, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden geldiği belirtilmiştir.
[25] Talya Şans Uçaryılmaz, **Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)**, Ankara, Yetkin, 2019, s.108 (Bona Fides).
[26] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 487, s. 174.
[27] Bülent Tahiroğlu / Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der, 2019, s. 140.

belirlenecektir[28]. Hak sahibi sıfatı, hak ehliyetine sahip olmayı gerektirir. Hak ehliyetine sahip olmanın da üç koşulu mevcuttur, bunlar "*status libertatis"* (hürriyet durumu), "*status civitatis"* (vatandaşlık durumu) ve "*status familiae"* (aile durumu) ile tespit edilir[29].

Kişinin köle olmaması, vatandaş olması ve "*sui iuris"* olması koşulları sağlanması halinde hak ehliyetinin varlığı kabul edilebilir. *Sui iuris* olmak için usul tarafından erkek kimsesi olmamak veya hakimiyetten çıkarılmış olan kadın yahut erkek olmak gerekir. Kişi erkekse ancak başkasının hakimiyeti altındaysa, bu durumda *alieni iuris* olur, kadınlar da evlenerek bir erkeğin *manus* u altına girerler[30]. Eski dönem Roma'da aile kavramı günümüzden farklıdır ve tek bir kişinin hakimiyeti esası söz konusudur; bu kişinin hakimiyetine "*patria potestas*" adı verilir. Erkek olan bu kişinin aile babası, yani "*pater familias*" olduğu kabul edilir. Bu anlamda aile babasına bir devlet başkanı gibi rol verilmektedir, nitekim aile birliğini dışarıya karşı temsil eder[31].

Aileyi bir ekonomik birlik olarak gören bu anlayış, aile içinde *pater familias* dışındaki tüm bireylerin az çok benzer fonksiyonları olduğunu ve bu kimselerin dışarıdaki kişilerle iletişimlerinin oldukça az olduğunu kabul eder. Bu nedenle ailedeki malvarlığının tek hakimi *pater familias*tır[32]. *Pater familias ın* bu geniş yetkiler ile ailenin içindeki hâkimiyeti, tek başına tüm bireyler için tasarrufta bulunması sonucunu doğurur. Geniş yetkilerine karşın, onu denetleyen bir mekanizma bulunmamaktaydı[33]. Böylece *pater familias,* toplumdaki hak sahibi birey olarak *patria potestas* ı altındaki kişiler üzerinde neredeyse bütün hukuki işlemleri yapabilmiştir. Bu geniş yetkiler karşısında ondan beklenen, dürüst, makul, davranışlarının sonucunu bilen, orta zekâlı insan davranışı *(bonus pater familias)* olarak kabul edilmiş[34] ve hakların kullanılması

[28] Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta, 1987, s. 153; Şahin Akıncı, **Roma Hukuku Dersleri**, 11. Bs., Konya, Sayram, 2017, s. 160.
[29] Umur, **a.g.e.,** s. 156.
[30] Umur, **a.g.e.,** s. 167; Tahiroğlu / Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 150.
[31] Umur, **a.g.e.,** s. 168.
[32] Tahiroğlu / Erdoğmuş, **a.g.e.,** s. 173.
[33] Akıncı**, a.g.e.,** s. 183.
[34] Uçaryılmaz, **Bona Fides**, s. 83.

ve borçların yerine getirilmesinde ideal olan davranış olduğu ifade edilmiştir[35]. *Pater familias*, dürüst, ideal kişi (*vir bonus*) gibi hareket etmelidir[36].

Roma hukukunda iş görme borcu içeren sözleşmeler arasında iş sözleşmeleri (*locatio conductio operarum*) de yer almaktadır. Günümüzdeki anlamıyla iş sözleşmesine tam olarak karşılık gelmese de, Roma'da bir şeyi başkasına kullandırma anlamına gelen *operae* ifadesi, *pater familias* ın başka bir *pater familias* a kiraladığı köle hizmetini anlatmak için kullanılmıştır[37]. Doktrinde, iş sözleşmelerinin de dürüstlük kuralının uygulama alanında olduğu belirtilmektedir[38]. Bu sözleşmelerin süreye bağlanabileceği, süresiz yapılan sözleşmenin işin işçi için ağır koşullar oluşturması durumunda, işçi tarafından tek taraflı olarak bozulabileceği kabul edilmiştir. Doktrinde Uçaryılmaz, bu bozma hakkının modern hukuktaki olağan fesih hakkına benzediğini ve kaynağını dürüstlük kuralında bulduğunu ifade etmektedir[39].

Zaman içinde Roma Hukukunu temel alarak gelişen günümüzdeki Kıt'a Avrupası hukuk sistemleri de kişiler arası ilişkilerde dürüstlük kuralını benimsemiş ve kodifikasyonlarına dahil etmişlerdir.

2. Fransız Hukuku

Fransız Hukuk sisteminde "*bonne foi*" kavramı Roma Hukukunda olduğu gibi hem iyi niyete, hem de dürüstlük kuralına karşılık gelmektedir[40]. Bu nedenle ayrım yapmak gerektiğinde dürüstlük kuralı "*la bonne foi objective"* (objektif iyiniyet)

---

[35] Özsunay, **a.g.e.,** s.307; Ateş, **a.g.m**., s. 82.

[36] Stéphane Abbet, **De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit,** Basel, Schultess, 2006, s. 18; Uçaryılmaz, **Bona Fides**, s. 82. Bununla birlikte zaman içerisinde *pater familias* ın bu geniş yetkilerini kötüye kullanmasını önlemek amacıyla *magistra*ların önlem alarak aile yapısına müdahale etmeye başladığı ve İmparatorluk döneminde *patria potestas* ın geniş yapısının önemli ölçüde etkinliğini kaybettiği ifade edilmektedir, bkz. Akıncı, **a.g.e.,** s. 183.

[37] Seza Reisoğlu, **Hizmet Akdi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 1-2; Adil İzveren**, İş Hukuku (I, II, III),** Ankara, Doğuş Matbaacılık, 1974, s. 8; Özcan Karadeniz, **Justinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri,** Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 6; Kübra Doğan Yenisey, "Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış", **Legal İSGHD**, C: 11, S: 41, 2014, s. 45-71, s. 49 (Roma Hukuku).

[38] Karadeniz, **a.g.e.,** s. 158-161; Doğan Yenisey, **Roma Hukuku**, s. 51-52; Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s.257.

[39] Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 258.

[40] Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 113; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 155; Giritlioğlu, **a.g.e.,** s.2.

olarak ifade edilir[41]. Doktrinde belirtildiği üzere "*objektif*" ifadesi yalnızca iki kavramı ayırmayıp, aynı zamanda dürüst davranma yükümlülüğünün psikolojik olmayan, objektif olarak ortaya çıkması beklenen aktif bir davranış olduğunun da altını çizmektedir[42].

Fransız Medeni Kanunun eski 1134 ve 1135. maddelerinde, sözleşmelere ilişkin genel düzenlemelere yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, Fransız Hukukunda, hukuka uygun biçimde kurulmuş sözleşmeyle tarafların kendi arasında bir düzen oluşturduğu kabul edilir, hatta bu kabul nedeniyle sözleşme, onu bağıtlayanların yasası olarak tanımlanmıştır[43]. Kanunun eski 1134-3. maddesi, sözleşmelerin iyi niyet uyarınca ifa edilmesi gerektiğini de açıkça hüküm altına almaktaydı.

Doktrinde dürüstlük kuralının kapsamına ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bi görüşe göre hukuki işlemlerde kurala uygulama alanı bırakılmamıştır[44]. Diğer görüşe göre ise bu düzenleme genel bir prensip niteliği taşımaktadır. Roma Hukukundaki *ius strictum* un artık ortadan kalkması nedeniyle kanun hükmünün kesin olarak uygulanmasının gerekmediği, yargıcın bu düzenlemeye dayanarak, her durumda tarafların iradelerine üstünlük tanıyacağı savunulmaktadır[45]. Bu perspektiften bakıldığında, m. 1134 ve hakkaniyete atıf yapan m. 1135. yalnızca sözleşmelerin yorumlanmasını sağlayan hükümler değillerdir[46].

Josserand ve Demogue'un görüşleri doğrultusunda kavram yeniden etkinlik kazanmıştır. Demogue'a göre tarafların arasındaki ilişki küçük bir evrendir, taraflar bu küçük toplulukta birbirlerinin ortak amaçları doğrultusunda hareket etmelidirler[47]. Birlik, iletişim, samimiyet gibi sosyal değerlerin sözleşme içindeki yeri yeniden ortaya

[41] Uçaryılmaz, **Bona Fides**, s. 69.
[42] le Tourneau / Poumarede, **a.g.e.,** Knr.4.
[43] Eren, **a.g.e.,** s. 17.
[44] Gérard Lyon-Caen, "De l'évolution de la notion de bonne foi", **Revue trimestrille de droit civil**, Tome 44, 1946, s. 75-112, s. 83 (Bonne foi).
[45] Cristophe Vigneau, "The Obligation of Good Faith in France", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol: 32, No:3, 2011, s. 593-602, s. 594 (Good Faith).
[46] Marcadé, **Elemens du droit civil français**, t.4, 2e éd., 1846, s. 461. (Naklen: le Tourneau / Poumarede, **a.g.e.,** Knr.8)
[47] Demogue, **Traité des obligations en général**, t. VI, 1931, No: 3 (Naklen: le Tourneau / Poumarede, **a.g.e.,** Knr.10)

çıkmıştır[48]. 2016 yılında Fransız Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikle tarafların dürüstlükle davranması gerektiğine ilişkin düzenleme m. 1104'e alınmıştır[49].

Dürüstlük kuralının Fransız Hukukunda tüm hukuk dallarına yayılmış bir uygulama alanına sahip olduğu kabul edilmektedir[50]. Geçmiş yıllarda, iş ilişkileri de m. 1134-3'teki genel hüküm kapsamında değerlendirilmiş, tarafların dürüstlük kuralından doğan yükümlülükleri yargıçlar tarafından belirlenmiş, ilişkiyi zedeleyecek nitelikteki davranışlara bu kapsamda yaptırımlar öngörülmüştür[51]. İş sözleşmesinde tarafların birbirlerine inanç ve güveninin esaslı unsurlardan sayılması ve sözleşmenin *intuitus personae* niteliği dolayısıyla, dürüstlük kuralı ilişkiyi şekillendirmede önemli bir rol oynamaktadır. 2002 yılı itibariyle Fransız İş Kodu m. 1222-1'de iş sözleşmelerinin dürüstlükle ifa edilmesi gerektiğini içeren özel bir hüküm ihtiva etmektedir. İş sözleşmesinde hakların ve borçların şekillendirilmesi için genel hükümlere dayanılarak yerleşmiş bir uygulama oluşturulduğundan, özel düzenleme ile ciddi bir farklılık yaratılmamış olduğu doktrinde ileri sürülmektedir[52].

3. Alman Hukuku

Alman doktrininde "*Treu und Glauben*" ifadesinin, doğruluk ve inanca denk geldiği, tarafların arasındaki güvene dayalı ilişkiye işaret ettiği, bu nedenle Roma Hukukundan gelen *bona fides* ile derinden bağlı olduğu belirtilmektedir[53]. Kuralın bir diğer kaynağı da ortaçağ Cermen Hukukudur, 18. yüzyıl sonlarında bazı hukuki düzenlemelerde bu kuralın erken örneklerine rastlanmaktadır[54].

Alman kanun koyucusu, İsviçre-Türk Hukuk sistemindeki gibi genel bir kural yerine, dürüstlük kuralına ifa ve yorum aşaması bakımından iki farklı hükümde yer

[48] le Tourneau / Poumarede, **a.g.e.,** Knr.10.
[49] le Tourneau / Poumarede, **a.g.e.,** Knr.16.
[50] le Tourneau / Poumarede, **a.g.e.,** Knr.13.
[51] Vigneau, **Good Faith**, s. 594.
[52] Vigneau, **Good Faith**, s. 595.
[53] Bernd Waas, "Good Faith in the Law of the Employment Relationship: Germany," **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol:32, No. 3, 2011, s. 603-630, s. 605.
[54] Waas, **a.g.m.,** s. 606.

vermeyi tercih etmiştir[55]. Öncelikle BGB **§** 157'de, sözleşmelerin yorumlanması aşamasında doğruluk ve dürüstlüğün gerektirdiği ölçüde hareket etmek gerektiği düzenlenmiştir. Borçların ifası bakımından dürüst davranma yükümlülüğü ise **§** 242'de yer almaktadır[56]. BGB **§** 242'nin Türkçe ifadesi şu şekildedir: "*Borçlu ifayı, işlem teamülü çerçevesinde doğruluk ve dürüstlük kuralı nasıl gerektiriyorsa o şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür*[57]". Doktrinde bir görüşe göre hükmün lafzına ve kanunun sistematiğindeki yerine bakılırsa sadece dar anlamda borç ilişkilerine özgülenmiştir[58]. Ancak çoğunluğun kabul ettiği üzere bu düzenleme, Alman Hukukunda dürüstlük kuralının temelini oluşturan[59] genel nitelikli bir hukuk kuralıdır ve yalnızca borç ilişkilerine ilişkin olmayıp usul hukuku, ceza hukuku ve kamu hukukunun diğer dalları gibi alanlara da nüfuz etmiştir[60].

Almanya'da 1951 tarihinden beri yürürlükte olan Feshe Karşı Koruma Yasası (Kündigungschutzgesetz) ile Alman İş Hukukunda fesihlerin sosyal anlamda haklı olup olmadığı[61] tespit edilmektedir. Doktrinde Yasanın oluşturulmasında dürüstlük kuralının yüklediği davranış modelinin önemli bir rolü olduğu ifade edilmektedir[62]. Sosyal anlamda haklılığı tespit, yargıç tarafından somut olayın özelliklerine göre yapılacaktır. Bu esnada **§** 242'nin gerektirdiği üzere taraf menfaatleri tartılacak, tartıma esas alınan menfaatlerde kişilerin temel hak ve özgürlükleri göz önünde bulundurulacaktır[63]. Ayrıca feshe karşı korumada içtihat hukukunu geliştiren kavramların türetilmesi için de dürüstlük kuralına başvurulmakta, kimi zaman da

---

[55] Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 115; Saymen, **Medeni Hukuk,** s. 279.
[56] Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 4.
[57] Nami Barlas, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi", **İÜHFM**, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C:55, S:3, 1997, s. 191-208, s.193.
[58] Barlas, **a.g.m.,** s.193. Yazara göre, dürüstlük kuralını böylesine dar bir alanda kalmasının doğru olmadığını, dürüstlük kuralının yasal düzenlemeye bağlanması esasen zorunlu olmayan, bağlandığında da onun için kullanılan lafızdan bağımsız biçimde kendisine hareket alanı bulabilen bir genel hukuk ilkesi olduğunu ve salt hukuki değil, aynı zamanda sosyal ve ahlaki bir boyuta da sahip olduğunu ileri sürmüştür, bkz. Barlas, **a.g.m.,** s. 200.
[59] Bettina Kahil-Wolff, "L'abus de droit en droit du travail allemand -un cas d'application –", **Abus de droit et bonne foi**, Friburg, Editions Universitaires Fribourg, 1994, s. 77.
[60] Waas, **a.g.m.,** s. 604; **MüKoBGB/ Schubert**, BGB § 242, Knr. 2; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 4-5.
[61] Federal Almanya Anayasası'nın 12. maddesinde düzenlenen "çalışma hakkı"nın, feshin sosyal anlamda haklılığı değerlendirilirken esas alınması gerektiği yönünde, APS/Vossen, **KSchG § 1**, Knr. 2.
[62] Waas, **a.g.m.,** s. 624-625.
[63] Waas**, a.g.m.,** s. 607. Almanya'da içtihat hukukunun gelişiminde temel hak ve özgürlüklerin dürüstlük kuralı gibi hükümlerin yorumuyla uygulanması, diğer bir deyişle yatay etkisinin önemi bulunmaktadır, bkz. **a.g.m.,** s. 622.

koruyucu hükümlerin kapsamı dışındaki işçiler, dürüstlük kuralı sayesinde bu korumadan yararlandırılmaktadır[64].

Günümüzde, Alman Hukukunda yargılama ve doktrin vasıtasıyla BGB **§** 242'nin İsviçre MK m. 2'nin anlaşıldığı şekilde yorumlandığı kabul edilmektedir[65]. Dürüstlük kuralının yorumlayıcı, tamamlayıcı, sınırlayıcı ve düzenleyici işlevleri olduğundan söz edilmektedir[66].

4. İsviçre-Türk Hukuku

İsviçre Hukukuna diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak daha detaylı değinmek gerektiği görüşündeyiz, zira kavramlar hukukumuza İsviçre MK'den iktibas edilmiştir. Alman ve Fransız sistemlerinden farklı olarak İsviçre MK'de dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğüne, başlangıç hükümleri arasında yer verilmiştir. Bu nedenle Türk Hukukuna da bu şekilde alınmıştır[67]. O dönemden bugüne tartışmalar, İsviçre Hukukundaki görüş ve kararlarla paralel bir şekilde ilerlemiştir.

İsviçre MK m. 2'nin Almanca ve Fransızca metinleri arasındaki farklılık ve Fransızca metnin çeviride tercih edilmesi, kavramın niteliğine dayalı eleştirilere sebep olmuştur. "*Bonne foi*" kavramı, Fransızca'dan Türk Kanunu Medenisi'ne tercüme edilirken, ikinci ve üçüncü madde için ortak olarak "*hüsnüniyet*" ifadesi tercih edilmiştir[68]. Dürüstlük kuralına "*objektif hüsnüniyet*", 3. maddenin kapsamına giren ve güncel dilde iyi niyet olan kavrama "*sübjektif hüsnüniyet*" adı verilmiştir[69].

Doktrinde dürüstlük kuralı için "*objektif iyi niyet*" ifadesi de kullanılmaktadır, bununla birlikte bazı yazarlar, "niyet" gibi öznel bir kavramın objektifliğinin olamayacağı düşüncesiyle bu ifadeyi eleştirmişler ve dürüstlük kuralı ifadesini tercih

[64] Waas, **a.g.m.,** s. 621.
[65] **HK-BGB/Reiner Schulze**, BGB § 242, Knr. 1.
[66] Buradaki sınırlayıcı işlev, hakkın kötüye kullanılması denetimine izin vermekte, düzenleyici işlevse sözleşmenin uyarlanmasına temel teşkil etmektedir, bkz. Waas, **a.g.m.,** s. 608-609.
[67] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 291; Velidedeoğlu, **a.g.e.,** s. 326.
[68] "Hüsnüniyet" tabirinin dürüstlük kuralı bakımından uygun olmadığı yönünde, bkz. Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 279-280.
[69] Köprülü, **a.g.e.,** s. 135; Özsunay, **a.g.e.,** s. 306; Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 2.

etmişlerdir[70]. Başka bir görüş ise, iyi niyetin objektif ve sübjektif olarak ikiye ayrılmasının mümkün olmadığını, içeriğinde hem nesnelliği, hem öznelliği barındırdığını savunmaktadır[71]. Bazı yazarlarca, kanunun Almanca metninde kullanılan ve "doğruluk ve inanç" olarak çevrilen "*Treu und Glauben"* teriminin kavramı daha doğru açıkladığı ileri sürülmektedir[72]. Güncel olarak TMK, "dürüstlük kuralları" ifadesini esas almıştır.

"Dürüstlük kuralları" ifadesindeki "kural", davranışı gerçekleştiren kişinin sübjektif hissiyatından bağımsız olarak objektif davranış kurallarına işaret etmektedir[73]. Üçüncü maddedeki iyi niyetten bu anlamda ayrılır, iyi niyet kişinin iç dünyasındaki yönelimini incelerken, ikinci madde kişinin dış dünyasındaki değerleri esas almaktadır[74]. Bu değerler, aslında zaman içinde hukukçular tarafından referans olarak kullanılarak, adım adım her hukuk sisteminin temel ortak değerlerini oluşturan sosyal etik kurallarıdır[75]. Dürüstlük kuralı, doktrinde bir koruyucu davranış normu olarak tanımlanmıştır[76]. Engel, kuralın önemini şu benzetmeyle açıklamıştır: "*Doğruluktan, iyi niyetten yoksun bir hak, sapı olmayan bir bıçak kadar anlamsızdır*.[77]"

B. Dürüstlük Kuralının Uygulama Alanı

İsviçre-Türk Hukuk sisteminde dürüstlük kuralı, diğer sistemlerden farklı olarak, çok daha geniş bir uygulama alanı[78] bulacak şekilde düzenlenmiştir[79].

---

[70] Tekinay, **a.g.e.,** s. 165.
[71] İmre, **a.g.e.,** s. 286.
[72] Köprülü, **a.g.e.,** s. 136; Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 151; İmre, **a.g.e.,** s. 286; Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 467, s. 167; Ayan / Ayan, **a.g.e.,** s. 230.
[73] Edis, **Medeni Hukuk,** s. 292; Antalya / Topuz, **a.g.e.,** s. 495.
[74] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 151; Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 468, s. 167.
[75] Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 280; Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 469, s. 167.
[76] Eren, **a.g.e.,** Knr. 1837, s. 668.
[77] Pierre Engel, "La portée de la clause générale de la bonne foi (Art. 2 CC) dans la jurisprudence et par rapport a sa concrétisation dans certains domaines spécifiques (LCD, Bail, Contrat de Travail)", **Abus de droit et bonne foi**, Friburg, Editions Universitaires Fribourg, 1994, s. 127.
[78] Doktrinde Ataay, genel davranış kurallarını içermesine rağmen hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde görev üstlenmesi nedeniyle, dürüstlük kuralını, hukukun istisnai yürürlük kaynakları arasında saymıştır, bkz. Ataay, **a.g.e.,** s. 101.
[79] Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 279.

Dürüstlük kuralına, "Hukuki İlişkilerin Kapsamı" başlığını taşıyan TMK m. 2'nin birinci fıkrasında yer verilmektedir. Düzenleme gereğince hukuken mevcut bir hakkın yahut borcun varlığı halinde, kural uygulama alanı bulacaktır[80].

Kuralın uygulanması için taraflar arasında bir hukuki ilişkinin varlığının aranıp aranmayacağı noktasında açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş, kuralın uygulama alanını tespit ederken, tarafların hâlihazırda güven ilişkisine dayanan bir bağlantı kurmuş olduğu düşüncesine dayanmıştır[81]. Bu bağlantı yalnızca sözleşmesel (yahut sözleşme öncesi ilişki) olmakla kalmayıp, komşuluk ilişkilerinde olduğu gibi kanundan da doğabilir[82]. Böylece kural, taraflar arasında doğrudan bir hukuki ilişki olmadığı hallerde de uygulanabilir, nitekim rekabet edenler buna örnek olarak gösterilmiştir[83].

Doktrinde Giritlioğlu, dürüstlük kuralının uygulanabilmesi için taraflar arasında bir "özel bağ"ın mevcut olmasının gerekli olduğunu, bu bağın varlığının bir ölçüt oluşturduğunu belirtmiştir. Bu özel bağ, taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğar, ancak yalnızca hukuki işlemden değil, aynı zamanda haksız fiilden, vekâletsiz iş görme yahut sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışı nedenlerle de kurulabilir. Önemli olan bağın varlığıdır, aradaki bağın niteliğine göre dürüstlük kuralının aradığı davranış yükümlülüğü de kendi özelliğini gösterecektir. Bazı hallerde tarafların menfaatleri bu bağa göre zıt karakterdedir, bazı durumlarda ise menfaatler zıt olmamakla birlikte farklı görünüm sergileyebilir. Her somut durum için beklenecek davranışlar, durumun özelliğinden kaynaklanan nitelikleri taşıyacaktır[84].

---

[80] Esat Arsebük, **Medeni Hukuk,** İstanbul, Tan Matbaası, 1938, s. 101.

[81] Seyfullah Edis, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 447(Doğruluk ve Güven); Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:1, 2. Bs., İstanbul, Beta, 2013, s. 128 (Borçlar Genel); Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 167.

[82] Komşuluk ilişkilerinde somut bir davranış yükümü olmayıp genel bir mutlak hakka tecavüz etmeme yükümü kurduğu görüşünde, bkz. Rona Serozan, " 'Culpa in Contrehendo', 'Akdin Müsbet İhlali' ve 'Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme' Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **İÜHFM**, C:2, S:3, , 1986 s. 108-129, s. 124 (Culpa in Contrehendo).

[83] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 138.

[84] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 9; Doktrinde Waas, Almanca'da bu bağı "*Sonderverbindung*" olarak adlandırmaktadır, bkz. Waas, **a.g.m**., s. 605.

Belirtmek gerekir ki dürüstlük kuralının yalnızca özel hukukta değil, kamu hukukunda ve usul hukukunda da uygulama alanı bulduğu ifade edilmektedir[85].

C. Dürüstlük Kuralının İşlevleri

Dürüstlük kuralı, hem mevzuatın uygulanması esnasında, hem de tarafların hukuki işlemlerinden doğan hak ve borçlarda işlev gösterecektir[86]. Getirdiği objektif davranış ölçütüyle, hakların kullanımını ve borçların ifasını şekillendirdiği gibi, hükümlerin yorumlanması, tamamlanması ve uyarlanması için yol göstermekte[87]; koruma yükümlülükleri ve güven sorumluluğunun sınırlarını da belirlemektedir[88]. Doktrinde Serozan, insan ilişkilerinde güvene dayalı her türlü etkileşimde işlev gösteren dürüstlük kuralını, bu nedenledir ki "*güvenin korunması ilkesi*" olarak adlandırmaktadır[89].

1. Hakların Kullanımı ve Borçların İfasını Somutlaştırma İşlevi

Kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken objektif bir doğruluk anlayışına göre hareket edip etmediği, dürüstlük kuralıyla incelenmektedir[90]. Kişinin hakkını kullanırken veya borcunu yerine getirirken, sözüne sadık olması, karşısındaki kimsenin güvenini boşa çıkarmaması, başkalarının haklı çıkarını

[85] İmre, **a.g.e.,** s. 289; Antalya / Topuz, **a.g.e.,** Knr. 1779-1781, s. 504.
[86] Arthur Meier-Hayoz, **Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art 1-10),** Zürih, Schultess, 1979, s. 117.
[87] Özsunay, **a.g.e.,** s. 309; Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 8; Ataay, **a.g.e.,** s. 418.
[88] Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat, 2008, s. 78-79.
[89] Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 8. Bs., İstanbul, Vedat, 2018, Knr. 9d, s. 279. (Medeni Hukuk). Yazar, İsviçre'de doktrinde bir görüşün dürüstlük kuralını yalnızca sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanmasına indirgediğini, bu yaklaşımda kanunların yorumu ve boşlukların doldurulmasında, kuralın etkinliğinin kabul edilmediğini ifade etmektedir, bkz. **a.e.,** s. 279, dn. 4.
[90] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 151; Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 282; Antalya / Topuz, **a.g.e.,** Knr. 1765, s. 500-501.

gözetmesi beklenir[91]. Bu şekilde, kişinin salt kişisel yararını düşünerek hareket etmesi engellenmek istenmiştir[92].

Dürüst, adil, orta zekalı bir insandan beklenen davranışı anlatan dürüstlük kuralı, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesine bir sınır çizer[93]. Çizilen bu sınırın dışına çıkılması, kanun koyucunun öngörmediği bir biçimde hakkın kullanılması veya borcun ifa edilmesi sonucunu doğurur. Örneğin borçlunun para borcunu, tamamı bozuk para olacak şekilde ve çuvallara doldurarak gecenin ilerleyen saatlerinde ödemesi, dürüstlük kuralına uygun olmayan bir ifaya örnek olarak gösterilebilir[94].

Bu çalışmanın konusu olan iş sözleşmesini fesih hakkı da dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanılmalı, hem işçi hem de işveren, objektif davranış modelinden beklenildiği şekilde hareket etmelidir. Bu hakkın dürüstlük kuralına uygun kullanımının nasıl belirlendiğine dair ayrıntılı inceleme, aşağıda ikinci bölümde yapılacaktır[95].

2. Hukuk Kurallarını Yorumlama ve Tamamlama İşlevi

a. Hukuk Kurallarının Yorumlanması

Hukuk kurallarının yorumuna işaret eden temel prensip, Medeni Kanun'un birinci maddesinde yer almaktadır. Buna göre yargıç, kanunu özü ve sözüyle uygular. Kanunun sözü ve özüyle uygulanması, yalnızca hukukçu olarak yazıldığı şekli değerlendirmeyi değil, aynı zamanda özünü bulmayı ve somut olaya uygulamayı gerektirir[96].

---

[91] Antalya / Topuz, **a.g.e.,** Knr. 1772, s. 502.
[92] Altaş, **a.g.e.,** s. 274.
[93] İmre, **a.g.e.,** s. 288; Köprülü, **a.g.e.,** s. 136; Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 169.
[94] Altaş, **a.g.e.,** s. 275.
[95] bkz. aş. İkinci Bölüm.
[96] İmre, **a.g.e.,** s. 156; Haluk Nami Nomer / Pakize Ezgi Akbulut, **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, Bölüm I, 5. Bs., İstanbul, Filiz, 2020, Knr. 95, s. 33; **a.e.,** Knr. 74, s. 25.

Hukuk kuralı genel ve soyut nitelikte olduğundan, bu kuralın içeriğinde yer alan hakkın, borcun veya bir davranış şeklinin somut olayda ne olması gerektiği, dürüstlük kuralı kapsamında belirlenecektir. Dürüstlük kuralına ilişkin hüküm, bu yorumun nasıl yapılacağına ilişkin Medeni Kanun'un birinci maddesinin açıklayıcısıdır[97]. TMK m. 2/1, bir değerlendirme kuralı olarak kabul edilmekte ve hukuk kurallarının yorumu ile tamamlanmasını sağlamaktadır[98].

Bazı durumlarda kanun hükmü, hakkın nasıl kullanılacağını anlatmak için bizzat dürüstlük kuralına gönderme yapmıştır[99], örneğin TBK m. 34 uyarınca "*yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez."* Benzer biçimde, iş sözleşmesinin haklı sebeple derhal feshini düzenleyen TBK m. 438, tarafların haklı sebep oluşturan, dürüstlük kuralı gereğince sürdürülmesi beklenmeyen hallerde iş sözleşmesini derhal feshedebileceklerini düzenlemiştir. Burada haklı sebebin tespiti, dürüstlük kuralı esas alınarak yapılacaktır. Bu şekilde bir gönderme olmayan durumlarda da, yorum için dürüstlük kuralına başvurulacaktır[100].

Bir görüşe göre dürüstlük kuralı, genel ve soyut nitelikli kuralları somut uyuşmazlığa uygularken "yumuşatma" görevi de görür[101]. Ancak dürüstlük kuralının bu işlevi, hükmü düzeltici nitelik taşımaz; esas olan MK m. 1 uyarınca yorum yapılmasıdır. Düzeltici işlev, istisnai hallerde hakkın kötüye kullanılması yasağına yüklenmiştir[102].

İş mevzuatındaki düzenlemeler de ne denli ayrıntılı olursa olsun, somut hukuki uyuşmazlıkta kuralın yorumlanmasına ihtiyaç duyulur. Bu kuralların yorumu bakımından hangi yöntemin kullanılacağı 1958 yılında verilen bir İçtihadı Birleştirme Kararı[103] neticesinde belirlenmiş, düzenlemelerin "*işçi lehine yorum*" yoluyla yorumlanacağı kabul edilmiştir[104]. Alana özgü bir yorum yöntemi gibi görünse de bir

[97] İmre, **a.g.e.,** s. 290; Özsunay, **a.g.e.,** s. 310; Ataay, **a.g.e.,** s. 418; Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1226, s. 246.
[98] Antalya / Topuz, **a.g.e.,** Knr. 1789, s. 507.
[99] Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1226, s. 245-246.
[100] Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1227, s. 246; Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 169.
[101] Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 167.
[102] BK/Hausheer-Aebi-Müller**, Art. 2**, Knr. 85, s. 488.
[103] YİBK, T. 28.5.1958, 15/5, RG. 26.09.1958, S:10017
[104] Bu hususta Y9HD, T. 9.4.1968, 1968/157 E., 1968/4628 K.; Ahmet Nizamettin Aktay / Kadir Arıcı / Emine Tuncay Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, 6. Bs., Ankara, Gazi, 2013, s. 11; Hamdi

görüşe göre, işçi lehine yorumun ortaya çıkışı, yorum metotları bakımından bir yenilik değildir. Doktrinde bu yolla yapılan yorumun, amaca uygun yorum (gai, teleolojik yorum) niteliğinde olduğu ifade edilmektedir[105].

Amaca göre yorum, hükmün özü olarak adlandırılan *ratio legis* in incelenmesi yoluyla yapılır[106]. İş Hukukunda kural olarak amaca uygun yorum metodu, işçiyi koruyucu nitelikle şekillenmektedir; ancak yorum faaliyetinde öncelikle amaç tespit edilmelidir[107]. Söz konusu uyuşmazlıkta koruma amacı tespit edildiğinde, yorumun işçi lehine olup olmayacağı da belirlenmiş olacaktır. Hüküm yalnızca işçiyi korumak amacıyla değil, dengeyi sağlamak yahut tarafların müdahalesine kapatılmış bir alan yaratmak için de düzenlenmiş olabilir[108]. İş Hukukunda işçiyi koruyucu bir sistem kurulduğu doktrinde çoğunlukla kabul edilmiş olmakla birlikte[109], ekonomik hayatın çıkar dengesini sağlamak zorunluluğu da önemli bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır[110]. Bazı durumlarda yalnızca işçi lehine yorum yapılması, kanunun ruhu ile bağdaşmayan bir sonuç doğurabilecektir[111]. İhtiyaç duyulması halinde, hükmün yorumlanması için lafzi yorum, tarihi yorum vb. yöntemlere de başvurulabilir.

3008 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, olağan feshe ilişkin kararında şu konuya dikkati çekmiştir: *"13. maddenin*

Mollamahmutoğlu / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, 6. Bs, Ankara, Turhan, 2014, s. 132 (İş Hukuku); Süzek, **Yorum**, s. 14; Ercan Akyiğit, **Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin, 2020, s. 33 (Ders Kitabı).

[105] Halid Kemal Elbir, "İş Hukukunda Yorum", **İş Hukuku Dergisi**, C:1 S:1, 1968 (Yorum), s. 3-34, s. 8-9.

[106] Nomer / Akbulut, **a.g.e.,** Knr. 83, s. 27.

[107] Elbir, **Yorum**, s. 8-9; Süzek, **Yorum**, s. 14-15.

[108] Ferit Saymen, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 77 (İş Hukuku); Süzek, **Yorum,** s. 15.

[109] İzveren, **a.g.e.,** s. 30; Turhan Esener, **İş Hukuku,** 3.Bs., Ankara, 1978, s. 2 (İş Hukuku); Kenan Tunçomağ**, İş Hukuku**, C:1, 4. Bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1986, s. 14-15 (İş Hukuku); Münir Ekonomi, **İş Hukuku,** C:1, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı Kitap Yayınları, 1987, s. 13-14 (İş Hukuku); Kenan Tunçomağ, **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, 1988, s. 9 (Esaslar); Aktay / Arıcı/ Senyen Kaplan, **a.g.e.,** s. 8-9; Kenan Tunçomağ / Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 9. Bs. İstanbul, Beta, 2018, s. 16; Ercan Güven / Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku**, 6. Bs., Eskişehir-İstanbul, Nisan Kitabevi, 2020, s. 9-10**;** Öner Eyrenci / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan / Esra Baskan, **İş Hukuku,** 10. Bs., İstanbul, Beta, 2020, s. 5; Emine Tuncay Senyen-Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, 11. Bs., Ankara, Gazi, 2020, s. 8 (İş Hukuku); Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 21. Bs., İstanbul, Beta, 2021, s. 19 vd. (İş Hukuku); Hamdi Mollamahmutoğlu / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı,** C:1**,** 5. Bs, Ankara, Lykeion, 2021, s. 4 (Ders Kitabı).

[110] Elbir, **Yorum,** s. 10; Süzek, **Yorum,** s. 17.

[111] Süzek, **Yorum,** s. 17.

yazılışından da anlaşılabileceği gibi bütün bu kurallar kamu düzeni hükümleridir… Buna bağlı olarak iş yasasının en belirli amacı hem koruyucu iş hukuku kurallarını zayıfların korunması ülküsüne yönelterek hem de toplum düzeninin ve toplum sükûnunun süreklilik şartlarını araştırmaktan ibaret olmuştur. İhbar önelinin korunması ile İş Kanunu'nun güttüğü işçiyi koruma ve sosyal güvenliği sağlama amacı gerçekleşmiş, hem de işverenin menfaatleri ve böylece karşıt çıkarlar bağdaştırılmış bulunacaktır[112]*."* Yargıtay gibi Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da sosyal adalet ilkesinin yalnızca işçiyi değil, toplumun tüm fertlerini kapsamına aldığı, diğer ilkelerin de bu anlamda birbirlerine doğal sınır oluşturduğu, bu ölçülerin tespitinde bir dengenin gözetilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır[113].

b. Hukuk Kurallarında Boşlukların Doldurulması

Günlük hayatta kişiler arası ilişkilerde yaşanabilecek her durum, ortaya çıkabilecek her ihtimal, kanun yahut sözleşmeyle düzenlenemez. Bu nedenle hem kanun koyucunun, hem de tarafların öngörmediği bu durumlarda tamamlama faaliyetine ihtiyaç duyulmaktadır. Belirtmek gerekir ki tamamlama, bir kural koymak anlamına geldiğinden, yargıcın böyle bir yetkisi olup olmadığı oldukça tartışılmış; özellikle Fransız Hukukunda etkisini yoğun olarak hissettiren ve kuvvetler ayrılığına katı bir şekilde bağlı olan Şerhçi Okul Akımı, uzun bir süre boyunca, yargıcın yürürlükteki düzenlemeyi tamamlayamayacağı yalnızca yorumlamasının mümkün görülebileceğini savunmuştur[114]. Zamanla Fransa ve diğer ülkelerdeki bu katı bakış açısı gücünü yitirmiş, ancak tamamlama kavramı yine de dikkatle yaklaşılmış bir kurum olma vasfını sürdürmüştür. Günümüzde İsviçre-Türk Hukuk sisteminde yargıcın tamamlama görevi, kanun koyucu tarafından MK m. 1 uyarınca

[112] YHGK T. 29.5.1963, E.4/39, K. 59 (Naklen, Elbir, **Yorum**, s. 14).
[113] AYM T. 21.10.1963, E. 63/172, K. 63/244 (Naklen, Elbir, **Yorum**, s. 16).
[114] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 112; Sururi Aktaş, "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:14, S:1-2, 2010, s. 1-28, s. 1.

öngörülmüştür[115]. Dürüstlük kuralı, kanun koyucunun soyut bir kural öngörmediği hallerde işlev görecektir[116].

Bu görev, öncelikle kanundaki boşlukların doldurulmasıyla yerine getirilir. Yasal düzenlemedeki boşluklar tek tip olmayıp çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır; örneğin olması gereken hukuka yönelik bir boşluk bulunuyorsa, buna hukuk politikası boşluğu adı verilmektedir. Bu tip boşlukların yargıç değil, kanun koyucu tarafından doldurulması gerektiği ifade edilir[117]. Genel norm olarak yer verilen ancak içeriğini yargıcın doldurması gerektiğine dair bir atıf bulunan boşluklara, kural içi boşluk adı verilir. "*Yargıcın takdir yetkisi*" veya "*haklı sebep*" gibi kavramlara atıf yapıldığı haller, bu tip boşlukların varlığını gösterir[118]. Bunun dışında açık ve örtülü boşluklar vardır; açık boşlukta kanun koyucu bir sorunu çözümleyecek kuralı hiç düzenlememektedir, bu durumda yargıcın hukuk yaratması gerekir. Örtülü boşlukta ise kanunda o konuya ilişkin bir çözüm olmakla birlikte bu çözüm, somut olayın adaletli bir şekilde çözülmesine imkan vermemektedir[119]. Doktrinde Edis, hukuk kuralının uyuşmazlığa uygulanmasıyla hakkın kötüye kullanılması sonucu ortaya çıkıyorsa, bu durumda örtülü boşluğun varlığından söz edilebileceğini ifade etmektedir[120]. Boşluk olarak nitelendirilemeyen bazı hallerde de kanun koyucunun bir düzenlemeyi yapmamış olması veya sosyo-ekonomik gelişmeler neticesinde kanunun eksikliğinden bahsedilebilir (*lacune improprement dite*). Bu durumda bir boşluk doldurma yerine adaletli bir sonuca ulaşılması için MK m. 2/2'nin düzeltici işlevi kullanılabilecektir[121].

---

[115] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 115.
[116] Antalya / Topuz, **a.g.e.,** Knr. 1757, s. 497.
[117] Çiğdem Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teologische Reduktion)", **AÜHFD**, C:50, S:1, 2001, s. 91-119, s. 93.
[118] Kırca, **a.g.m.,** s. 94; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 132; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 249.
[119] Kırca, **a.g.m.,** s. 96; Altaş, **Medeni Hukuk,** s. 254.
[120] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 134. Ancak doktrinde özellikle Alman hukukunda gelişen görüşler, örtülü boşlukların amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yöntemi ile hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmaksızın doldurulabileceğini savunmaktadır, bkz. Kırca, **a.g.m.,** s. 101-102. Doktrinde Serozan ise teleolojik redüksiyon yönteminin dayanağı bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulacağı kanaatindedir, bkz. Serozan, Medeni Hukuk, Knr. 40-
[121] Özellikle çeviri hataları, açık olmayan ifadeler gibi durumlarda bu yönteme başvurulabileceği yönünde, bkz. Edis, **Medeni Hukuk**, s. 129.

3. Hukuki İşlemleri Yorumlama ve Tamamlama İşlevi

Özel hukuk ilişkileri, kişiler arasında tek taraflı ve çok taraflı hukuki işlemlerden meydana gelir. Hukuki işlemlerin yapılabilmesi için, tarafların iradelerini dış dünyaya açıklamaları gerekir, hukuk düzeninde bu açıklamalara "*irade beyanı*" adı verilir[122]. Kimi zaman, beyanın içerdiği anlam açık olmadığında, kişinin gerçek niyetinin ne olduğu anlaşılamayabilir. Özellikle sözleşmeler[123] alanında, kişinin asıl isteği ile dışarıya yansıttığı arasında çelişki oluşması da olasıdır. Ancak, iradenin altında yatan sebep incelenemez, nitekim hukuk düzeni, kişilerin psikolojisini veya iç dünyalarındaki amaçları değerlendiremez. Bu durumda kişinin duygu durumu, düşüncesi, fikri gibi bilinmesi mümkün olmayan iç unsurlar söz konusu olur. Hukuk düzeninin ilgilendiği, iç unsurların davranışa yahut söyleme dönüşmüş hali, beyanıdır[124]. Hukuk düzeni, kişinin iç alanında oluşan düşüncelerin ve isteklerin kendisine değil, bunun dış dünyaya yansıması olan irade beyanına önem verir ve bu beyana bir sonuç bağlar[125]. İrade beyanında bulunan tarafın kullandığı kelimeler, sesler, ifadeler; onun iç dünyasındaki sübjektif amacının objektifleştirilmesi anlamına gelir ve eğer her iki taraf da sübjektif olanı doğru bir biçimde aktardılarsa ve bunu karşılıklı olarak doğru bir biçimde anlamışlarsa, farklı menfaatler arasında denge kurmayı başarırlar ve sözleşme kurulmuş olur[126].

Özellikle sözleşmeler alanında, çoğunlukla her somut duruma ilişkin bir çözüm öngörülmez, çoğu sözleşmede hakların kullanımı ve borçların yerine getirilmesi bakımından açıklık bulunmayabilir. Tarafların birbirine duyduğu inanç, güven ve

---

[122] Eren, **a.g.e.,** Knr. 346, s. 131; Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 8.

[123] Sözleşmeler hukukunda irade açıklamalarının yorumuna dair esas düzenleme, tarafların gerçek ortak maksatlarına önem veren TBK m. 19'dur. Kural olarak sözleşmelerin yorumlanmasında bu hüküm uygulanacaktır. Ancak gerçek ortak maksadın tespitinde yol gösterici olan yine dürüstlük kuralıdır, bkz. Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1239, s. 251.

[124] Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C:1, 7.Tıpkı Bs., İstanbul, Filiz, 2017, s. 270.

[125] Akbulut, **a.g.e.,** s. 9.

[126] Robert Patry, **Le principe de la confiance et la formation du contrat en suisse,** Cenevre, 1953, s.16, 156 (La confiance); Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 121.

ortak anlayış, dürüstlük kuralı yardımıyla tespit edilir[127]. Mevcut sözleşmeden tarafların gerçekte ne istediklerini anlamanın mümkün olmadığı durumlarda, objektif olarak neyi isteyeceklerini belirlemek konusunda dürüstlük kuralı yol göstericidir[128]. Hukuki işlemin yorumu yapılırken, dürüst, adil, orta zekâlı kişinin nasıl davranacağını belirlemek, doktrinde "*güven teorisi*"nin gelişmesine sebep olmuştur[129].

a. Güven Teorisi

İlişkilerde kural olarak güven esastır ve kişilerin niyetleri iyidir. Bu karinelerin kabulü, güvenli bir toplum oluşturmak, gelecekteki beklentilerin belirlenmesi açısından önemlidir; aksi halde hukuki güvensizlik doğar[130]. Dürüstlük kuralının işaret ettiği anlam, bir irade açıklamasının muhatabının, o açıklamaya mantıklı ve dürüst bir kişi olarak atfedeceği, güvene dayanan anlamdır. Bu nedenle dürüstlük kuralı yoluyla yapılan yorum metodu, "*güven teorisi*" olarak adlandırılmaktadır[131]. Güven teorisi uyarınca, irade sahibi ve muhatap arasındaki hukuki ilişkide güven yer alır ve iradedeki eksiklik, bu güvene dayanarak giderilmelidir.

İsviçre-Türk sözleşmeler hukukuna güven teorisi hakimdir[132]. Bu teori, hakkaniyete en uygun yöntem olarak kabul edilmektedir[133]. Yargıç, irade açıklamasının sahibinin kullandığı kelimeleri yahut bir başkasının algıladığını değil, muhatabın iyi niyetle anlayacağı ve anlaması gerekeni yorumuna dahil etmelidir[134].

---

[127] Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 118.
[128] Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 283; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 335; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 6; Eren, **a.g.e.,** s. 531.
[129] Turhan Esener, "Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İn'ikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti", **AÜHFD**, C:9, S:3, 1952, s. 166-197, s. 172 (İtimat Prensibi); Jean van Zuylen, "Fautes, bonne foi et abus de droit: convergences et divergences", **Annales de Droit de Louvain**, Vol.: 71, 2011, s. 270.
[130] Engel, **a.g.m.**, s. 127.
[131] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 337; Eren, **a.g.e.,** s. 531; İbrahim Kaplan, **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. Bs., Ankara, Seçkin, 2007, s. 71 (Müdahale); Akyol, **Yorum**, s. 93; Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 171.
[132] Patry, **La confiance,** s.18; Tekinay, **a.g.e.**, s. 96.
[133] Esener, **İtimat Prensibi,** s. 173.
[134] Esener, **İtimat Prensibi**, s. 174; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 133-134; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 34. Klasik güven teorisi olarak adlandırılan teori, muhatabın değil ancak ona benzer bir durumda bulunan dürüst, makul bir üçüncü kişinin dürüstlük kuralı gereğince vereceği anlamı esas alır, buna objektif beyan teorisi adı da verilmektedir. Modern güven teorisi olarak

Nitekim kişi, beklemeye ve güvenmeye haklı olduğu bir konuda, hayal kırıklığı yaşamamalıdır[135]. Güven teorisi yoluyla bir tarafın ileri sürdüğü beyanın, dürüstlük kuralı kapsamında[136] muhatapta yarattığı güven değerlendirilmektedir[137]. Doktrinde Tekinay, "*sözü edilen beyanların içeriği ile bunların hukuki sonuçları bölünmez bir bütün teşkil ettiğinden, yorum hem içeriğin hem de içeriğe ait sonuçların tespitini kapsar*" olarak bu durumu ifade etmiştir[138]. Yalnızca objektif bir yorum yapılması, muhatabın devre dışı bırakılarak incelenmesi durumunda, yazarın bahsettiği sonuçların, yani somut olaydaki etkilerin gözden kaçırılması riski ile karşı karşıya kalınabilecektir.

Güven teorisi, hem kanundan hem de sözleşmeden doğan hakların kullanılmasında, muhatap yahut üçüncü kişiyi yükümlülük altına sokan tek taraflı hukuki işlemlerde[139] veya iki yahut çok taraflı sözleşmelerde (bir tüzel kişinin hukuki statüsü) uygulama alanı bulur[140]. Bir irade beyanının anlamını çözümlemek için, karşı tarafça bilinebilen tüm durum ve şartlara göre dürüstlük kuralı göz önüne alınarak muhatapça ne anlam verileceği belirlenir ve bu aşamada taraf menfaatleri arasında bir denge sağlanması esas alınır[141].

---

tanımlanan görüş ise üçüncü bir kişiyi değil, dürüst, makul muhatabı hareket noktası alarak beyana verilecek anlamı belirlemektedir, bkz. Antalya, **Borçlar Genel,** s. 160-161; Kaplan, **Müdahale,** s. 43, dn. 86; Gülsüm Soylu Ünver, **Güven Teorisi ve Güven Sorumluluğu Kapsamında Yetkisiz Temsilcinin ve Temsil Belgesini Geri Almayanın Sorumluluğu** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2018, s. 17-18.

[135] İmre, **a.g.e.,** s. 287; Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 5; Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 171; Akbulut, **a.g.e.,** s. 12; Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, S Yayınları, 1989, s. 28.

[136] Bir görüşe göre dürüstlük kuralı ile kanun koyucu, sadece genele bir davranış kuralı getirmekle kalmamış, aynı zamanda özellikle yargıca değerlendirmesinde esas alacağı bir değer yargısı da yöneltmiş olmaktadır, bkz. ZK-Baumann, **Art.2**, Knr. 22, s. 472, Zürih, 1998; Kavak, **a.g.e.,** s. 39.

[137] Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 118; Esener, **İtimat Prensibi,** s. 176; Tekinay, **a.g.e.,** s. 168. Doktrinde Patry, güven teorisinin dürüstlük kuralından (objektif iyi niyet) değil, Medeni Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan iyi niyetten (sübjektif iyi niyet) doğduğunu ileri sürmektedir, bkz. Patry, **La Confiance,** s. 277.

[138] Tekinay, **a.g.e.,** s. 167.

[139] Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 125; Yöneltilmesi ve muhatabın korunması gerekmeyen tek taraflı irade beyanlarında uygulama alanı bulmayacağı ve irade teorisinin uygulanacağı yönünde, bkz. Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1238, s. 251.

[140] İmre, **a.g.e.,** s. 291; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 6; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 311.

[141] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 133.

Güven teorisine bir irade açıklamasının varlığı ve bir muhataba yöneltilmesi halinde başvurulur[142]; eğer açık veya örtülü bir irade açıklamasının varlığı konusunda şüphe bulunuyorsa, güven teorisi uygulanarak kişinin davranışı yahut bir beden işaretinin makul ve dürüst bir muhatap tarafından bir irade açıklaması olarak algılanıp algılanmayacağı ele alınacaktır[143]. Örneklemek gerekirse, bir soruya karşılık yapılan kafa sallaması, İsviçre Hukukunda bir önerinin kabulü olarak anlaşılabilmektedir. Yine aynı şekilde ev sahibinin birtakım görüşmelerden sonra, üzerine tam olarak konuşmadan kiracıya evin anahtarını uzatması ve başka bir şey söylememesi halinde, kira sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir[144].

b. Sözleşmelerin Yorumlanması

Sözleşmelerde yoruma ihtiyaç duyulan hallerde, kural olarak TBK m. 19 uyarınca tarafların gerçek ortak iradeleri tespit edilecektir. Bu tespit, güven teorisi vasıtasıyla yapılır[145]. Doktrinde Kocayusufpaşaoğlu, bu teorinin karşılıklı gözetme ve bağlılık esasına bağlı olduğunu ifade etmiştir[146]. Özellikle bir tarafın ekonomik olarak daha güçlü olduğu sözleşmelerde, muhatabın beyana güveni her zaman korunamayabilir. Güven teorisiyle amaçlanan, yalnızca irade beyanına muhatap olan ya da hakkın muhatabı olan kişinin haklı inancı değildir. Hukuk düzeninin beklentisi, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi olabildiğince muhafaza etmek ve bir denge oluşturmaktır[147]. Bu yorum kuralıyla amaçlanan objektif sonuca ulaşmaktır; ancak teori bu objektif sonuca yönelirken, tarafların menfaat dengesini de mevcut durumdan

[142] Bu nedenle, kanun hükümleri ve temel anayasal düzenlemeler güven teorisinin kapsamı dışında kalır. Aynı şekilde, çok taraflı anlaşmalar da kapsam dışıdır (örneğin bir dernek tüzüğü yahut halka açık limited şirket tüzüğü gibi),bkz. Steinauer, **a.g.e.,** Knr.519, s.189, bkz. Ataay, **a.g.e.,** s. 419.
[143] Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1236, s. 250,
[144] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 521, s. 190 ve dn. 28-29'da bahsedilen Federal Mahkeme kararları.
[145] M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:1, 18. Bs., İstanbul, Vedat, 2020, s. 73; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 335; Eren, **a.g.e**., s. 158 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bs., Ankara, Turhan, 2020 (Borçlar Genel); Güzel / Ugan Çatalkaya, **a.g.m.,** s. 38.
[146] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s.134.
[147] Akbulut, **a.g.e.,** s. 15.

uzaklaşmadan korumayı amaçlar[148]. Bu nedenle uygulayıcıların belirtilen gayeleri yorumlamada göz önünde tutmaları yerinde olacaktır.

Kural olarak güven teorisinin her durumda uygulanması mümkün değildir, irade açıklamasının yorumu gerektiren bir açıklık bırakmış olması gerekir[149]. Yorum, her türlü irade açıklaması için yapılabilir, açık veya örtülü olması fark etmeyecektir. Özellikle yazılı ve açık irade açıklamalarının yorumlanmasında, beyanın içinde bulunduğu metnin tamamı esas alınır[150]; yargıç eğer bu metnin yorumlanması için harici unsurlara –örneğin sözleşmenin eki, protokol gibi düzenlemelere- ihtiyaç duyarsa, bunları da değerlendirecektir. Yazılı olan irade beyanı eğer genel işlem koşullarına gönderme yapıyorsa, bu durumda yorum kuralları onlar için de uygulanacaktır[151]. Taraflar, teamül olarak bunu gerektiren profesyonel bir ortama tabi değillerse, ifadelerin teknik veya bilimsel anlamları esas alınmaz[152]. Bir bölgede yaşayanlar haricinde, kelimelerin o bölgede geldiği özel anlama bakılmayacaktır. Bir kelimenin veya ifadenin iki ayrı anlama gelmesi halinde, dürüstlük kuralı gereğince beyanda bulunanın aleyhine, muhatabın lehine olan anlamın esas alınması gerekir (*in dubio contra proferentem*). Bir ifadeyi yazıya döken kimse, onu karşı tarafın iyi niyetle okuyacağını kabul etmelidir.

Metnin içinde bulunduğu kaynak esas alındığında, sözleşme ya da çok taraflı anlaşma bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bütün hükümler bir harmoni içinde bulunmalıdır. Düzenlendiği zamandaki durum, sorunun özü ve hatta tarafların özellikleri de dikkate alınmalıdır; böylece sistematik bir yorumdan bahsedilmesi mümkün olabilecektir. Aynı zamanda dürüstlük kuralı gereği metnin tasarısı, hazırlık çalışması gibi ön düzenlemeler ve hükmün gerekçesi de tarihi yorum konusu yapılabilir ve verilen anlamı kavramaya dair yol gösterici olabilir[153].

---

[148] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 516, s. 188.
[149] Eren, **a.g.e.,** Knr. 417-418, s. 163; Aksi görüşte, Serozan, **Medeni Hukuk**, Knr. 2, s. 369.
[150] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 311.
[151] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 525, s. 192; Genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetiminde hükmün geçersiz sayılması için, hükmün dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı tarafın menfaatini zedeliyor olması gerekmektedir, bkz. Oğuzman / Öz, **a.g.e.,** s. 175-176.
[152] Kişilerin objektif ölçütlerin üzerinde niteliklere sahip olması durumunda sübjektif ölçütlerin esas alınması gerektiği yönünde, bkz. Kavak, **a.g.e.,** s. 37.
[153] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 529, s. 194; İmre, **a.g.e.,** s. 162; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 312; Bir de objektif tarihi yorum vardır ki, bu durumda kanun koyucunun, yasanın uygulandığı zaman dürüstlük kuralı

Tarafların irade açıklamasına verdikleri anlam, güven teorisi ile yapılan yorum sonucu ortaya çıkan anlamdan farklı olabilir. Ayrıca taraflardan her ikisi de düzenledikleri şeklin lafzi olarak anlaşılmasını isteyebilir ya da yazılmış olan ifadelere farklı anlam yükleyebilirler. Bu gibi durumlarda tarafların gerçek niyeti esas alınır ve yoruma yer yoktur; güven teorisi uygulanmayacaktır. Hatta belirtilen hallerde dürüstlük kuralı devreye girerse, tarafların ortak olarak anlaşılmasını istemedikleri bir anlamı empoze edebilir[154]. Burada çoğunlukla "sübjektif yorum"dan bahsedilir, tarafların o irade açıklamasından ne anladıklarına bakılır. Doktrinde Steinauer, tam anlamıyla bir yorumdan da bahsedilemeyeceğini, daha çok, tarafların aynı şeyi anlayıp anlamadıklarının tespit edilmeye çalışıldığını ileri sürmüştür[155]. Eğer bu tespit ile, tarafların aynı şeyi anlamadığı veya tarafların iradelerine vermek istedikleri anlamın saptanamadığı sonucu çıkarsa, güven teorisi kapsamında yorum yapılması söz konusu olacaktır ki bu da "objektif yorum" olarak karşımıza çıkar[156].

Bir görüşe göre, tarafların o düzenlemeyi ayakta tutmaya devam etme amaçları da güven teorisi gereği esas alınacaktır. Bu da teleolojik yorumla mümkündür. Taraflar arasında tek bir ortak amacın tespiti prensipte mümkündür, oysa sözleşmesel ilişki genelde ilişkinin özü gereği farklı hukuki menfaatleri bünyesinde barındırır. Bazı yazarlara göre güven teorisi penceresinden bakıldığında, tarafların sağladıkları faydaların ve karşılığında verdiklerinin eşit olmasını beklediklerini kabul etmek gerekir.

Tüm bu bahsedilenler, irade açıklamasının yorumlanmasına katkı sağlayan unsurlardır. Güven teorisi uyarınca yargıcın hangi anlamı esas alacağı noktasında tereddüte düşmesi halinde, düzenlemenin ayakta tutulmasını sağlayan anlamın esas alınacağı kabul edilmelidir (*favor actus / favor negotii*)[157]. Nitekim bu sonuç, tarafların yapmış oldukları sözleşmenin geçerliliği konusunda duydukları güveni de pekiştirir.

---

kapsamında hükme vereceği anlam esas alınacaktır, bkz. Sarper Süzek, "İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 34, 2015, s. 9-26, s. 15 (Yorum); İmre, **a.g.e.,** s. 163.

[154] TBK m. 19, muvazaa halinde tarafların gerçek niyetlerinin üstünlüğüne ilişkin düzenlemeyi içerir, ancak bu prensip görünenden farklı bir anlaşmanın bulunması halinde uygulanan genel bir prensiptir , Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 523, s. 191.

[155] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 524, s. 191.

[156] Tekinay, **a.g.e.,** s. 168.

[157] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 338.

Keza, geçersizlikle sonuçlanabilecek bir durumda yargıç tarafından düzenleme dönüştürülerek ayakta tutulabilir (tahvil, çevirme)[158] ve bu dönüşmüş yeni hal ile taraflar yola devam ederler. Bu durumda yapılan yorumla ortaya çıkan sonuç, yürürlükteki düzenlemenin önüne geçer. Ancak bir görüş, bu dönüştürmenin mümkün olabilmesi için, tarafların sözleşmenin bu haliyle yürürlükte kalması noktasında en azından zımni ortak iradelerinin varlığının aranması gerektiğini savunmaktadır; bununla birlikte doktrinde tahvili başka hukuki temellere dayandıran görüşler de mevcuttur[159].

Tüm bu unsurlar göz önünde bulundurularak, irade beyanı yahut hukuk kuralı yorumlandıktan sonra yargıç tarafından bir hüküm verilecektir. Verilen hüküm, dürüstlük kuralına dayanır ve bu hükmün gerekçelendirilmesi gerekir. Yargıç, söz konusu hükmü yalnızca "dürüstlük kuralı uyarınca böyle olmalıdır" diye geçiştiremez[160].

Fransız Hukukunda iş sözleşmelerinden doğan borçların dürüstlük kuralına uygun bir biçimde ifa edilmesi gerektiği açıkça hüküm altına alınmıştır[161]. Türk İş mevzuatında buna benzer özel bir düzenleme olmamakla birlikte, TMK m. 2 hükmü iş sözleşmelerine de uygulanan genel kural niteliği taşır. Sözleşmede işçinin ve işverenin borçları, dürüstlük kuralı kapsamında yorumlanacaktır. İş Hukukunda özellikle işverenin borçlarının şekillendirilmesi bakımından yalnızca emredici kurallar getirilmesi değil, aynı zamanda dürüstlük kuralına başvurulması yoluyla dengenin sağlanmaya çalışıldığı ifade edilmiştir[162]. Tarafların yan edim yükümlülükleri de dürüstlük kuralıyla belirlenecektir. İş sözleşmeleri, diğer özel hukuk sözleşmeleri gibi yorumlanmaya ihtiyaç duyulan noktada güven teorisi kapsamında yorumlanacak, eğer ortak irade belirlenemiyorsa işçi lehine yorum yapılabilecektir[163].

---

[158] Tahvilin hukuki temeli ve görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 612-616; Oğuzman / Öz, **a.g.e.,** s. 187; Akbulut, **a.g.e.,** s. 120-126.

[159] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 534-535, s. 195; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Ankara, Yetkin, 2021, s. 262; Tahvilin yorum kurallarına ve dolayısıyla dürüstlük kuralına dayandırılması hususundaki eleştiriler için bkz. Akbulut, **a.g.e.,** s. 122.

[160] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 6-7.

[161] Güzel / Ugan Çatalkaya, **a.g.m.,** s. 40.

[162] Güzel / Ugan Çatalkaya, **a.g.m.,** s. 42.

[163] Güzel / Ugan Çatalkaya, **a.g.m.,** s. 38.

c. Sözleşmelerdeki Boşlukların Doldurulması

Hukuki ilişkilerde hakların ve yükümlülüklerin tam olarak belirlenmesi için kanundaki boşlukların yanı sıra hukuki işlemler[164] ve sözleşme hükümlerinin de yorumlanması ve gerektiğinde boşlukların doldurulması yoluna gidilecektir[165]. Sözleşme tarafların uygun iradeleriyle kurulduktan sonra, boşluk bulunan noktalarda dürüstlük kuralının tamamlayıcı işlevi kullanılacaktır[166]. Sözleşmeden doğan asli edimlerin yanında, hukuki ilişkiyi bağıtlarken boşluk olduğu öngörülmeyen, ele alınmayan ikincil nitelikteki noktaların belirlenmesi için de dürüstlük kuralına başvurulmaktadır[167].

Belirtmek gerekir ki, sözleşmelerde boşluk olması durumunda, yargıcın, tarafların farazi iradelerine dayanarak tamamlama faaliyetine mi başvuracağı, yoksa doğrudan yedek hukuk kuralı olarak belirlenmiş kuralları mı somut olaya uygulayacağı da doktrinde tartışma konusu olmuştur[168]. Bir görüşe göre, yedek hukuk kuralı olarak kanun koyucunun öngördüğü çözümlerin, tarafların farazi iradelerinin ortalama bir durumdaki yansıması olduğu kabul edilebilir[169]. Böylece öncelikle yedek hukuk kurallarına gidilecek, somut olayı ortalama olmaktan çıkaran özel bir durum varsa, tamamlayıcı yoruma başvurulabilecektir[170]. Diğer görüş ise, tarafların ortak farazi iradelerine başvurulması ve tamamlamanın buna dayanarak gerçekleştirilmesi gerektiğini savunur. Buna göre yargıç, sözleşmeyi taraflar boşluğun farkında olsalardı,

---

[164] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 536, s. 196; Akyol, **Yorum**, s. 131; Uyar, **a.g.m.,** s. 440.

[165] Sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sanem Aksoy Dursun, **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul, On İki Levha, 2008, s. 10 vd.

[166] Şener Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Vedat, 2010, s. 121 (Yorum). Akyol, bu işleve "*tamamlayıcı yorum"* adını vermektedir, bkz. **a.e.,** s. 115; Ayrıca "*dürüstlük kuralına göre tamamlama, güven teorisine göre tamamlama*" gibi ifadeler de kullanılmaktadır, bkz. Aksoy Dursun, **a.g.e**., s. 86.

[167] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 340; Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 165; Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1240, s. 252; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 41; Akyol, **Yorum,** s. 87; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 310.

[168] Sözleşmenin tamamlanması hususundaki yöntemler ve tartışmalar için bkz. Aksoy Dursun, **a.g.e.,** s. 110 vd.

[169] Doktrinde yedek hukuk kurallarının "ortalama insanın iradesi" olduğu yönünde bir görüş de ileri sürülmüştür, bkz. Aksoy Dursun, **a.g.e.,** s. 116.

[170] Yeşim Atamer, "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler", **İÜHFM,** C: 63, S: 1-2, , 2005, s. 171-191, s. 182 (Sözleşme Boşlukları).

dürüstlük kuralı uyarınca nasıl bir anlaşmaya varırlardı, bu esasa dayanarak dolduracaktır[171]. Bu bakış açısı yargıcın tüm sözleşmenin amacını ve doğasını esas alarak buna uyum sağlayacak bir kuralı yaratmasını gerektirmektedir. Bu ortak farazi irade, adil ve makul olmalıdır[172]. Bu görüşlerin savunucuları arasındaki tartışma, konumuz kapsamını aştığından, somut olayın şartları göze alınarak[173], tamamlama faaliyetinde dürüstlük kuralına başvurulması kanaatinde olduğumuzu belirtmekle yetineceğiz.

4. Koruma Yükümlülüklerini Somutlaştırma İşlevi

Taraflar arasındaki hukuki ilişki, tarafların birbirlerine karşı yüklendikleri edimlerle birlikte, o ilişkiye duyulan güven nedeniyle korunacağı beklentisini, bir diğer deyişle yan yükümlülükleri de içerir. Bu yan yükümlülükler, "koruma yükümlülükleri" olarak da adlandırılır, nitekim burada muhatap ve onun güveni korunmaktadır. Dürüstlük kuralının gösterdiği objektif davranış modeline göre hareket edileceği beklentisi, korumanın içeriğini ve sınırlarını belirleyecektir. Doktrinde Eren, TMK m. 2/1'deki "borç" kelimesiyle yalnızca edim yükümlülüğü değil, aynı zamanda borç ilişkisinden doğan her türlü yükümlülüğün anlatılmak istendiğini belirtmiştir[174]. Aradaki ilişki, edim yükümlülüğünden bağımsız olabilir; örneğin sözleşme görüşmelerinden yahut sosyal temas nedeniyle de borç ilişkisinden bahsedilebilecektir[175].

Tarafların sözleşme görüşmelerine başlamasıyla, aralarında güvene dayalı bir ilişki kurulduğu ve bu süreçte dürüstlük kuralına uygun bir şekilde davranmaları gerektiği kabul edilmektedir. Sözleşme kurulmadan önce yapılan görüşmelerden doğan "*culpa in contrehendo* sorumluluğu", işbu güven sorumluluğuna dayandırılmaktadır. Taraflar, bu süreçte birbirlerine zarar vermekten kaçınmalı,

[171] Aksoy Dursun, **a.g.e.,** s. 17, 120.
[172] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 562, s. 209.
[173] Doktrinde bu yönde bir eğilim olduğu ve uzlaştırıcı bir görüş olarak tanımlandığı hakkında bkz. Aksoy Dursun, **a.g.e.,** s. 124-128; Gümüş, **a.g.e.,** s. 301-302.
[174] Eren, **a.g.e.,** Knr. 104, s. 39.
[175] Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerine ilişkin teori için bkz. Serozan, **Culpa in Contrahendo,** s. 121 vd.; Eren, **a.g.e.,** Knr. 111, s. 42-43 vd.

muhatabın haklı menfaatini gözetmelidirler[176]. Dürüstlük kuralı, sözleşmenin ifasından veya borç ilişkisinin sona ermesinden sonra da taraflara yükümlülükler yüklemektedir[177]. Sözleşmenin sona ermesinden sonraki rekabet etmeme yükümlülükleri veya sır saklama yükümlülükleri, bu kapsamda sayılabilecektir[178].

Sözleşmeyle birlikte bir güven bağı kurulur, koruma yükümlülüklerinin kaynağını güvene dayalı sorumluluk oluşturur[179], bu yükümlülüklerin oluşturulması ve somutlaştırılması da dürüstlük kuralı yoluyla olacaktır[180][181]. Bu şekilde, kişinin mal ve şahıs değerlerinden oluşan bütünlüğü korumanın amaçlandığı ifade edilmektedir[182]. Davranış yükümlülükleri, sözleşme ilişkisi içinde yan edim yükümlülüğü olarak da görünüm kazanabilir[183]. Buradaki korumayı sağlayan yan edim yükümü, asli edim yüküyle ilgili olup asli edimi korur, edim sonucunun gerçekleştirilmesini sağlar[184]. Yan edim yükümlülükleri kanundan, sözleşmeden veya doğrudan dürüstlük kuralından doğabilir[185]. Pozitif hukuk kuralıyla düzenlenmeden önce sadakat borcu, gözetme borcu gibi borçların kaynağının TMK m. 2 olduğu, doktrinde ileri sürülmüştür[186].

Edim borcu niteliği taşımayan açıklama, katılma, borcun konusunu koruma ve uyarma yükümü gibi yükümlülükler, koruma yükümlülükleri arasında

---

[176] Serozan, **Culpa in Contrehendo,** s. 111; İmre, **a.g.e.,** s. 294; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 317; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 8; Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1233-1234, s. 249-250; Altaş, **a.g.e.,** s. 276.

[177] Eren, **a.g.e.,** Knr. 104, s. 39.

[178] Eren, **a.g.e.,** Knr. 110, s. 42.

[179] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 539-540, s. 198; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 45.

[180] İmre, **a.g.e.,** s. 292; Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 283; İbrahim Aydınlı, "İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım", **Kamu-İş**, C:8, S:1, 2005, s. 1-18, s. 2. (Çevrimiçi: https://www.tuhis.org.tr/pdf/811.pdf, erişim tarihi: 10.09.2021)

[181] Bir görüşe göre yorum yoluyla tarafların sözleşmeden doğan yükümlülükleri artırılamaz, bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 43.

[182] Alman doktrininde edim ve koruma yükümlülükleri ayrımı ilk defa Stoll tarafından yapılmıştır, ayrıca bkz. Eren, **a.g.e.,** Knr. 108, s. 41.

[183] Serozan, **Culpa in Contrehendo**, s. 117.

[184] Serozan, **Culpa in Contrehendo**, s. 118; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 12.

[185] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 11.

[186] Waas, **a.g.m.,** s. 619; Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1242, s. 253; Eren, **a.g.e.,** Knr. 100, s. 37, dn. 24 ve oradaki yazarlar; Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 29.

sayılmaktadır[187]. Bu davranış yükümlülükleri, tarafların ilişkide birbirlerini ve aynı zamanda üçüncü kişileri, bu ilişkiden doğabilecek zararlar nedeniyle korumalarını sağlar.

5. Sözleşmeleri Uyarlama İşlevi

Pacta sunt servanda ilkesi uyarınca sözleşmelerin bağlayıcılığı esastır ve kural olarak taraflar, yüklendikleri edimleri her koşulda yerine getirmelidirler. Kanun koyucu, hangi hallerde yüklenilen edimlerin sona ereceğini açıkça belirtmiştir. Bunun dışındaki bazı hallerde borç imkansızlaşmasa dahi koşullardaki değişiklik, sözleşmenin yeniden ele alınmasını gerektirebilir. Savaş, kriz, salgın hastalıklar gibi toplumsal çöküntüler nedeniyle koşulların ciddi bir değişime uğradığı hallerde, bu değişimler öncesi kurulan sözleşmeye dayanarak talepte bulunmak, sözleşme adaletini zedeleyebilir. Söz konusu olağandışı koşullarda, sözleşme yürürlüğe girdikten bir süre sonra şartların esaslı bir biçimde değişmesiyle ağır ve adaletsiz yeni bir durumun oluşması ve edimlerin bu yeni duruma uyarlanma ihtiyacı, hukukun çeşitli alanları bakımından doktrinde tartışılmıştır[188]. Doktrinde sözleşmenin uyarlanmasını anlatmak için, "*clausula rebus sic stantibus"*, "işlem temelinin çökmesi"[189], "emprevizyon"[190] gibi ifadeler de kullanılmaktadır, ancak belirtmek gerekir ki bunlar çeşitli hukuk sistemlerinde geliştirilen farklı teorilere verilen isimlerdir[191]. Biz çalışmamızda, "sözleşmenin uyarlanması" ifadesini kullanacağız.

---

[187] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 12; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 47-53.
[188] Gülsevil Alpagut, **Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi**, İstanbul, Bank-Sis, 2002, s. 6-7 (İşlem Temelinin Çökmesi); Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 8 (Uyarlama).; Ayan / Ayan**, a.g.e.,** s. 238.
[189] İşlem temelinin çökmesi teorisi ve bu ifadenin kullanılması yönündeki eleştiriler hakkında bkz. Seçkin Topuz, **Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara, Yetkin, 2009**,** s. 58-59. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması hususunda birçok teori geliştirilmiştir, ancak Türk Hukukunda bu teorilere verilen isimler, kavramı açıklamak amacıyla bir arada kullanılmaktadır, bkz. Baysal, **Uyarlama,** s. 4.
[190] Doktrinde Edis, bu yolu "*öngörülemezlik nazariyesi*" olarak ifade etmektedir, bkz. Edis, **Medeni Hukuk**, s. 313; Eleanor Cashin-Ritaine (Çev:Başak Baysal), "Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar", **İÜHFM,** C: 63, S: 1-2, 2005, s. 321-342, s. 322.
[191] Tüm sistemlerin ortak amacının sözleşme ekonomisini tekrar sağlamak olduğu yönünde, bkz. Baysal, **Uyarlama,** s. 29.

Federal Mahkemeye göre uzun süreli sözleşmelerde[192] ve aksi kararlaştırılmadıkça "*sözleşmenin doğasında ifa edilmesi, tamamlanması vardır. Bu nedenle taraflardan her biri koşulların değişmesi halinde ortaya çıkan riskleri taşımalıdır*"[193]. Kural sözleşmeyle yaratılan bağın korunması ve borçların ifa edilmesi olduğundan, İsviçre BK'de yalnızca bazı sözleşme tipleri için özel hükümlere yer verilmiş, bunun dışında sözleşmenin uyarlanması hakkında genel bir hüküm düzenlenmemiştir[194]. Zaman içerisinde konu incelenirken, doktrin ve içtihatta Alman ve Fransız Hukuk sistemlerinde kullanılan kavram ve görüşlere de yer verilmiş, bu nedenle sözleşmenin uyarlanması için yeknesak bir kavram kullanılamamıştır. Türk Hukuku doğal olarak bu süreci takip etmiş ve aynı tartışmalar Türk Hukukunda da yapılmıştır[195]. Sözleşmenin uyarlanması, doktrin ve içtihat yoluyla geliştirilmiş ve Federal Mahkeme kararlarında izlenen yol MK m. 2'ye dayandırılmıştır[196].

a. Uyarlamanın Hukuki Temeli

Beklenmeyen hallere özgü olarak geliştirilen ilk teori, *rebus sic stantibus* koşulu ("*clausula rebus sic stantibus"*) olarak adlandırılmaktadır. Bu ifade, "her şey olduğu gibi kaldığı sürece" veya "her şey aynı iken" anlamını taşır. Teori, hukuk tarihiyle derinden bağlıdır, özellikle Ortaçağ döneminde, *pacta sunt servanda*

[192] *Contracts de longue durée* olarak ifade edilen bu kavrama İsviçre BK'da yer verilmemiştir. Doktrinde edimin niteliği gereği sözleşmenin uzun bir zamana yayılarak ifa edilmesi gerektiği ve tarafların menfaatleri ifa ile sözleşmeyi sonlandırmak olmayıp devamı olduğu belirtilmiştir. Bu sözleşmelerin sona ermesi bakımından Federal Mahkeme oldukça istisnai ve haklı nedenlere dayanan bir sona erme rejiminin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir; lisans sözleşmesi, on yıldan uzun süreli iş sözleşmeleri birer örnek oluşturur. Bu sözleşmelerin sona ermesi konusunda bir diğer ihtimal de *rebus sic stantibus* koşulu olacaktır, sözleşmenin değişen koşullarla devamının beklenilmez olduğu olağanüstü bir durum söz konusu olmalıdır, bkz. Ivan Cherpillod, **La fin des contrats de durée,** Lozan, 1988, Knr. 229, s. 124.

[193] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 609, s. 231; Abbet, **a.g.e.,** s. 315.

[194] İBK 2020 tasarısının 19. maddesinde dürüstlük kuralı uyarınca hakimden sözleşmenin uyarlanmasını veya sonlandırılmasını talep etmeyi mümkün kılan bir düzenlemeye yer verilmiştir.

[195] Baysal, **Uyarlama,** s. 83.

[196] Doktrinde Başbuğ, *pacta sunt servanda* ilkesinin sınırını, dürüstlük kuralının oluşturduğunu ileri sürmüştür, bkz. Aydın Başbuğ, **İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması,** İstanbul, Beta, 2007, s. 10; Ayan / Ayan**, a.g.e.,** s. 239; Arslan, **a.g.e.,** s. 29; Baysal, **Uyarlama,** s. 82. Hem *clausula rebus sic stantibus*, hem de dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı görüşlerinin temeli MK m. 2'dir**, a.e,** s. 88, dn. 383.

prensibinin katılığına yönelik bir işlev olarak kullanılmıştır[197]. Bu koşulun varlığını kabul eden görüşe göre taraflar, risklerin sınırlanmasına ilişkin örtülü koşulları sözleşmeyle birlikte kabul etmişlerdir: eğer sözleşme belirli bir durum için yapılmışsa, sadece bu durum gerçekleştiğinde edimler yerine getirilecektir[198]. Bu teori uyarınca çözüm, sözleşmenin kendi bünyesinde aranacaktır. Doktrinde, koşulun zımni kabulü tehlikeli bulunmuş ve eleştirilmiştir; çünkü *rebus sic stantibus* olağandışı koşullarda edimlerin ifasını öngörmediğinden, sözleşmenin ayakta tutulması yerine sonlandırılmasına yol açacaktır[199].

Alman Hukukunda ise sözleşmenin ayakta tutulabilmesi için işlem temelinin çökmesi teorisi geliştirilmiştir. Bu teori, çeşitli tartışmalara sebep olmuş ve "işlem temeli" kavramını açıklamak için farklı görüşler ileri sürülmüştür; ancak bu kavramı esas alarak sözleşmeye müdahale etmenin hukuki temeli, dürüstlük kuralı olarak kabul edilmektedir[200]. İşlem temelinin çökmesi, Alman Hukukunda BGB **§** 313'te pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur[201]. Alman Hukukundaki düzenleme, hem işlem temelinin baştan eksik olmasını, hem de sonradan çöküşünü içerecek bir şekilde kaleme alınmıştır[202]. İşlem temelinin çökmesi teorisi, İsviçre-Türk Hukuk sistemindekine göre oldukça geniş bir niteliktedir, temel hatası olan durumları da kapsamına almaktadır[203].

Fransız Hukukundaki emprevizyon teorisi, çeşitli tartışmalara konu olmuştur, ancak tarafları için sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunu kabul eden bu sistemde, yeterince uygulama alanı bulamamıştır[204]. Emprevizyon teorisi doktrinde çoğunluğun kabul ettiği üzere kaynağını dürüstlük kuralından almaktadır[205]. Sözleşmelerin uyarlanması gerektiğinde bunu yargıcın değil, kanun koyucunun yapması gerektiği

---

[197] Baysal, **Uyarlama,** s. 34-36. 19. yüzyılda sözleşmeye bağlılık prensibine geri dönüş yaşandığı yönünde, bkz. Abbet, **a.g.e.,** s. 315.
[198] Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 116; Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi**, s. 9.
[199] Saymen, **Medeni Hukuk,** s. 287; Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi**, s. 10.
[200] Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi**, s. 13; Baysal, **Uyarlama,** s. 43-44. Alman hukukunda BGB **§** 226'nın uygulama alanı oldukça dardır ve dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı BGB **§** 242 temelinde incelenmektedir, bkz. Birinci Bölüm, II-B-3.
[201] Cashin-Ritaine, **a.g.m.,** s. 322; Baysal, **Uyarlama,** s. 39.
[202] Baysal, **Uyarlama,** s. 47.
[203] Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi**, s. 14; Baysal**, Uyarlama,** s. 93.
[204] Baysal, **Uyarlama,** s. 57-58.
[205] le Tourneau / Poumarede, **a.g.e.,** Knr.79; Baysal, **Uyarlama,** s. 63.

görüşü benimsenmiş; 2016'ya kadar ancak dönemsel ihtiyaçları giderecek geçici yasal düzenlemelerle sözleşmelerin uyarlanması mümkün olmuştur[206]. Fransız Medeni Kanunu'nun 2016 yılında yürürlüğe giren 1195. maddesi ile bu teori pozitif düzenlemeye kavuşmuş, sözleşme ekonomisinin (*l'économie du contrat*)[207] sarsıldığı durumlarda, aşırı ifa güçlüğünden söz edilen hallerde sözleşmenin uyarlanabileceği veya sözleşmenin sona ermesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir. Düzenlemeye göre borçlu, öncelikle diğer taraftan sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini talep edecek ve bu süreçte edimler ayakta kalacaktır. Eğer müzakere isteği reddedilir yahut müzakereyle ulaşılan sonuç başarısız olursa, bu durumda sözleşmenin sonlandırılması için tarafların anlaşması ile belirledikleri bir tarih veya yine anlaşma sonucu yargıcın tarih belirlemesi söz konusu olacaktır. Son aşamada böyle bir anlaşma yapılamıyorsa taraflardan birinin isteği üzerine yargıç sözleşmeyi uyarlayabilecek veya sonlandırabilecektir[208]. Görüldüğü üzere kanun koyucu, uyarlama yetkisini yargıca hemen vermemekte, öncelikle öngörülemeyen yeni koşullarda sözleşmeye dair kararları, tarafların kendilerinin alacakları bir sistem kurmaktadır[209].

İsviçre-Türk Hukukunda uyarlamanın temeli MK m. 2'ye dayandırılmıştır. Öngörülemez yeni bir durum nedeniyle sözleşmenin ifasını istemek dürüstlük kuralına aykırı olacak[210] ise yargıç bu halde sözleşmeye müdahale edebilecektir[211]. Bununla birlikte dürüstlük kuralına mı yoksa hakkın kötüye kullanılması yasağına mı gidileceği belirsizdir. Bir görüş uyarınca, çözüm doğrudan dürüstlük kuralının işaret ettiği yorumlama ve tamamlama kurallarıyla bulunacaktır, ikinci fıkranın düzeltici işlevine başvurulmasına gerek yoktur[212]. Ancak, diğer görüşe göre, öngörülemeyen yeni şartlar altında ifaya zorlanan borçlu, alacaklının hakkını kullanmasını engellemek için hakkın

---

[206] Baysal, **Uyarlama,** s. 64.
[207] Baysal, **Uyarlama,** s. 66-67. Fransız doktrininde "sözleşme ekonomisi" ve "işlem temeli" kavramlarının benzerliği de dikkati çekmiştir, bkz. **a.e,** s. 67.
[208] Baysal, **Uyarlama,** s. 74-75.
[209] Fransız hukukunda bu müdahalenin keyfi sonuçlara yol açabileceğinden endişe edildiği yönünde, bkz. Cashin-Ritaine, **a.g.m.,** s. 326.
[210] Deschenaux, a.g.e., s. 188; Köprülü, **a.g.e.,** s. 143; Dural /Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1247, s. 241.
[211] Pascal Ancel/ Gabriel Aubert/ Christine Chappuis, **"L'abus de droit", Comparaisons franco-suisse,** Saint-Etienne, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2001, s.78.
[212] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 31, dn.67; Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 608, s. 231 ve dn. 89'da belirtilen yazarlar ve 127/2001 III 300/302 nolu Federal Mahkeme kararı; Tekinay, **a.g.e.,** s. 170; Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 286; Ataay, **a.g.e.,** s. 418; İmre, **a.g.e.,** s. 297; Gönensay, **a.g.e.,** s. 170; Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi**, s. 21.

kötüye kullanılması yasağının düzeltici işlevine[213] başvurabilecektir, sözleşmenin uyarlanması için ikinci fıkranın uygulanması gerekir, çünkü dürüstlük kuralının düzeltici işlevi olduğundan söz edilemez[214]. Eski kararlarında Federal Mahkeme, dürüstlük kuralı ile yorum kurallarını uygulamış, ancak ardından hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanarak hüküm kurmuştur. Federal Mahkeme de bu uyuşmazlıkların çözülmesi bakımından iki kavram arasında keskin bir ayrım yapılamayacağı görüşündedir[215].

Türk Hukukunda temel olarak İsviçre Hukukundaki görüşler esas alınmakla birlikte[216], özellikle yaşanan ekonomik krizlerle 90lı yıllarda bu konudaki içtihatta artış görülmüş, ancak doktrinde eleştirildiği üzere tutarlı bir uygulama sergilenememiştir[217]. Uzun yıllardır MK m. 2'den uygulama temeli bulan uyarlama kurumu, TBK'nin yürürlüğe girmesiyle pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. "Aşırı ifa güçlüğü" kenar başlığını taşıyan 138. madde uyarınca; "*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır".* Gerekçede düzenlemenin "işlem temelinin

[213] Burada dürüstlük kuralının yorumlayıcı veya tamamlayıcı işlevine başvurulması yerine hakkın kötüye kullanılması yasağının devreye gireceği yönünde, bkz. Deschenaux, **a.g.e.,** s. 188; Kemal Tahir Gürsoy, **Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus – Emprevizyon Nazariyesi**, Ankara, 1950, s. 36-37.

[214] Federal mahkemenin yarattığı formüle göre: "*edim ve karşı edim arasında mevcut denge beklenemez ve olağandışı değişiklik nedeniyle o kadar bozulmuştur ki, alacaklı sözleşmeye ilişkin yükümlülüklerden vazgeçmeyerek mevcut dengesizlikten fahişçe yararlanmakta ve hakkını kötüye kullanmaktadır*, bkz. Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 603, s. 229; ATF 122/1996 III 97/98.

[215] Abbet, **a.g.e.,** s. 316, dn. 1812-1814 ve oradaki kararlar.

[216] Türk Hukukunda, BK m. 365/2'de yer alan eser sözleşmelerine özgü düzenlemenin, diğer sözleşmelere kıyasen uygulanması da savunulmuş, ancak bu görüş çeşitli açılardan eleştirilmiştir, bkz. Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi**, s. 17, dn. 32'deki yazarlar; Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, Vedat, 2011, s. 206.

[217] Baysal, **Uyarlama,** s. 114.

çökmesi"ne ilişkin olduğu ifade edilmektedir. TBK m. 138 ile Alman Hukukundaki teorinin tamamı değil, yalnızca işlem temelinin sonradan çökmesi düzenlenmiştir. Dürüstlük kuralı temeline dayanan baskın görüş, hükümde açıkça atıf yapılarak kanun hükmü haline getirilmiştir[218]. Kural olarak artık aşırı ifa güçlüğünün söz konusu olduğu hallerde TMK m. 2 yerine doğrudan TBK m. 138 uygulanacaktır.

b. Sözleşmenin Uyarlanması veya Feshi İçin Aranan Koşullar

Taraflar sözleşmeyle, karşılaşabilecekleri bazı olağandışı riskleri kimin yükleneceğini açıkça düzenlemiş olabilirler[219]. Böyle bir hüküm yoksa, TBK m. 138 uyarınca borçlunun talebi üzerine yargıç tarafından uyarlanması yahut sözleşmenin feshi gündeme gelecektir[220]. Eski zamanlarda günümüzdeki gibi hızlı iletişim araçları olmadığından, ani edimli sözleşmeler de sürekli borç ilişkileri gibi yeni koşullardan etkilenmiştir. Günümüzde de değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyulması için sürekli borç ilişkisinin varlığı aranmamakta, ifa ile sözleşmenin kurulması arasında bir zaman aralığı olması yeterli olduğu görülmektedir[221]. Ayrıca TBK m. 138'de hem dönme hem de fesih yolu tanınmıştır, kanun koyucunun iradesinin hem ani edimli hem de sürekli edimli borç ilişkilerinde uyarlamanın yapılabilmesi yönünde olduğu anlaşılabilmektedir.

Uyarlama, çoğunlukla iki tarafa borç doğuran sözleşmelerde uygulama alanı bulacaktır, nitekim amaç edim ve karşı edimin arasındaki dengeyi yeniden kurmaktır[222]. Edimlerin ifasının uyarlamaya etkisine dair bir görüşe göre, uyarlanması için edimler tamamen ifa edilmemiş olmalıdır. Eğer ifa gerçekleştiyse borç ortadan

---

[218] Baysal, **Uyarlama,** s. 120.
[219] Kaplan, **Müdahale**, s. 149-150.
[220] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 30-31; Eren, **a.g.e.,** Knr. 1508, s. 545.
[221] İmre, **a.g.e.,** s. 296-297; Kaplan, **Müdahale,** s. 120, dn. 433, **a.e,** s. 159.
[222] Ancak Federal mahkeme, bazı durumlarda örneğin irtifak hakkına ilişkin kararda bu koşulu uygulamış bulunmaktadır, bkz. Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 610, s. 231-232. Bununla birlikte doktrinde, uygulama alanının tam ve eksik iki taraflı sözleşmelerden ibaret olduğu ileri sürülmüştür, bkz. Giritlioğlu**, a.g.e.,** s. 28; Deschenaux, **a.g.e.,** s. 183. Yargıtay, aile hukukundan doğan nafaka ve katkı payı ödemesinde de uyarlamanın mümkün olduğunu kabul ederek uygulama alanını genişletmiştir, bkz. Baysal, **Uyarlama,** s. 153 vd.

kalkacağından uyarlanması mümkün olmayacaktır[223]. Diğer görüş, uyarlamanın mümkün olup olmadığı tespit edilirken, ifanın tek başına bir gösterge olmadığını ileri sürmektedir[224]. TBK m. 138 ise bu tartışmayı sona erdirmek amacıyla, ifa eden borçlunun uyarlamaya başvurmak için hakkını saklı tutma yönündeki iradesini aramaktadır. Koşulların değişmesi ve edimler arasındaki orantısızlık arasında illiyet bağı olması gerekir[225].

Uyarlama yoluyla tarafların gerek asli, gerekse yan edimleri daraltılabilir, genişletilebilir; ifanın vadesinde değişiklik yapılabilir, taraflardan biri feshi talep etse dahi sözleşmenin içeriğinde değişiklik yapılması mümkün olabilir[226]. Bir görüşe göre yargıç, sözleşmenin uyarlanması hakkında karar verirken, beklenmedik olayın gerçekleşeceğini bilselerdi tarafların nasıl davranacaklarını dürüstlük kuralı çerçevesinde tespit edecektir[227]. Diğer görüşü savunan Baysal'a göre, tarafların farazi iradelerine başvurma gereği yoktur[228].

Dengenin yeniden kurulmasına yönelik ihtiyacın doğması için, durum borçludan kaynaklanmayan sözleşme dışı bir nedenle olağandışı, kaçınılamaz ve öngörülemez şekilde değişmelidir[229]. Sosyal felaketler, savaş, ciddi ekonomik kriz[230], doğal afet vb. genel nedenlere örnek olarak verilebilir, yahut bir inşaat sahasının ortadan kaldırılması ya da fabrikanın yanması gibi daha yerel sebeplerin de söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Diğer görüşe göre mutlaka sosyal felaket niteliği taşıyan bir olayın gelişmesine gerek yoktur[231], olağanüstü olmayan kimi olaylar, kişiler açısından işlem temelinin çökmesine sebep olabilmektedir[232]. Doktrinde Topuz,

[223] Eren, **a.g.e.,** Knr. 1512, s. 546; Kaplan, **Müdahale,** s. 152-153.
[224] Baysal, **Uyarlama,** s. 166; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s. 341. (Dönme)
[225] Baysal, **Uyarlama,** s. 204.
[226] Kaplan, **Müdahale,** s. 154-155.
[227] Kaplan, **Müdahale**, s. 153-154.
[228] Baysal, **Uyarlama,** s. 202.
[229] Ataay, **a.g.e.,** s. 418; Ayan / Ayan**, a.g.e.,** s. 240; Kaplan, **Müdahale,** s. 151.
[230] Edimler arasındaki ciddi orantısızlık nedeniyle verilen kararların çoğu, Birinci Dünya Savaşı'nın sonrasında dünyada yaşanan ekonomik buhran zamanına ilişkindir, bkz. Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 613-614, s. 233; Köprülü, **a.g.e.,** s. 141.
[231] Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi**, s. 25.
[232] Doktrinde Kocayusufpaşaoğlu'nun verdiği örneğe göre, evlenirken eşinin anne babasına, kendi taşınmazı üzerinde oturma (sükna) hakkı tanıyan kimse için, evliliğin birden bire sonlanması da işlem temelinin çökmesi oluşturabilecektir, bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi

yalnızca sözleşmede dengenin bozulması ve işlem temelinin çökmesi hali değil, günümüzde kişiler arası güven ilişkilerinin ve sözleşmedeki amacın bozulmasının da sözleşmenin uyarlanmasına dahil olabileceği görüşündedir[233]. Dürüstlük kuralı uyarınca yeni durumu ve bunun sonuçlarını öngören tarafın bu ihtimale karşı önlemleri de alması beklenecektir. Yeni durumun öngörülemezliği objektif olarak şüpheliyse, uyarlama söz konusu olmayacaktır[234].

Uyarlamanın mümkün olabilmesi için taraflardan biri yahut her ikisi için ifanın dürüstlük kuralı uyarınca beklenilmemesi gerekir[235]. İşlem temelinin çökmesi teorisinde bu kavram "beklenilmezlik" (*Unzumutbarkeit*) olarak adlandırılmaktadır[236]. Eğer değişen koşullara rağmen borçlunun söz konusu edimi yerine getirmesi beklenebiliyorsa, bu durumda işlem temelinin çöktüğünden bahsedilemeyecektir[237]. Doktrinde ifanın beklenilir olup olmadığının tespiti bakımından dürüstlük kuralı uyarınca fedakarlık sınırının aşılmasının, genel bir ölçüt oluşturabileceği ifade edilmektedir. Böylece hem tek tarafa, hem iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından objektif bir değerlendirme yapılabilecektir[238]. Belirtmek gerekir ki beklenilmezlik, hem haklı sebeple feshi düzenleyen hem de aşırı ifa güçlüğünü düzenleyen hükümler için ortak bir kriterdir. Alman Hukukunda, iş sözleşmesinde işlem temelinin çökmesinden bahsedildiğinde, BGB § 242 veya § 313'e başvurmaya gerek kalmadığı, çünkü derhal feshin § 626 ile özel olarak düzenlendiği ifade edilmiştir[239]. İsviçre-Türk Hukuku bakımından iki düzenlemenin arasındaki ilişki incelenmiş, doktrinde bir görüş bu hükümlerin uygulama alanlarının farklı olduğunu ileri sürmüştür[240]. Buna karşılık, diğer görüşe göre hükümler yarışır[241], ancak yalnızca uyarlamanın mümkün olmadığı hallerde haklı nedenin ortaya çıktığının kabul edilmesi

---

Şart Mıdır?", **M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 510; Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi**, s. 25.

[233] Topuz, **a.g.e.,** s. 57.

[234] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 612, s. 232; Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi**, s. 28-29; Eren, **a.g.e.,** Knr, 1509, s. 546.

[235] Ayan / Ayan**, a.g.e.,** s. 241.

[236] Baysal, **Uyarlama,** s. 204.

[237] Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi,** s. 34.

[238] Alpagut, **İşlem Temelinin Çökmesi,** s. 34-35.

[239] Waas, **a.g.m.,** s. 609, dn. 35.

[240] Topuz, **a.g.e.,** s. 201.

[241] Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 101.

gerektiği belirtilmiştir[242]. İsviçre BK m. 337 ve TBK m. 435, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinde, feshe muhatap olan tarafın kusurlu olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme içermediğinden[243], aşırı ifa güçlüğü hallerinde her iki hükmün de uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

Ancak özellikle iş hukuku ve kira hukuku gibi bir tarafın korunması öngörülen alanlarda haklı nedenle feshe ilişkin özel düzenlemeler, sözleşmenin uyarlama imkanı olan durumları kanımızca bertaraf etmemelidir[244]. İş sözleşmeleri bakımından haklı sebep kavramı dar yorumlanarak[245], sözleşmenin ayakta tutulması[246] ve işçi için en çok koruma sağlanacak yolun tercih edilmesi gerekmektedir. Nitekim iş sözleşmesi koşulların değişmesi nedeniyle bir süre ifa edilemiyorsa ancak bu sürenin sonunda sözleşmeye devam edebilecekse, sözleşmenin askıya alınması yoluyla taraflarca uyarlama yapılması uygun düşecektir[247]. İşverenin veya işçinin fesih hakkını kullanması öncesinde yine dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin ayakta tutulabileceği başka bir yol olup olmadığı (ücretsiz izin, kısa çalışma, uzaktan çalışma, çalışma koşullarında yapılacak diğer uygun değişiklikler vb.) araştırılmalıdır.

TBK m. 408 (İsviçre BK m. 324) ile düzenlenen alacaklı temerrüdüne ilişkin sonuçlar, işverenin kusuruna dayanmayan beklenmeyen hallerde veya zorlayıcı sebeplerde de "işletme rizikosu" kapsamında uygulama alanı bulacaktır[248]. İşverenin işçiyi çalıştırma olanağının kalmadığı hallerde kural olarak olağan fesih yoluna gidilecek, derhal fesih hakkı kullanılmayacaktır[249]. Uyarlamanın mümkün olmaması durumunda kullanılabileceği öngörülen fesih hakkının, iş hukukunun yapısına uygun

[242] Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 208-209; Seliçi, **a.g.e.,** s. 193 vd.
[243] CS-Gloor, **Art. 337**, Knr. 23, s. 743.
[244] Aynı görüşte, bkz. Altınok Ormancı**, a.g.e.,** s. 209.
[245] Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 208.
[246] Gülsevil Alpagut, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkansızlığı", **Legal İSGHD**, S:6, 2005, s. 655-664, s. 660 (İfa İmkansızlığı);
[247] Volkan patlaması nedeniyle uçuşların durdurulması veya çığ düşmesi gibi hallerde belirli bir süre sonra imkansızlık ortadan kalkacağından sözleşmenin askıya alınabileceği belirtilmiştir, bkz. CS-Longchamp, **Art. 324**, Knr. 9, s. 199.
[248] Gülsevil Alpagut, "Pandemi'nin İş Sözleşmesine Etkisi: Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden", **Pandemi Sürecinde İş Hukuku**, (Ed.: Gülsevil Alpagut), İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 61-98, s. 68 (Pandemi); Süleyman Başterzi, "Kısa Çalışma (Kovid 19 Pandemisinde Yeni Yaklaşımlar)", **Pandemi Sürecinde İş Hukuku** (Ed.: Gülsevil Alpagut), İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 3-60, s. 10 vd. (Pandemi); Ancak işverenin işletmesinin tahliyesi durumunda haklı sebep teşkil edeceği yönünde, bkz. Seliçi, **a.g.e.,** s. 200.
[249] CS-Longchamp, **Art. 324**, Knr. 7, s. 199; Alpagut, **Pandemi**, s. 69.

olarak, şartlar oluştuysa[250] olağan fesih hakkı olarak kullanılabileceği doktrinde savunulmuştur[251].

Buna karşılık İşK m. 24/III'te işçiye ve 25/III'te işverene, zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde bir haftalık sürenin sonunda sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesih hakkı tanınmıştır. Bir haftalık sürede İşK m. 40 uyarınca yarım ücret ödeneceği düzenlenmiş olsa da, söz konusu düzenleme oldukça kısıtlı bir ücret güvencesi sağlamakla birlikte iş sözleşmesinin derhal feshine yol açtığı için eleştirilmektedir[252]. İşçiyi çalışmaktan alıkoyan sebep eğer işçinin olduğu bölgede gerçekleşmişse işverenin bu madde kapsamında derhal fesih hakkının bulunduğundan bahsedilebilir[253].

Bu doğrultuda salgın hastalığın yayılmasını engelleyen karantina önlemleri alınmasının zorlayıcı neden olup olmadığı, son yıllarda yaşanan koronavirüs salgını (Covid-19) nedeniyle gündemi oldukça meşgul etmiştir. Burada işçi çalışmaya hazır durumda olmakla birlikte işyeri idari kararla kapatılan işveren, iş verememektedir[254]. Öngörülemez ve beklenilmez bir hal olarak pandemi döneminde, bazı işyerlerinin idari karar sonucu faaliyetini durdurması gündeme gelmiş ve kanun koyucu tarafından istihdam piyasasındaki olumsuzlukları engellemek amacıyla iş sözleşmelerine fesih yasağı getirilmiştir. Fesih yasağı vesilesiyle tarafların arasındaki denge sağlanmaya çalışılmış[255], hem işçinin çalışma koşulundaki değişiklik nedeniyle iş sözleşmesini

---

[250] Fransız Sosyal Dairesi kararına konu olayda, 1995 yılında Saint-Martin adasını vuran Luis kasırgası esnasında, davalı işverenin otel işyerinin %70'i harap olmuştur. Sosyal Daire, mücbir sebep nedeniyle fesihte faaliyetin imkansızlaştığından bahsedilemeyeceğine, otelin tüm işçilerinin sözleşmelerini fesheden işveren için gerçek ve ciddi ekonomik nedenin varlığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir. Cass. soc. 12.02.2003, No: 409 (www.legifrance.gouv.fr).

[251] Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 401.

[252] Alpagut, **Pandemi,** s. 73.

[253] Hasan Kayırgan, **Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler,** 2. Bs. İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 125.

[254] Kayırgan, **a.g.e.,** s. 127.

[255] 17.04.2020 tarihli ve 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde ile iş sözleşmelerinin işveren tarafından bildirimli feshi üç ay boyunca yasaklanmış ve bu sürenin uzatılması yetkisi Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Bu düzenleme ile aynı zamanda kısmen veya tamamen ücretsiz izin uygulamasına gidilebileceği ve bu uygulamanın işçiye derhal fesih için haklı neden oluşturmayacağı da düzenlenmiştir. RG. T. 17.04.2020, S:31102. Bu süreçte görülmüştür ki, Covid-19 pandemisi her iş veya her sektör için zorlayıcı sebep oluşturmamış, e-ticaret, kargo taşımacılığı gibi alanlarda yoğunluk artışı gerçekleşmiştir. Bu hususta tartışmalar ve ayrıntılı inceleme için bkz. Kayırgan, **a.g.e.**, s. 27-34.

haklı sebeple feshetmesi ve işveren açısından doğacak kıdem tazminatları yükü engellenmek istenmiş; hem de işyerlerinin kapanması veya faaliyetin önemli ölçüde azalması nedeniyle özellikle kısa çalışma uygulamasından yararlanamayan işçiler bakımından iş ilişkisinin sona ermesi yerine ayakta tutulması sağlanmaya çalışılmıştır[256].

D. Dürüstlük Kuralının Benzer Kavramlar İle İlişkileri

1. Dürüstlük Kuralı İle Ahlak Kuralı İlişkisi

Pozitif hukuk kuralları, toplumda düzeni sağlama ihtiyacından doğmuştur. Toplumda düzen sağlanması hususunda bir diğer yardımcı kaynak da ahlak kurallarıdır. Ahlak kuralları, toplum düzeninde "iyi" ve "kötü" davranışların sınırlarını göstermeye çalışır[257] ve fakat dikkat edilmelidir ki ahlak felsefi bir kavramdır[258]. Ahlakı inceleyenler, ahlakın tanımını ve sınırlarını belirlemekten kaçınmışlar, ancak neyin ahlaka uygun olup olmadığını sorgulayarak tespit etme yöntemine başvurmuşlardır. Nitekim bu haklı bir yaklaşımdır, çünkü bu kadar geniş bir kavramın sınırlarını çizmek oldukça zordur. Her toplumun – ve hatta grupların ve kişilerin - kendine özgü ahlak anlayışı vardır ve toplumlar gelişip değiştikçe ahlaki anlayış da yıllar içerisinde değişiklik gösterebilir. Ahlak kuralları da toplumla ilişkilidir ve çoğu durumda hukuki yükümlülükler ile paralellik içerirler. Çünkü ahlak kuralları da hukuk kuralları gibi yüce değerlerin gerçekleşmesine yönelmiş durumdadır[259]. Bir görüşe göre, ahlak ve hukukun birbirlerine en çok yaklaştığı yerlerden biri, MK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Bu durumda

[256] Alpagut, **Pandemi**, 91; Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 33. Bs., İstanbul, Beta, 2020, s. 622-623.
[257] Dural / Sarı, **a.g.e.,** s. 2; Serkan Odaman, **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Ankara, Kamu-İş, 2003, s. 55 (Ahlak ve İyiniyet).
[258] İmre, **a.g.e.,** s. 17.
[259] Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, 3. Bs., İstanbul, Filiz, 2010, s. 504 (Hukuk Felsefesi).

hukuk kuralı, ahlak temel alınarak düzenlenmiştir[260]. Yine de ahlak ve hukuk kurallarının farklılık gösterdiği noktalar da mevcuttur[261].

Kural olarak hukuk, kişilerin dış dünyadaki eylemleri ile ilgilenir. Eylemlerin kişiler arası ilişkilerde nasıl olması gerektiği konusunda yol gösteren genel ilkelerden biri de dürüstlük kuralıdır. Bir görüşe göre, ideal düzene hizmet edebilmesi için dürüstlük kuralının taraflar arasında bir bağ olduğu durumlarda uygulanması gerekir. Eğer taraflar arasında bir bağ yoksa bu durumda ahlak kuralları devreye girecektir. Örneklemek gerekirse, birden fazla kişinin bir yarışmaya katılması durumunda kişiler arasında bir bağ bulunmamaktadır. Bu ilişkilerde kişilerin davranışları dürüstlük ölçütüyle değil, toplumda geçerli olan ahlak ölçütüyle değerlendirilmelidir[262]. Bu görüşe göre dürüstlük kuralının uygulanması için taraflar arasında bir güven ilişkisi mevcut olmalıdır, taraflar verilen söze sadık kalınacağına dair bir umut taşımaktadırlar. Az önce verdiğimiz örnekte ise böyle bir güven ilişkisi söz konusu değildir, ancak yine de asgari toplumsal ahlaki şartların yerine getirilmesi beklenecektir[263]. Bununla birlikte diğer görüş, taraflar arasında bu bağın bulunmadığı komşuluk gibi durumlarda da dürüstlük kuralının uygulama alanı bulduğunu ifade eder.

Taraflar bir sözleşmeyi ahlaka aykırı olarak düzenlediklerinde, ahlaka aykırılık yasağını bertaraf edici nitelikteki hükümleri sözleşmelerine ekleyemezler[264]. Yine belirtmek gerekir ki, doktrinde her dürüstlük kuralına aykırılığın bir ahlaka aykırılık oluşturmadığı, ancak her ahlaka aykırılığın dürüstlük kuralına aykırılık sonucunu doğurduğu ileri sürülmüştür[265]. Bu durumda dürüstlük kuralının kapsam olarak ahlaka aykırılığı da içine alan çok daha geniş bir davranış yükümlülüğü niteliğinde olduğu söylenebilecektir[266].

---

[260] İmre, **a.g.e.,** s. 19; Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 114; Velidedeoğlu, **a.g.e.,** s. 326,
[261] Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 10. Bs., Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014, s. 16-17 (Hukuk Felsefesi); İmre, **a.g.e.,** s. 20-21.
[262] Giritlioğlu, **a.g.e.**, s.9.
[263] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s.10.
[264] Deschenaux, **a.g.e**., s.145-146. Dürüstlük kuralının uygulanmasının sözleşmeyle bertaraf edilmesi hususundaki tartışmalar için bkz. aş. Birinci Bölüm-III.
[265] Akyol, dürüstlük kuralına aykırılık yerine hakkın kötüye kullanılması ifadesini kullanmıştır, bkz. **Dürüstlük Kuralı,** s. 13; Giritlioğlu, **a.g.e.,** s.10.
[266] Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 76-77.

İnceleme konusu kavramların kesiştiği noktalar olsa da, bunlara aykırılık konusunda keskin bir farklılık bulunur. Ahlaka aykırılık ile dürüstlük kurallarına aykırılık farklı sonuçlar doğurur, ahlaka aykırılık sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı niteliktedir[267] (İsviçre MK m. 27, İsviçre BK m. 19/20). TBK m.27' de kanun koyucunun açıkça ifade ettiği gibi *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."* Ancak burada ifade edilen sözleşmenin konusunun veya sözleşmenin amacının[268] ahlaka aykırı olması halidir. Bir sözleşmenin konusu dürüstlük kuralı ile denetlenemez, nitekim dürüstlük kuralı tarafların hak ve borçlarını yerine getirirken belirlenen bir davranış kuralıdır. Bu nedenle, dürüstlük kuralına aykırılığın böyle bir fonksiyonu olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir[269].

Ahlak kavramına yakından bakılma ihtiyacını oluşturan bir diğer sebep de, İş Kanunu'nda yer alan haklı nedenle fesih hallerinin bir alt bölümünü oluşturmasıdır. Kanun koyucu, iş sözleşmesinin devamında taraflardan birinin bir davranışını ahlaka ve iyi niyete uymayan haller ve benzerleri başlığı altında değerlendirerek diğer tarafa sözleşmeyi bildirimsiz feshetme hakkı tanımıştır. Bu noktada akla gelen soru, bu hallerin dürüstlük kuralı ile ilişkisinin ne olduğudur. Bu bölümde genel olarak kavramların karşılaştırması yapıldığından, söz konusu tartışmaya ikinci bölümde iş sözleşmesinin derhal feshi başlığı altında yer verilecektir.

2. Dürüstlük Kuralı İle İyiniyet İlişkisi

İyiniyet karinesi, bir hukuk kuralı olarak TMK m.3'te düzenlenmiştir. İyiniyete ilişkin kanun koyucu bir tanım yapmamış, bununla birlikte doktrinde kavram açıklanırken, bir hakkın kazanılmasında veya hukuki bir sonucun gerçekleşmesindeki engeli ya da hakkın doğumunda gereken unsurlardan birini mazur görülebilir bir

[267] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 147; Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 76.
[268] Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 68.
[269] Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 14, Kavak, **a.g.e.,** s. 22; Dürüstlük kuralına aykırılık aynı zamanda ahlaka aykırılık da teşkil ediyorsa, bu durumda hukuka aykırılıktan bahsedileceği yönünde, bkz. Antalya, **Borçlar Genel,** s. 442.

biçimde bilmeme yahut yanlış bilme (*croyance erronée*) olarak ifade edilmiştir[270]. 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi'nde yer alan "hüsnüniyet" tabiri, İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninin çeviriye esas alınmasından kaynaklanır. Hüsnüniyet kelimesi Fransızca'da *"bonne foi*" ifadesine karşılık olarak kullanılmıştır[271]. İkinci ve üçüncü maddeyi birbirinden ayırırken objektif hüsnüniyet ve sübjektif hüsnüniyet ifadeleri kullanılmıştır[272]. Yukarıda bahsedildiği gibi her iki kavramın da Roma hukukundaki güven, sadakat, doğruluk esaslarından (*bona fides)* doğduğu ileri sürülmektedir[273].

2001 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile ikinci maddenin kenar başlığı "Dürüst Davranma", üçüncü maddenin başlığı ise "İyiniyet" olarak kabul edilmiştir[274]. Doktrinde Patry, İsviçre kanun koyucusunun iyi niyete ve dürüstlüğe başlangıç hükümlerinde iki ayrı maddede yer vermesinin tesadüf olmadığını, bunların özel öneme sahip olduklarını ileri sürmüştür[275]. Yazar 1955 yılında Bern Üniversitesi'ndeki açılış dersinde, bizim için de oldukça aydınlatıcı olan şu ayrımı detaylı biçimde açıklama ihtiyacı hissetmiştir. Konumuz kapsamı olan objektif iyi niyet (dürüstlük kuralı), ahlak alanına girer ve haklar ve borçlar üzerinde olumsuz etkisi vardır. Madde, sadakat, doğruluk gibi ahlak alanına giren konularda ödevler yüklemektedir. Buna karşılık sübjektif iyi niyet olarak adlandırılan iyi niyete güven, işin psikolojik yönüne değinir ve olumlu bir etki taşır. Kişinin iyi niyetli davranması ona hak kazandırır yahut bir şeyi yitirmesine engel olurken, dürüstlük kuralına aykırı davranması hakkını kaybetmesi sonucuna götürebilecektir.

Doktrinde iyi niyet ile dürüstlük kuralının arasındaki ilişkiye dair birçok farklı fikir ortaya atılmıştır. Bir görüş, iki hukuki kurumun aynı kavramın farklı görünümleri

---

[270] Edis, **Medeni Hukuk,** s. 263; Ataay, **a.g.e.,** s. 416; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 12; Ömer Uğur Gençcan, "İyiniyetin Korunması", **Yargıtay Dergisi**, C:36, S:3, 2010, s. 5-22, s. 5.

[271] Kavramların ve karşıt kavramların anlamlarının incelemesi hakkında bkz. Lyon-Caen, **Bonne foi**, s. 77.

[272] Oğuzoğlu, **a.g.e.,** s. 153.

[273] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 147; Zeller, **a.g.e.,** s. 157.

[274] Görüldüğü üzere İsviçre MK'nın Almanca metnindeki sisteme geçilmiştir. Almanca metinde ikinci maddede Treu und Glauben (doğruluk, dürüstlük), üçüncü maddede ise Guter Glaube (iyi niyet) başlıkları kullanılmaktadır.

[275] Robert Patry (Çev. Haluk Burcuoğlu), "Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No:18, İstanbul, 1990, s. 15-25, s. 17 (Güven Teorisi).

olduğu, dürüstlük kuralı ile iyi niyet olarak günümüzde ayrılan bu iki kavramı bir olarak değerlendirmek gerektiği ancak hukuk düzeninin bu kavramı farklı yerlerde farklı işleve tabi tuttuğunu belirtmektedir. İyi niyet hukuk düzeninde kimi zaman aranır, kimi zaman ise korunur; sözleşmenin ve borçların ifasında aranacak, hakların kazanılmasında ise korunacaktır[276]. Bir başka ayrım da adaptif fonksiyonu ve yaratıcı fonksiyonu olduğuna işaret eder, hakların kullanılması ve dönüştürülmesinde adaptif fonksiyon, yani günümüzdeki dürüstlük kuralı; hak sahibi olunma bakımından yaratıcı fonksiyon, yani iyiniyet devreye girecektir[277].

Bir başka görüşe göre dürüstlük kuralı ile iyiniyet birbirleriyle ilişkili ancak farklı kavramlardır. Kişinin 3. madde kapsamında iyi niyetli olması ancak davranışının hukuka aykırılığa sebep olması, bazı hallerde bu "iyi bilinç" vesilesiyle ortadaki hukuka aykırılığın etkilerinin ortadan kaldırılması veya azaltılması sonucu doğurabilecektir. İyiniyet ile dürüstlük kuralındaki ayrım, bir görüşe göre güvenin süjesinden doğar. İyiniyet, güvenen kimsenin gördüğü ve inandığı hukuki duruma yöneliktir. Dürüstlük kuralında ise yargıcın yaptığı araştırma, kişinin inandığı veya bildiği hukuki duruma yönelik değildir, objektif bir davranış kuralının somut olayda o kişi tarafından uygulanıp uygulanmadığına bakılacaktır[278]. Hukuki ilişkilerin kurulması, hakların kazanılması alanlarında dürüstlük kuralının yeri olmadığı doktrinde ifade edilmiştir[279].

Bu iki kavram farklı amaçlar için kullanılsa da, aralarında bağlantı olduğu gerçeği yadsınamaz[280]. Bazı yazarlar, iyi niyetin arandığı hallerin de dürüstlük kuralı tarafından belirlendiğini, her ne kadar sübjektif bir değerlendirme olsa da iyi niyetin varlığı sorgulanırken tamamen sübjektif olunamayacağını, bu nedenle tarafların anlayışlarının dürüstlük kuralından hareket edilerek değerlendirileceği

[276] Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 155; François Gorphe, **Le principe de la bonne foi**, these Paris 1928, s.17 (Naklen: Lyon-Caen, **Bonne foi,** s. 78).
[277] Morel, "La bonne foi dans les actes juridiques", **Cours de droit civil approfondi a la faculté de droit de Paris**, 1936-1937, introduction (Naklen, Lyon-Caen, **Bonne foi**, s. 78).
[278] Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 281.
[279] H. Cahit Oğuzoğlu, **Medeni Hukuk I**, Güney Matbaacılık, Ankara 1949, s. 155.
[280] Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 90.

görüşündedirler[281]. Karşı tarafın zarara uğramasına sebep olan ancak iyi niyetle davranan kimse, dürüstlük kuralının korumasından yararlanabilir.

Yukarıda ahlak ile dürüstlük kuralı ilişkisi anlatılırken değinildiği üzere, iyiniyete aykırı hallerin de iş sözleşmelerinin haklı nedenle derhal feshi kapsamında bir sebep teşkil ettiği belirtilmelidir. Bu kapsamda iyiniyete aykırılık ifadesi ile kanun koyucunun amacı, ikinci bölümde tartışılacaktır.

3. Dürüstlük Kuralı ile Adalet İlişkisi

Dürüstlük kuralının tanımına bakıldığında görülen, kişilerden beklenen davranış biçimidir. Bu davranış biçimi, yukarıda anlatıldığı üzere *bonus pater familias*'tan bu yana dürüst, adil, orta zekâlı bir kimsenin davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır. Sübjektif değil, objektif bir ölçüt koymak ve dengeyi sağlamak arayışında olan kanun koyucu, kişilerin davranışlarının bu yönde olup olmadığını tespit etmek istemiştir. Dürüstlük kuralı kapsamında kişiler, somut olayda adil davranışın ne olması gerektiğini değerlendirerek hareket edecek ve yargıç da yargılama safhasında buna göre kişinin dürüstlük kuralına aykırı davranıp davranmadığını belirleyecektir.

Dürüstlük kuralının tanımında yer alan "adil" kavramı bizi adil olanın ne olduğunu tespit etmeye zorlar. Adil kelimesinin kökeni Arapça'dır ve "*Adaletle iş gören, adaletten, doğruluktan ayrılmayan, hakkı yerine getiren, adaletli*" anlamına gelmektedir[282]. İnsanların toplum içinde yaşamlarını sürdürebilmeleri için kendilerine adil davranılması güvencesine sahip olma ihtiyaçları yadsınamaz[283]. Kişilerin bu beklentisi hem toplumun diğer fertlerine, hem de yöneticilere yahut devlete yöneliktir. Adil olunması, adaletli olunması beklendiğinde, adaletin ne olduğunu sorgulama ihtiyacı doğal olarak doğmaktadır. Ancak adalet gibi tarihin en çok tartışılan kavramlarından birini tanımlamak[284], "adil davranmak bu şekilde davranmaktır" gibi

[281] İmre, **a.g.e.,** s. 333; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 12; Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 92.
[282] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/
[283] Tuncay, **Adalet**, s. 200.
[284] İmre, **a.g.e.,** s. 10.

bir ifadede bulunmak niyetinde değiliz. Burada Romalı Ulpianus'un adalet tanımına gönderme yapmakla yetineceğiz: "*Adalet, onurlu yaşama, başkasına zarar vermeme ve herkese hakkını vermektir*[285]".

Doktrinde adaletin objektif ve sübjektif olarak iki görünümü olduğu ileri sürülmüştür[286]. Sübjektif adalet, bir ahlaki değeri, bir erdemi yansıtmaktadır[287]. Objektif adalet ise kişilerin özelliğini değil, onun bu özellik kapsamında somut durumlarda ortaya koyacağı ilişkinin biçimini ifade eder[288]. Dürüstlük kuralı kapsamında adil olmaktan kastedilenin objektif adalet olduğu görüşündeyiz. Çünkü kişinin bu ahlaki değer üzerinde ne düşündüğü veya hayatında buna ne derece önem verdiği değerlendirilebilecek bir ölçüt değildir. Nitekim Kelsen de, adil olmanın nisbiliğinden bahsederek, kişiler için adil olanın farklı olması durumunda çatışmanın söz konusu olacağını ifade etmiştir[289]. Bu nedenle adil olmak, sosyal ilişkilere yansıdığı müddetçe hukuk düzenini ilgilendirir. Kişi, sosyal ilişkilerinde objektif adalete göre hareket ettiği müddetçe, kendisinden beklenen ve hukuk düzenince olması gerektiği kabul edilen davranışları sergilemiş olacaktır.

Adil olmanın ne olduğu konusuna bakıldığında ise herkesin payına düşeni alması, hak ettiğini bulması olarak günlük dilde kullanılan, hukuki olmayan bir tanıma ulaşırız. Hukuk düzeni işte bu noktada devreye girer ve toplumsal dengeyi sağlamak için, adalete ulaşmak için kimin neyi hak ettiğini yahut kimin payının ne kadar olduğunu belirler. Bunu da hukuk kuralları aracılığıyla yapar. Kurallara uymak, toplumda yalnızca huzuru ve barışı değil, aynı zamanda adaleti de sağlayacaktır, nitekim kanun koyucu o toplumda herkesin payını ve yerini önceden adil bir şekilde belirlemiştir[290]. İşte kişiler, objektif adaleti davranışlarına bu hukuk kurallarına uyarak

---

[285] Tuncay, **Adalet,** s. 210.
[286] Aral, **a.g.e.,** s. 128.
[287] Doktrinde Aral, sübjektif adaleti bir "adalet severlik" olarak adlandırmakta, kavramı kişinin karakter değeri olarak tanımlamaktadır, **a.g.e.,** s. 129.
[288] Kıllıoğlu**, a.g.e.,** s. 304.
[289] Tuncay, **Adalet,** s. 201.
[290] Bu noktada adaletin bir başka ayrımının esas alınması gerekir. Aristotales tarafından belirginleştirilen dağıtıcı ve denkleştirici adalet kavramları, günümüzde de adalet ve eşitliğin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin yol gösterici olmaktadır. Dağıtıcı adalet, bir toplumun üyeleri arasında bölünebilecek her şeyin dağıtımında esas alınır, kişiler farklılıklarına göre dağıtılanlardan pay alacaklardır. Denkleştirici adalet ise kişiler arasında dengenin bozulduğu durumlarda bu dengenin sağlanması amacıyla adaletin kullanılmasıdır. İmre, **a.g.e.,** s. 12; Aziz Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit**

yansıtmış olacaklardır. Bu kanunlara uygun olarak gerçekleştirilen hukuki eylemler, mahkeme kararları, idari eylemler de toplumda adil kabul edilecektir[291]. Hukuk kuralları da adaleti sağlamaya yönelirken, kişinin adaletli olmayan bir durumla karşılaşması halinde dengenin sağlanması için bu zararın giderilmesini veya söz konusu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak düzenlemeleri de içerir.

Bu anlamda en basit haliyle dürüstlük kuralı kapsamında adil olan kişiden beklenenin hukuk kurallarına uymak, onlara saygı göstermek olduğunu söylemek mümkündür. Adil bir kimse, kendi hakkı kadar bir başkasının hakkını da kabul edecek ve buna uygun bir biçimde davranacaktır. Bu kavramların bağlantısını açıkladıktan sonra belirtmek gerekir ki, hakların kullanımındaki doğal sınırların tespiti de hukukun her daim tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmalara hakkın kötüye kullanılması yasağı başlığı altında değinilecektir.

4. Dürüstlük Kuralı ile Örf Adet Kuralı İlişkisi

Toplumsal ilişkilerden kaynaklanan hukuk düzeninin oluşması için ilk başvurulan kaynak, örf-adet olmuştur[292]. Ancak örf adetler, tartışılarak kararlaştırılan kurallar değillerdir. Toplumun bütünü yahut önemli bir çoğunluğu tarafından zaman içinde uygun ve doğru olduğu kabul edilen davranışlardan oluşmuşlardır[293]. Zaman içerisinde toplum düzenini sağlayan hukuk kuralları, insan eylemleriyle birlikte sürekli bir devinim içinde olmuştur. Bununla birlikte örf-adet, yıllandıkça yerleşir, hukuk kurallarına göre daha zor değişir, kolay kolay yapısal değişiklik geçirmez kurallardır[294]. Düzeni oluşturan pozitif kurallar arttıkça, örf adetlere ayrılan alan

Davranma İlkesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 36-37 (Eşit Davranma); Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 160-161.

[291] Kıllıoğlu, **a.g.e.,** s. 304. Yazar burada "kanun adaleti" veya "yasal adalet" olarak tanımlanan kavramı açıkladıktan sonra, yasaların o topluma uygun olup olmadığı, yeterince uygulanıp uygulanmadığını ve adaletin kavram olarak sorgulandığı "kanun üstü adalet" i de açıklamıştır. Ancak çalışmamız kapsamı bakımından bu ayrıntıya girmeye gerek duyulmamıştır. Ayrıca bkz. Aral, **a.g.e.,** s. 129.

[292] Kıllıoğlu, **a.g.e.,** s. 288.

[293] M. Emin Emini, "Hak Kavramı", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S:12, 2004, s. 203-216, s. 205; Ataay, **a.g.e.,** s. 119.

[294] Osman Gökhan Antalya, **Hukuk Metodolojisi**, C:2, Ankara, Seçkin, 2021, s. 282-283 (Metodoloji); Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 502.

azalmış gibi görünmektedir. Örf-adet kuralları insan eylemlerine uygulanacak düzen kuralları arasında önem sıralamasını yitirse de, diğer özellikleri ile birlikte yaptırım gücüne de sahip oldukları yani örf-adet hukuku haline geldikleri zaman hukuk kaynakları arasında yer edinmiş olurlar[295].

Dürüstlük kuralı ile örf-adet kuralı arasındaki benzerlik[296], yorum ve tamamlama kurallarında işlev göstermelerinden kaynaklanmaktadır. Somut olaya uygulanabilir bir kural bulunmuyorsa, yani gerçek boşluk durumunda yargıç, TMK m. 1 uyarınca eğer varsa öncelikle örf-adet hukuku kapsamında uygulanabilecek bir kuralı araştıracaktır. Yargıç, boşluk halinde örf-adet kuralından yararlanır[297]. Boşluğun niteliği hangi kuralın kullanılacağı konusunda önemlidir, eğer somut olaya uygulanabilecek bir hukuk kuralı varsa, ancak yeterli açıklıkta değilse, bu durumda dürüstlük kuralı uygulama alanı bulacaktır[298].

II. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, TMK m.2/2 de düzenlenmiş olup İsviçre Medeni Kanunu m.2/2'nin karşılığıdır. Buna göre bir hakkın açıkça kötüye kullanımı hukuk düzenince korunmayacaktır. Söz konusu ifadeyi daha iyi anlayabilmek adına içerdiği kavramları çözümleyerek başlamak gerektiği düşüncesindeyiz.

A. Hak ve Kötüye Kullanma Kavramları

Hukuk kuralları ile bireylere birtakım haklar tanınır ve kişilerin bu haklar doğrultusunda hareket etmeleri beklenir. Bu nedenle hak kavramı hukuksal ilişkide özü oluşturur[299]. Ancak hakkın tanımı üzerine bir görüş birliği yoktur. Bir görüş,

---

[295] Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 501; Ataay, **a.g.e.,** s. 120; İmre, **a.g.e.,** s. 178.
[296] İmre'ye göre dürüstlük kuralı gereğince taraflar örf adet kuralı benzeri kurallara uymakla yükümlüdürler, bkz. **a.g.e.,** 288.
[297] Nomer / Akbulut, **a.g.e.,** Knr. 67, s. 23; Antalya, **Metodoloji**, Knr. 1118, s. 280-281; Ataay, **a.g.e.,** s. 124-125; İmre, **a.g.e.,** s. 180.
[298] Antalya, **Metodoloji,** Knr. 1119, s. 281; Örtülü boşluğun doldurulması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut, **a.g.e.,** s. 100 vd.
[299] Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 204; Emini, **a.g.m.,** s. 205.

hakkın bir irade üstünlüğü olduğunu ve bunun hukuk vesilesiyle tanındığını ileri sürmektedir, bu görüş irade teorisi olarak adlandırılır; bir başka teori ise menfaat teorisidir, bu teori ise tanımda bireyin menfaatini esas alır, hakkın hukuk tarafından korunan menfaat olduğunu söyler[300]. Karma görüşe göre ise hak, hukuken korunan ve korumadan yararlanan kişinin iradesi doğrultusunda kullanılan menfaatlerdir[301]. Görülmektedir ki hak, yıllar boyunca üzerinde fikir birliğine varılmasında zorluk yaşanan bir kavram olagelmiştir.

Kanun koyucu, hakkı korumak amacıyla düzenlemekte, bu koruma da kullanımla elde edilecek menfaate yönelmektedir. Kişinin hakkını kullanmasıyla, bu haktan doğacak menfaatini elde etmeye yönelik davranışı korunacaktır. Menfaat, mutlaka hak sahibinin iradeli ve bilinçli bir yararıyla ortaya çıkmaz, örneğin yeni doğmuş bir bebeğin eğitim alma hakkı kendi isteği, iradesi doğrultusunda değil, bu eğitim hakkının onun yararına olması sebebiyle ortaya çıkar[302]. Kişinin bu menfaatin korunmasıyla toplumdaki güven duygusu sağlamlaşır; aksi halde kişinin menfaati sürekli güvencesiz olacağından huzursuzluğun ortaya çıkmasından endişe edilmektedir[303].

Hak, sahibine tanınan bir imtiyazdır ve kullanıldığı kişiye karşı daha avantajlı bir konumda olma sonucunu doğal olarak doğuracaktır[304]. Kişi hakkını ileri sürdüğünde, bir başkası için bir yükümlülük[305] ortaya çıkar. Buradaki temel yükümlülük, bir başkasının hakkına saygı gösterme yükümlülüğüdür. Bununla birlikte, kişinin hakkını kullanırken bir başkasına zarar vermesi, bir başkasını bir haktan mahrum etmesi söz konusu olabilir. Burada temel sorun, başkalarının çıkarını

---

[300] Tekinay, **a.g.e.,** s. 164; Emini, **a.g.m.**, s. 207; Velidedeoğlu, **a.g.e.,** s. 205; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 94; Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 153; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 358; Eren, **a.g.e.,** Knr. 119-120, s. 47.

[301] Velidedeoğlu, **a.g.e.,** s. 206; Ataay, **a.g.e.,** s. 363-364; Köprülü, **a.g.e.,** s. 16; Emini, **a.g.m.,** s. 206-208; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 95; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.,** Knr. 467, s. 145; Eren, **a.g.e.,** Knr. 121, s. 47. Bunların dışında hakkı tanımlayan çeşitli görüşlerle birlikte, hak kavramını reddeden görüşler de vardır, bkz. Emini, **a.g.m.**, s. 208-210.

[302] Andrei Marmor, "On the Limits of Rights", **Law and Philosophy,** Vol. 16, No:1, 1997, s. 1-18, s.6.

[303] Tekinay, **a.g.e.,** s. 171-172.

[304] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 474, s. 169; İmre, **a.g.e.,** s. 303; Velidedeoğlu, **a.g.e.,** s. 328; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.,** Knr. 860, s. 270.

[305] Marmor**, a.g.m.,** s.3. Eğer hakların karşılığında ödevler, borçlar yahut yükümlülükler gibi kavramlar olmazsa, toplumda bir anarşinin doğacağı ifade edilmiştir, bkz. Emini, **a.g.m.,** s. 204.

hiç dikkate almadan hakkın kullanılmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir[306]. Doktrinde, kişinin kendisine tanınan hakkı sınırsız bir biçimde kullanmasının sakıncalar doğurabileceğine işaret edilmiştir[307]. Bazı hallerde hakkın korunması, hakkaniyet düşüncesine aykırı sonuçlar yaratabilir. Geçmişte bu korumanın son bulması için hakkın da son bulması gerektiği ifade edilmiş, hakkın varlığı halinde korunmamasının bir çelişki yarattığı ileri sürülmüştür[308]. Bununla birlikte hakkın korumasına dair çizilen sınır aslında hakkın kendisinden ziyade, korunan menfaate işaret eder.

Kötüye kullanma, eski MK ifadesiyle "suiistimal"[309], Almancada "*Missbrauch*", Fransızcada "*abus*" , Latincede "*abusus*" olarak karşımıza çıkar. Kelimelerin anlamındaki ortak nokta, yararlanmanın aşırılığı, kötülüğü üzerine vurgu yapmasıdır. İyi ve kötü kavramları ile hakkın kullanılması eylemi bir araya geldiğinde, ortaya öznel bir değerlendirme çıkmaktadır. Kişilerin değer yargılarına göre neyin iyi, neyin kötü olduğu belirlenirse, kaygan bir zemin yaratılmış olur ve kişisel değer yargıları hukuk güvenilirliğini zedeleyebilir. Bu nedenle objektif, nesnel bir değer yargısı olan dürüstlük kuralına başvurulur, kötüye kullanmanın sınırı dürüstlük kuralının gösterdiği objektif değerler vasıtasıyla belirlenir. Hakkın kötüye kullanılması vasıtasıyla hakların mutlaklığına dürüstlük kuralı ile bir sınır çizilmekte[310] ve taraflar arasındaki ilişkilerde dengeyi gözetmek için bir araç yaratılmaktadır[311].

Hakkın kötüye kullanılmasının uygulama alanı bulması için hukuken tanınmış bir hakkın kullanılması gerekir[312]. Bazı yazarlar her hakkın kötüye kullanılabilmeye müsait olmadığını ifade etmişlerdir[313]. Fransız doktrininde takdir hakkının da kötüye

---

[306] Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 278.
[307] Doktrinde Ataay, iş ilişkilerinde işçi ve işveren arasındaki ekonomik güç farklılığından söz ederek bu hususu örneklemektedir, bkz. Ataay, **a.g.e.,** s. 87-88.
[308] Abbet, **a.g.e.,** s. 205-206.
[309] Arapça kötülük anlamına gelen "*sü*" ve kullanma anlamına gelen "*istimal*" kelimelerinin birleşimidir, bkz. Nişanyan Sözlük, (Çevrimiçi: https://www.nisanyansozluk.com/?k=suiistimal).
[310] Egger, **a.g.e.,** s. 92; Çeliktaş, **a.g.m.,** s. 612.
[311] İmre, **a.g.e.,** s. 301.
[312] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 471, s. 168; Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1251, s. 256.
[313] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 81; Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1253, s. 243. Doktrinde, özgürlük olarak tanımlanan yetkilerin kötüye kullanıma elverişli olmadığını belirten yazarlar olduğu gibi, bunların da kötüye kullanım kapsamında olduğu görüşünde olanlar da vardır. Ancak bu tartışma, oldukça teorik nitelikte olup yargılama için önem taşımamaktadır. Bkz. Christine Mingam, / Astrid Duval, "L'abus de droit, état du droit positif"**, Revue juridique de l'Ouest**, S:4, 1998, s. 546.

kullanıma tabi olup olmadığı tartışmalara sebep olmuştur[314]. Özellikle aile hukukunda, ebeveynlerin çocukları üzerinde kullandıkları takdir haklarının değerlendirilmesiyle beraber, evlenme izninin geri alınması, koruma hakkı, eğitim hakkı gibi konularda kötüye kullanımın mevcut olabileceği geçmişte mahkemelerce kabul edilmiştir[315]. Zamanla tüm haklar bakımından kötüye kullanmanın mümkün olduğu görüşü ağırlık kazanmaya başlamıştır[316].

Pozitif düzenlemede, kötüye kullanma tamamen yasaklanmamış, ancak açık kötüye kullanımın kanun koyucu tarafından korunmayacağı hüküm altına alınmıştır. Açık kötüye kullanmanın ne anlama geldiğini betimlemek için formüle edilen hak (görünüşteki hak) ve gerçek hak olarak iki kavram kullanılmaktadır[317]. Kanun koyucunun formüle ettiği hak, düzenleniş biçimiyle hukuka uygundur ancak kişi, bu formülde korunması amaçlanan gerçek hakkı kullanmamaktadır. Bu durumda, ilgili kullanım korunmamaktadır, çünkü asıl amaçlanan, koruma altına alınan gerçek hakkın kullanılmasıdır[318]. İsviçre MK'nin hazırlık çalışmaları esnasında Eugen Huber'in ifade ettiği üzere, "*Hakkın kötüye kullanılması, kullanılan hak ile kanun koyucunun tanıdığı gerçek hak arasındaki farklılık veya çelişki sonucu ortaya çıkmaktadır", bu durumda maddi adaletin sağlanması için düzeltici işlev devreye girecek, kullanılan hak korunmayacaktır*[319].

Genel açıklamaların ardından, kavramın köklerini ve farklı hukuk sistemlerinde nasıl düzenlendiğini inceleyeceğiz.

---

[314] Mingam / Duval, **a.g.m.,** s. 547 vd.
[315] Cour d'appel de Lyon, 23.01.1907 (Naklen: Mingam / Duval, **a.g.m.,** s. 549).
[316] Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 168; Kavak, **a.g.e.,** s. 61.
[317] Bu iki kavram arasındaki fark, bazı yazarlarca Roma hukukundaki preatoryen hukuk ile ius civile arasındaki farklılığa benzetilmiştir, buna göre hakkın kötüye kullanımı yasağı modern hukukta *exceptio doli generalis*'in yerini almış gibi görünmektedir, bkz. Abbet, **a.g.e.,** s. 206; 1946 tarihli İsviçre Federal Mahkeme kararı, 72/1946 II s. 39, (naklen Engel, **a.g.m.,** s. 129); Uçaryılmaz, **Bona Fides**, s. 144.
[318] Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s, 21-22; Kavak, **a.g.e.,** s. 66.
[319] Bu deyim, İsviçre Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmaları esnasında Eugen Huber tarafından İsviçre MK m. 2/2'nin uygulanabileceği koşulları açıklamak için kullanılmıştır, bkz. Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 119; İmre, **a.g.e.,** s. 304.

B. Hukuk Sistemlerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

1. Roma Hukuku

Hakkın kötüye kullanılması teorisinin Roma Hukukunda kabul edilip edilmediği tartışmalıdır. Hakkını kullanan kimsenin bir başkasına zarar vermediğini kabul etseler de[320], Romalı hukukçuların kullandıkları bazı ifadeler, hakkın kötüye kullanılmasına dair endişelerin mevcut olduğunu göstermektedir[321]. Somut bir kurala yer verilmemekle birlikte, hakkın kötüye kullanılması yasağına çeşitli hususlarla sınırlı olmak kaydıyla birkaç yerde rastlandığı doktrinde ifade edilmiştir[322].

Romalı hukukçular, öncelikle hakkın kullanılmasının verdiği zarara yaptırım uygulanmasını kabul etmemişlerdir. Gaius, "*Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*" (Kendi hakkını kullanan hile yapmış sayılmaz), Ulpien; "*Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur*" ifadeleri kullanarak hakkını kullanan kişinin verdiği zararın giderilmeyeceğine metinlerinde yer vermişlerdir. Nitekim aşağıda anlatılacağı üzere bireyselci görüşün önde gelen hukukçuları, bu düzenlemelere dayanarak hakkın kötüye kullanılması kavramının Roma hukukunda kabul edilmediğini ileri sürmüşlerdir[323]. Bu görüşe göre, Digesta'daki ifadelerden anlaşılan, Roma hukukunda kişilerin haklarını kullanmak konusunda serbestiye sahip olmalarıydı. Hakları düzenleyen bu sistemde, zaman içerisinde hakkaniyet düşüncesi eşliğinde, söz konusu hakkı sınırlama ihtiyacının artmış olabileceği ileri sürülmüştür[324]. Klasik dönem ve ardından gelen Hristiyanlığın etkisiyle, hukukun mutlak olarak sağladığı adaletin yanında, daha üstün bir hakkaniyet arayışının gündeme geldiği anlaşılmış ve özellikle

[320] Turgut Sızmazoğlu, **İş Akdinin Feshi ve Kıdem Tazminatı**, İstanbul, 1953, s. 82.
[321] Hamide Topçuoğlu, **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)**, İzmit, 1950, s. 222, Alexandre Lunel, "L'abus de droit et la redéfinition des rapports juridiques entre patrons et ouvriers en droit français (seconde moitié XIX e siècle-premier quart XX e siècle)", **Revue historique de droit français et étranger**, Vol. 87, No. 4 Octobre-Décembre 2009, s. 515-549, s. 517, dn. 7.
[322] Saymen, **Medeni Hukuk,** s. 289.
[323] Henri et Léon Mazeaud /Jean Mazeaud / François Chabas, **Leçons de Droit Civil**, Tome II, Vol. I, Obligations Théorie Générale, Paris, 1985, Knr. 456, s. 476-477.
[324] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 49-50.

Iustinianus döneminde bu arayışı çözümlemek amacıyla düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır[325].

Hakkın kötüye kullanılmasına yönelik ilk sınırlamalar, *bona fides* in karşısında yer aldığı kabul edilen *mala fides* ve hile (*dol, dolus*) kavramları ile çizilmiştir[326]. Hileyi Cicero, Off.3,14,60'da Aquillius Gallus'un şu sözleriyle tanımlamıştır; "*birinin bir şeyi yaptığı görünümü verirken aslında başka bir şeyi yapması*"[327]. Dürüst kimse, bir şeyi almak veya satmak için bir başkasını kandırmayacaktır. Hileli davranışa karşı *actio de dolo* ve *exceptio doli* ileri sürülebilmekteydi[328]. *Exceptio doli,* pretoryen birçok kurum gibi hakkaniyet düşüncesiyle temellendirilmiştir, ancak onlardan farklı olarak çok daha geniş bir uygulama alanına sahipti[329].

Exceptio doli[330] ile daha önceki hileli davranışı nedeniyle sözleşmenin akdedilmesine sebep olan taraf ve bu davranışın sözleşmeye olan etkileri (*exceptio doli specialis*) incelendi. Hile hukuki işlem yapılırken mevcutsa bu durumda *exceptio doli specialis* def'inin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Eğer işlem tamamlandıktan sonra alacaklı kötü niyetle hareket etmişse, kendi içinde geçersiz olduğu kabul edilen mevcut hileli davranışa karşı *exceptio doli generalis* ileri sürülmesi mümkün olacaktır[331]. Ancak preator bunu hakkaniyet kapsamında bir müeyyideye bağlamayı reddetmiştir[332].

---

[325] Girilioğlu, **a.g.e.,** s. 50. Nitekim deniz gören binaların manzaralarının kesilmemesi için önlerine yüz kademden daha yakın bir yere manzarayı kapatan inşaatın yapılmasını yasaklayan emirname de Iustinianus döneminde çıkarılmıştır. Bu kuralı dolanmak ve manzarayı kesmek için duvar yapan kimselerin, başkasına zarar verme amacıyla hakkın kötüye kullanılmasının cezalandırılacağı aynı emirname ile bildirilmiştir.

[326] Lyon-Caen, **Bonne foi**, s. 76.

[327] "*Cum esset aliud simulatum, aliud actum*", (Naklen; Ursula Elsener, **Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit**, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2004, s. 5.); Abbet, **a.g.e.,** s. 26.

[328] Abbet, **a.g.e.,** s. 28 vd.; İpek Sevda Söğüt, **Roma Hukukunda Exceptio Doli Generalis (Genel Hile Def'i)**, İstanbul, Filiz, 2020, s. 126.

[329] Abbet, **a.g.e.,** s. 147.

[330] *Exceptio doli*nin işlevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abbet, **a.g.e.,** s. 146 vd.

[331] İmre, **a.g.e.,** s. 304; Umur, **a.g.e**., s. 208. İyi niyetin ve dürüstlük kuralının dikkate alınması gereken uyuşmazlıklarda exceptio doli generalis in ileri sürüldüğü yönünde, bkz. Söğüt, **a.g.e.,** s. 126-127. İsviçre Federal Mahkemesi geçmiş tarihli kararlarında exceptio doli generalis in hakkın kötüye kullanılmasının kaynağı olduğunu ifade etmektedir, krş. Engel, **a.g.m.,** s. 129. Günümüzde de hakkın kötüye kullanılmasına muhatap olan kişinin kendisini bir def'i ile savunduğu yönünde, bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 23.

[332] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 488, s. 175.

Ortaçağda ise malikin mülkiyet hakkını başkasına zarar verme amacıyla kullanması tartışılmıştır. Bu eylemi araştıran hukukçular, Digesta'da *aemulatio* adı verilen ve Latince'de "rekabet, yarışma" anlamına gelen, günümüzdeki taciz (şikan) yasağına karşılık olan bir kuruma rastlamışlardır[333]. *Aemulatio* ile komşusunun manzarasını kesmek için duvar inşaa etmek gibi bazı fiiller yasak edilmiştir[334], bu fiiller zarar verme niyetini barındıran davranışları kapsamaktadır. Ancak *aemulatio* ile yasaklananların *animus nocendi* yani zarar verme niyeti olan davranışlar olduğu düşünüldüğünde, bu niyetin belirlenmesi için sübjektif bir değerlendirme yapmak gerekmekteydi. Bu da, zarar görenin *animus nocendi* ispatını zorlaştırmaktaydı[335]. Yine de *aemulatio,* hakkın kötüye kullanılması yasağına kaynak teşkil eden bir kurum olarak kabul edilmektedir[336].

18 ila 19. yüzyılda hakkın kötüye kullanılması kavramına Avrupa'nın önde gelen kodifikasyonlarında yer verilmemiş, yalnızca iyi niyet ve hakkaniyet (yahut adalet) varlığını korumuştur. Doktrinde Broggini'ye göre bunun sebebi, Grotius'dan bu yana doğal hukuk okulunun önde gelen hukukçularının ideolojisinin, bireyselcilik ve kişisel özerklik üzerine gelişmesidir. Kişisel özgürlükler kodifikasyonla korunmuş ve hükümler yargıcın yorumuna yer bırakmayacak açıklıkta düzenlenmiştir[337]. Bu nedenle, hakkın kötüye kullanılabileceği görüşünün modern hukuk sistemlerine yeniden yerleşmesi, şiddetli tartışmalara sebep olmuş ve uzun bir zaman almıştır.

2. Fransız Hukuku

Fransız Hukukunda hakkın kötüye kullanılmasına yönelik bilinen en eski dava 1 Şubat 1577 tarihinde Aix Parlemento'sunda görülmüştür. Bu dava, avukat olan komşusunu yüksek sesle şarkı söyleyerek rahatsız etmek dışında amacı olmayan bir

[333] Giritlioğlu**, a.g.e.,** s. 48.
[334] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 488, s. 175.
[335] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 51-52.
[336] Söğüt, **a.g.m.,** s. 133; Salvatore Riccobono (Çev: Ziya Umur), "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi" **İÜHFM**, C:22, S:1-4, 1957, s. 350.
[337] Gerardo Broggini, "L'abus de droit et le principe de la bonne foi, aspects historiques et comparatifs", **Abus de droit et bonne foi**, Friburg, Editions Universitaires Fribourg, 1994, s. 3-22, s. 14.

hallacın mahkûmiyetiyle sonuçlanmıştır[338]. Geçmişte görülen davalarda yapılan incelemelerde; komşusunun manzarasını kapatmak için yapılmış, oldukça geniş bir bacanın[339] veya bitişikteki taşınmaz üzerinde üretilen ve uçurulan balonlara zarar vermek için dikilmiş sivri demirlerin yıktırılmasına, mülkiyet hakkının oldukça geniş yorumlandığı zamanda bile hakkın kötüye kullanılmasına dayanılarak karar verildiği görülmüştür[340]. Hakkın kötüye kullanılmasına dair özel hükmün bulunmadığı dönemde, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin, Medeni Kanun'un 1382. maddesinde yer alan "*İnsanın bir başkasına zarar veren her türlü fiili, kusuru ile zararı meydana getiren kimseyi bunun tazminiyle sorumlu kılar"* düzenlemesini oldukça geniş yorumladığı ifade edilmiştir[341].

Yıllar içinde hakkın bireye özgü olduğu ve bireyin toplumdan üstün olduğu fikri yerleşmeye başlamıştır. 1789 Fransız İhtilali ile dünyada bireyselciliğin yükselişe geçmesiyle, hakların mutlaklığı ve bireyin haklarını sınırsızca kullanması fikri baskınlık kazanmıştır. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, bu bireyci akımın etkisiyle hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan bir düzenlemeyi bünyesine almamıştır[342]. 19. yüzyılın sonlarından itibaren toplumun bütünlüğünü korumak için hukuk düzeninin oluşturduğu sosyal düzen yeniden gündeme geldi ve hakkın kötüye kullanılıp kullanılamayacağı konusu doktrini meşgul etmeye başladı.

Fransız doktrininde hakların kötüye kullanılması hususu oldukça tartışmalı bir geçmişe sahiptir. Bir bireyselci olan Planiol'a göre hakkın kötüye kullanılması anlamsız bir kurumdu ve kişi hakkını kötüye kullanamaz, yalnızca hakkın sınırını aşabilirdi. Yazar görüşünü "*Hakkın son bulduğu yerde kötüye kullanma başlayabilir çünkü bir hak aynı anda hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı olamaz*" olarak ifade

[338] Crabb, **a.g.m.,** s. 5; André Billeter, **La résiliation abusive du contrat de travail,** Nöşatel, Delachaux & Niestlé, 1952, s. 17-18.
[339] Colmar mahkemesinin 2 Mayıs 1855 tarihli Doerr kararında, mülkiyet hakkının bu şekilde kullanımının bir kötüye kullanım olduğu, mülkiyet hakkının da diğer tüm haklar gibi ciddi ve meşru bir menfaatin tatmin edilmesi amacıyla kullanılabileceğine hükmedilmiştir; ayrıca bknz Topçuoğlu, **a.g.e.,** s. 223; Mingam / Duval, **a.g.m.,** s. 551; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 5.
[340] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 334; Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 124. Cour de cass. l'arret Coquerel v. Clément-Bayard, 03.08.1915 (www.legifrance.gouv.fr).
[341] Velidedeoğlu, **a.g.e.,** s. 335; İmre, **a.g.e.,** s. 305.
[342] Jean Guyenot, "La rupture abusive des contrats a duree indeterminee", **La tendance a la stabilité du rapport contractuel**, Paris, LGDJ, 1960, s. 235-299, s. 243; Crabb, **a.g.m.,** s. 5; Giritlioğlu**, a.g.e.,** s. 53.

etmiştir[343]. Burada "*qui jure suo utitur, neminem laedit*" kuralı işleyecektir, kendi hakkını kullanan kişi bir başkasına zarar vermiş olmaz[344]. Bireyselci görüş, hakkın kötüye kullanılması fikrini benimsememiştir. Nitekim bir hakkın kıymetli olmasını sağlayan şey, onun kullanılmasından elde edilen sonuçtur[345].

Hakların hâlihazırda sınırsızlığı söz konusu değildir, pek çok hakkın sınırları tespit edilmiştir. Bu sınırlara uyulmaz ise hareket hakkın sınırını aşmış olur. Bireyselciler için bir hak, sınırları içerisinde kötüye kullanılamazdı, zira bir hak aynı zamanda hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı olamazdı[346]. Çünkü hukuk, zaten o hakka bir sınır çizmiştir ve hakkın sınırlarının aşılması ile zaten hakkın kullanılması mümkün değildir. Bu da demek olur ki kötüye kullanma, sınırlar içinde değil, sınırlara uyulmadığında gerçekleşir. Hakkın kötüye kullanılması da bu durumda hakkın bulunmadığı alanda ortaya çıkacaktır[347].

Bireyselcilere karşı sosyal görüş olarak adlandırılabilecek diğer görüşün savunucuları ise, hukuka duyulan ihtiyacın adalet duygusunu içerdiği, ancak bu adaletin yalnız kendileri için değil, topluma da hizmet eden bir düzen oluşturduğunu kabul etmektedirler. Kanun eğer kişiye bir hak tanımış ise, bu hak hukuk düzeninin ona atfettiği amaca uygun kullanılmalıdır. Söz konusu amaç içinde genelin menfaati yer alır[348]. Bu amaç sınırları dışındaki kullanım, kötüye kullanımdır[349]. Saleilles, hakkı sosyal ve ekonomik amacı dışında kullanmanın kötüye kullanma oluşturacağını ifade etmiştir[350]. Josserand'a göre de her hakkın sosyal bir amacı vardır. Hakların mutlak olduğunu kabul etmek hukuken ve sosyal olarak olanaksızdır, tamamlamak üzere getirildiği bir misyonu vardır ve amacını yerine getirdiği ölçüde kullanılabilir. Bu

[343] René Dussault, "De l'abus des droits", **Les Cahiers de droit,** Vol: 4, No: 3, 1961, s. 119; Oğuzman, **Medeni Hukuk,** s. 168, dn. 12; Mazeaud / Mazeaud / Chabas, **a.g.e.,** Knr. 457, s. 477; Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 123; Mingam / Duval, **a.g.m.,** s. 544; Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 82; Lunel, **a.g.m.,** s. 519.
[344] Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 120.
[345] Arsebük, **a.g.e.,** s. 101.
[346] Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 278.
[347] Herkesin dilediği gibi ve dilediği şekilde hakkını kullanabileceği görüşünde, bkz. Arsebük, **a.g.e.**, s. 103.
[348] Ataay, **a.g.e.,** s. 88; Saymen, **Medeni Hukuk,** s. 278; Kavak, **a.g.e.,** s. 71.
[349] Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 121.
[350] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 82.

nedenle de haklar, kötüye kullanılmaya müsaittir[351]. Josserand'ın teorisine göre sosyal amaca aykırılıktan başka, zarar verme niyeti ve makul yarar yokluğu da hakkın kötüye kullanıldığını tespite yarayan ölçütlerdir.

20. yüzyılın başlarında Josserand ve Saleilles gibi yazarların çalışmalarıyla içtihat taranarak, hakkın kötüye kullanılması teorisi ortaya koyulmuştur. Mülkiyet hakkı başta olmak üzere, belirsiz süreli iş sözleşmesini fesih hakkı, dava hakkı gibi birçok hakkın da kötüye kullanılabileceği görülmüştür. Zaman içinde Josserand'ın hakların mutlak olup olmadığı ayrımı yapılarak hakkın kötüye kullanımının tespit edilebileceği konusundaki görüşü[352], çoğunluğun dikkatini kazanmış ve bireyselci görüşe üstün gelmeye başlamıştır. Bu sayede, hakkın kötüye kullanılması fikri hukukçular arasında yeniden canlanmıştır. O dönemde İmparatorluk Almanya'sı da hazırlık çalışmalarında hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen düzenlemeleri tartışmaktaydı[353].

İş sözleşmesinin feshinde ilk aşamada doğrudan hakkın kötüye kullanılması doktrini kabul edilmemiş[354], ancak demiryolu işçilerinin belirli süreli sözleşmelerinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirilmemesi hükmü getirilmiştir[355]. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından böyle bir düzenleme bulunmamaktaydı ve hatta işverenin fesih hakkını kullanmasına karşılık herhangi bir yaptırıma uzun süre hükmedilmemiştir[356]. 1890 Aralık tarihli kanunla, Medeni Kanun'un 1780. maddesine getirilen değişiklikle, belirsiz süreli iş ilişkilerinde taraflardan birinin feshi sonucu diğer tarafın tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir[357]. Hala yürürlükte olan bu düzenleme gereğince söz konusu tazminat, zararın karşılığı olarak belirlenecektir[358].

---

[351] Louis Josserand, **Cours de droit civil positif française,** Tome I, Paris 1932, Knr.162, s.106 (Droit Civil).
[352] Louis Josserand, **Essais de téléologie juridique: De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits**, 2e ed., Librairie Dalloz, Paris 1939, Knr. 237, s. 321 vd. (L'esprit des droits).
[353] Frédéric Audren/ Catherine Fillon, "Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale", **Revue trimestrielle de droit civil**, No:1, janvier-mars 2009, s. 39-76, s.42.
[354] Ferit Saymen, 'Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suistimali', **İÜHFM**, C:12, S:4, 1946, s. 1135 (Hakkın Suistimali).
[355] Lunel, **a.g.m.,** s. 522.
[356] Alexandre Fabre, "Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun", **Répertoire de droit du travail**, Dalloz, 2020, Knr. 3.
[357] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 88-89.
[358] Emmanuel Dockès, "Le retour du licenciement abusif", **Dr. soc**., 2018, s. 541.

İş sözleşmelerinin feshinde kötüye kullanma düşüncesi, iş sözleşmesinin aniden feshedilmesi nedeniyle değerlendirilmeye başlanmış; bu durumda ortaya çıkan zararın ihbar tazminatından farklı olarak kusura dayanan bir zarar olduğuna kanaat getirilmiştir[359].

Bir yetki kullanımı, mutlak hak gibi görülen olağan fesih hakkının kötüye kullanılabileceğine dair denetim, zaman içinde gelişim göstermiştir[360]. Fesihte hakkın kötüye kullanılması denetimi 1973 yılındaki değişikliğe kadar oldukça önem taşımaktaydı. Çünkü iş sözleşmelerinin feshine sınırlama teşkil edecek, iş güvencesine benzer nitelikte gerçek ve ciddi sebep gösterilmeden feshine ilişkin bir düzenleme yoktu. Eski zamanlarda bu düzenleme yapılmadan önce işverenin işçinin sözleşmesini feshedeceğini, taahhütlü mektupla bildirmesi gerekiyordu[361]. Feshin sebebini belirtmeyen bu taahhütlü mektup sonucu feshin kötüniyetli olduğu kanaatinde olan ve işverenin sorumluluğuna gitmek isteyen işçinin, hakkın kötüye kullanılmasını ispat etmesi gerekmekteydi[362]. Ancak bu ispat, sübjektif olarak kötüniyetin ispatını gerektirdiğinden, mahkemeler kusurun ispatı için işletme yararı kıstasını esas almışlar ve hakkın kötüye kullanılmasını bu şekilde denetlemişlerdir[363]. Fransız Hukukunda iş sözleşmesinin feshinde gerçek ve ciddi sebeplerin aranmasıyla kötüye kullanma denetiminden tamamen vazgeçilmemiş, ancak uygulama alanı oldukça daralmıştır[364]. Doktrinde Dockès, Medeni Kanundaki düzenleme ile İş Kanunundaki düzenlemenin birbirlerini dışlamadığını, fesihte gerçek ve ciddi sebebin aranması ile hakkın kötüye kullanıldığına dair denetimlerin somut olaya göre uygulama alanı bulduğunu ve yeri geldiğinde değerlendirmeye birlikte konu edildiklerini ifade etmektedir[365].

---

[359] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 86;. Fabre, **a.g.m.,** 4.
[360] Manuela Grévy, **La sanction civile en droit du travail**, Paris, LGDJ, 2002, s. 28; Jean Mouly, "La réactivation de la théorie du licenciement abusif", **Dr. soc.** , 2018, s. 824 vd.; Fabre, **a.g.m.,** Knr. 5.
[361] Emine Tuncay Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, Ankara, Kadıoğlu Matbaası, 1987, s. 81 (İşverenin Fesih Hakkı).
[362] Antoine Cristau, "Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture - Licenciement pour motif personnel : conditions)", **Répertoire de droit du travail**, Dalloz, 2017, Knr. 11.
[363] Sarper Süzek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Ankara, Kazancı Yayınları, 1976, s. 46 (Hakkın Kötüye Kullanılması); Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı,** s. 99.
[364] Dockès, **a.g.m.,** s. 541.
[365] Doktrinde, 2017-1387 sayılı hükümet kararnamesi ile fesih hakkının hakkın kötüye kullanılması denetiminin geri geldiği yönünde eleştiriler de getirilmiştir, bkz. Dockès, **a.g.m.,** s. 541 vd.

3. Alman Hukuku

Alman Hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin eski ve önemli kararlardan birisi, 1909 tarihli İmparatorluk Mahkemesi kararıdır. Bu davada, davacının annesi öldüğünde, davalı olan baba ile ikamet ettikleri aile kalesinin bahçesine gömülür. Baba ile oğul düşmandırlar ve görüşmemektedirler. Oğul, annesinin mezarını ziyaret etmek ister ancak baba mülke girmesine müsaade etmez. Ağır bir kalp rahatsızlığı geçirmiş olan baba, oğluyla mülk içerisinde karşılaşarak hastalığını tetikleyecek bir durum yaşamak istememekte ve mülkiyet hakkı sahibi olduğundan oğlunu sınırların içine almamaktadır. Mahkeme, oğlun annesini hiçbir surette ziyaret edememesini hakkın dürüstlük kuralına uygun bir kullanımı olarak bulmaz ve yılda dört gün ziyaretinin uygun düşeceğine karar verir[366]. Görüldüğü üzere İmparatorluk Mahkemesi, bir kişinin annesinin mezarını ziyaret etmesine müsaade etmekte, bunun için de babanın mülkiyet hakkına dayanarak taşınmaz sınırlarını dilediği gibi kullanmasını ve oğluna geçiş hakkı vermemesini, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir.

Alman Hukukunda hakkın kötüye kullanılması teorisiyle, eski dönemde sırf komşusunun görüntüsüne engel olmak için yapılan duvarlara (*Neidmauer* – kıskançlık duvarı) yönelik bir önlem geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu yolla taciz yasağı (*schikaneverbot)* gündeme gelmiş ve BGB **§** 226 ile başkasına zarar verme amacıyla hakkın kullanımı yasaklanmıştır[367]. BGB **§** 226 sübjektif unsurların varlığını, kişinin hareket amacının belirli bir şekilde olmasını aramıştır. "Bilerek başkasına zarar verme", zararın yanı sıra "bilme" unsurunu da barındıran bir kombinasyondur; bilmek, bilerek bir fiili gerçekleştirmek kişiye özgü, sübjektif bir davranıştır. BGB **§** 826'da ise ahlaka aykırı şekilde başkasına zarar verenin, bu zararı gidermekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir[368]. Alman Hukukuna göre günümüzde bilim, kişinin hareketine neden olan amacı tetkik edemez. Kişinin hangi amaçla o hareketi yaptığının tam olarak

[366] Barlas, **a.g.m.**, s.198-199; Tekinay, **a.g.e.,** s. 173.
[367] Velidedeoğlu, **a.g.e.,** s. 337; Demet Çeliktaş, "Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:1-4, 1987, s. 608; Uçaryılmaz, **Bona Fides**, s. 147; Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 3.
[368] Josserand, **L'esprit des droits,** Knr. 211, s. 283.

tespit edilmesi mümkün değildir. Ama kişinin hakkı kullanımı da toplumdaki genel ahlak kurallarına aykırı olamaz[369] zira bu toplum vicdanını zedeler. Bu demektir ki, herhangi bir hakkın kullanılması toplumsal anlayış ile sınırlandırılmıştır. Bu anlayışa aykırı kullanım, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır[370].

Josserand'a göre, **§** 226 ile **§** 826'nın uygulama alanları farklıdır, ilki mutlak hakların kullanılmasındaki suiistimali işaret ederken, ikincisi doğrudan hakkın kullanımından doğan özgürlüğün getirdiği suiistimali hedef almaktadır[371]. Doktrinde Huwiler, Alman kanun koyucusunun *exceptio doli generalis* ve *aemulatio* ya iki farklı düzenlemede birbirlerinden ayrı şekilde yer vermeyi tercih ettiğini ifade etmektedir[372].

Özellikle mutlak hakların kullanılması bakımından, Alman Medeni Kanunu'nun sisteminin oldukça tedbirli olduğu söylenebilir. Bir başkasına açıkça zarar verme niyeti varsa ve hakkın kullanılması başka türlü açıklanamıyorsa kötüye kullanmadan bahsedilecektir. Eğer hakkın özü birden çok kullanım şekline izin veren bir mahiyetteyse ve kişi hakkı kullanırken bu kullanım şekillerinden birini tercih ettiyse, bu durumda BGB **§** 226 uygulanamayacaktır[373]. Örneğin kişinin mülkiyet hakkını kullanırken ancak bir başkasına zarar verme niyeti bakımından ilgili hükme başvurulabilir; bunun dışında kişi, maliki olduğu eşya üzerinde farklı amaçlarla da tasarrufta bulunabilir. Bu nedenle uygulamada sübjektif bir şart arayan ve ispatı çok güç olan **§** 226 yerine **§** 242, § 826 ve diğer genel kaidelere başvurmak daha çok tercih edilmiştir[374]. Doktrinde **§** 242'nin de hakların dürüstlük kuralına aykırı kullanımı halinde sınırlayıcı bir fonksiyona sahip olduğu ifade edilmiştir[375].

---

[369] Bruno Huwiler, "La genese de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)", **Abus de droit et bonne foi,** Friburg, Editions Universitaires Fribourg, 1994, s. 35-62, s. 37.
[370] Arsebük, **a.g.e.,** s. 104.
[371] Josserand, **L'esprit des droits,** Knr. 211, s. 284.
[372] Huwiler, **a.g.m.,** s. 37.
[373] Bu durumda hakkın kötüye kullanımından bahsedilmeyeceği görüşünde, bkz. Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 292, Objektif ve sübjektif görüşlerin unsurlarını içeren karma bir görüş olduğu yönünde, bkz. Edis, **Medeni Hukuk**, s. 326.
[374] İmre, **a.g.e.,** 305, Çeliktaş, **a.g.m.,** 608.
[375] Waas, **a.g.m.,** s. 608.

4. İsviçre – Türk Hukuku

Alman, İsviçre, Türk ve Fransız sistemlerinde kötüye kullanma ölçüsü yakın olmakla birlikte birebir aynı nitelikte değildir. Hakkın kötüye kullanılması teorisinin Türk Hukuku açısından kaynağı, Medeni Kanunumuzu aldığımız İsviçre'dir. Bu nedenle İsviçre'de hakkın kötüye kullanılmasının nasıl pozitif hukuk kuralı haline geldiği ve Federal Mahkeme tarafından nasıl ele alındığının tespiti, bizdeki gelişimi izlemek açısından önem taşımaktadır.

1881 tarihli Federal Borçlar Kanunu, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin genel bir kural içermiyordu. Federal Mahkemenin bu konuya ilişkin verdiği ilk kararlar eski İsviçre MK m.50'ye (yürürlükteki m. 41) dayanmakta ve başkasına zarar verme amacı aranmaktaydı[376]. İsviçre MK'nın 1900 tarihli ön çalışmasında, yürürlükte olan 2. maddeye karşılık gelen bir hüküm bulunmamaktaydı. Malvarlığına ilişkin hükümleri içeren genel kısımda, 644. maddenin 2. paragrafında, malikin malını açıkça başkasını zarara uğratma amacı taşımaksızın olabilecek en iyi şekilde kullanmasına ilişkin bir düzenleme yer alıyordu. Bu da Alman ve Fransız Hukuk sistemlerinden gelen, aynı zamanda kantonal birtakım düzenlemelerde de yer alan taciz yasağının bir görünümüdür[377]. Hakkın kötüye kullanılması, Zürih ve Aargau kantonlarının kanunlarında, Alman BGB **§** 226'da düzenlenen yasağın oldukça dar bir hali olarak vücut bulmuştu[378]. Alman kantonları Almanya'da yürürlükte olan düzenlemeden etkilendiler. Fransız kantonlarında ise Fransa'da olduğu gibi hakkın kötüye kullanılması teorisi oldukça katı ve sınırlı bir biçimde uygulanmaktaydı[379].

---

[376] Isabelle Augsburger-Bucheli, "Genese de l'article 2 du Code Civil suisse", **Abus de droit et bonne foi**, Friburg, Editions Universitaires Fribourg, 1994, s. 23-34, s. 24; Mihaela Amoos, **La theorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus**, Lozan, Université de Lausanne Faculte de droit, 2002, s. 29. ATF 25 II 803: "*Modern hukuk bilinci "qui sou jure utitur neminem laedit" kuralının ılımlı bir uygulamasından yanadır, sosyal düzen için hakkın yalnızca başkasına zarar verme amaçlı kullanılmaması gerekir. Hakkın sınırlandırılmasının mümkün olması için harekette kesin olarak zarar verme ve kötüye kullanım amacı olduğunun saptanması gerekir."*

[377] Huwiler, **a.g.m.,** s. 36; Giritlioğlu, **a.g.e.,** s.3; Deschenaux, **a.g.e.,** s. 136.

[378] Augsburger-Bucheli, **a.g.m.,** s.23.

[379] Augsburger-Bucheli, **a.g.m.,** s. 24.

1900 yılında hazırlanan taslakta taciz yasağına karşılık gelen ve 644. maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme, Eugen Huber'in çalışmaları ve yönlendirmesi doğrultusunda 1904 tarihli taslakta genel bölüme alınmıştır[380]. Genel bölüme alınması aşamasında Federal Konsey, 3. maddenin 2. fıkrası olarak yalnızca hakkını kötüye kullanan kişiyi hukuk düzeninin korumayacağına ilişkin bir taslak metin eklemiştir. Günümüzde yürürlükte olan ve dürüstlük kuralını içeren birinci fıkra, ön çalışma döneminde henüz eklenmemiştir. Son aşamaya gelindiğinde, dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü hakkın kötüye kullanılması yasağından önceye eklenmiş, ikisi tek bir madde olarak vücut bulmuştur[381].

Türk Hukukunda[382] ise ilgili düzenleme Türkçe'ye çevrilirken İsviçre'deki hükümden farklı bir şekilde ele alınmıştır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 2/2'de "*Bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimalini kanun himaye etmez"* ifadesiyle, "açık kötüye kullanma" yerine "başkasını zarara sokma" eyleminin korunmayacağı düzenlenmiştir. Çeviri ile mehaz kanun arasındaki bu farklılık, doktrinde hükmün kapsamına dair tartışmalara yol açmıştır[383]. Hükmün İsviçre'deki düzenlemeye göre daha dar kapsamlı olduğunu, hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanmasını bu dar alana hasretmenin doğru olmadığını ifade edenler[384], bu yolla ikinci maddenin ilk fıkrasının etkisiz kalacağına dikkati çekmişlerdir. Türk Hukukunda bu eleştirilere yönelik köklü değişiklik 2001 yılında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile olmuş, kanun koyucu hükmün yeni halinde hakkın "*açıkça kötüye kullanılmasının*" korunmayacağını düzenlenmeyi tercih etmiştir.

[380] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 488, s. 175.
[381] Deschenaux, **a.g.e.**, s. 137.
[382] Medeni Kanun öncesi Mecelle'de de hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümler olduğunu açıklayan Feyzioğlu da, genel bir kurala ihtiyaç duyulduğunu ve bu sayede yasanın hayat içinde gelişen ihtimallere karşı canlılığını koruduğunu ifade etmektedir, karş. Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 156.
[383] Türk Hukukundaki düzenlemenin İsviçre'den ziyade Alman sistemine daha yakın olduğu yönündeki görüş hakkında, Arsebük, **a.g.e.,** s. 108; İmre, **a.g.e.,** s. 306.
[384] Tekinay, **a.g.e.,** s. 171; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 174; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 22.

C. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Tespiti

Kanun koyucu kötüye kullanımın tespiti için objektif bir kritere işaret etmemiştir. Bu nedenle hangi hallerin açıklık anlamına geleceği ve hakkın kötüye kullanılmasının nasıl tespit edileceği uygulamaya bırakılmış[385], kullanılacak kritere ilişkin doktrinde de çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Hem Türk Hukukunda, hem de diğer hukuk sistemlerinde yapılan tartışmaları incelemekte fayda bulmaktayız.

1. Sübjektif Görüş (Zarar Verme Niyeti Görüşü)

Sübjektif görüşe göre bir davranışın hakkın kötüye kullanılması sayılması için, o hareketin sırf başkasına zarar verme kastıyla, yani kötü niyetle yapılması gerekir[386]. Bu görüş, hakkını kullanan kişinin niyetini esas almaktadır. Doktrinde Ripert, hakkın kötüye kullanılmasının temelinde zarar verme amacı olduğu ve kavramın aslında ahlaka aykırılık niteliği taşıdığını ifade etmiştir[387].

Genellikle yargılamaya sirayet eden olaylarda kişiler zarar görmüş, bu nedenle sübjektif görüş ortaya çıkmıştır, nitekim bir zarar ortaya çıkmadan ve uygulamada kişiler buna yönelik bir talep ileri sürmeden hakkın kötüye kullanıldığını tespit etmek mümkün olmamıştır[388]. Fransız Hukuku uzun yıllar boyunca hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin değerlendirmeyi "kusur ile başkasına zarar verme" kriteri ile değerlendirmiştir[389]. Alman Hukukunda da kötüye kullanmadan başka amacın olmaması ile kanun koyucunun sübjektif görüşü esas aldığı ileri sürülmektedir[390]. Bu

[385] Meier-Hayoz, **a.g.e**., s. 119.
[386] A. Samim Gönensay, **Medeni Hukuk**, C:1, İstanbul 1936, s.70; Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 181.
[387] Lunel, **a.g.m.,** s. 519; Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s.83. Fransız hukukunun sübjektif görüşü esas aldığı yönünde, bkz. Edis, **Medeni Hukuk**, s. 325.
[388] Topçuoğlu, **a.g.e.,** s. 227.
[389] Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 123.
[390] Saymen, **Medeni Hukuk,** s. 292. Alman hukukunun hem objektif hem sübjektif görüşü içinde barındıran karma görüşü esas aldığı yönünde, bkz. Çeliktaş, **a.g.m.,** s. 606; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 326.

nedenle uzun bir süre boyunca hakkın kötüye kullanılmasının dayanağının, zarar verme niyeti olduğu kabul edilmiştir.

2. Objektif Görüş (Dürüstlük Kuralına Aykırılık Görüşü)

İsviçre Medeni Kanunu, hakkın herkes tarafından anlaşılacak derece aşikar bir biçimde kötüye kullanıldığı hallerin korunmayacağını düzenlenmiştir[391]. Bu düzenleme uyarınca hakkın kötüye kullanılması objektif görüş kapsamında değerlendirilecektir[392]. Objektif görüşe göre, başkasına zarar verme kastı yani kötü niyetin bulunması şart değildir[393]. Hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması, dürüstlük kuralının çizdiği sınırlara tecavüz edilmesine dayandırılmaktadır[394]. Zira kendi hakkını kullanan kişi, bir haksızlık yapmış olmaz, o haksız yere başkasının hakkını değil bizzat kendi hakkını kullanmaktadır. Ancak hakkın sınırlarına da riayet etmelidir ve bu sınır zorunlu olarak, objektiftir[395].

3. Sosyal Amaç Görüşü

Herkes hakkını, kanunlarda belirtildiği ekonomik ve sosyal amaç çerçevesi içinde kullanmakta özgürdür. Bu açıdan bakıldığında, her hakkın kendi limiti vardır ve bu limitlerin aşılması hukuka aykırılık teşkil eder. Bu görüşe göre hak sahibi, pozitif hukukun çizdiği objektif sınırlar içinde kalmasına rağmen, hakkını kanun koyucunun ona atfettiği asıl amaçtan farklı bir amaç için kullanılırsa hak kötüye kullanılmış olur. Hakkın, kanun koruyucunun çizdiği "sosyal bariyer" ile sınırlandığı kabul

[391] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 157.
[392] Çeliktaş, **a.g.m.,** s. 606.
[393] Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 170; Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 91; İmre, **a.g.e.,** s. 306.
[394] Billeter, **a.g.e.,** s. 30; YHGK T. 13.12.2017, 5-788 E., 171 K.
[395] Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 122; Egger**, a.g.e.,** m.2, Knr. 4; Ataay, **a.g.e.,** s. 423.

edilmektedir[396][397]. Görüşün çeşitli savunucuları, farklı ifadeler kullanarak aynı sonuca ulaşmaya çalışmışlardır. Laparre'ye göre; "*bir hakkın sınırları onun sosyal gayesi ile belirlenir, hak amacından ayrı düşünülemez*[398][399]". Egger, bir hakkın getirilme amacı yerine başka bir amaçla kullanılması halinde kötüye kullanılmış olacağını ifade etmiştir[400]. Sosyal amaç gözetilerek yalnızca hak sahibini mahkum etmek değil, hakkın kamusal menfaatlere aykırı kullanımı engellemek de amaçlanmaktadır[401].

Otto von Gierke'ye göre bu görüş, eski Cermen hukukunun esas aldığı bir teoridir, her imtiyazın kendi sorumluluğunu da içinde barındırdığı görüşüne dayanır[402], hakkın özünde yer alan amacın ihlali halinde hukuka aykırılık doğacak ve buna göre yaptırım uygulanacaktır[403]. İsviçre'de Federal Mahkemenin çeşitli kararlarda da hakkın amacı kavramına yer verildiği görülmektedir[404].

Doktrinde Gönensay, bu görüşün hakkın kötüye kullanılmasının denetimi açısından objektif ve sübjektif görüşlerin yanında üçüncü bir görüş olduğunu ifade etmiştir[405]. Türk Hukukunda bazı yazarlar, hakkın dürüstlük kuralına aykırı şekilde "*ve özellikle amacı dışında*" kullanıldığı durumda kötüye kullanılmış olacağını ifade

---

[396] Josserand, **L'esprit des droits**, Knr. 292, s.394; Fritz Sturm, "Der Rechtsmissbrauch im Schweizer Recht -- Ein Überblick über die neuere Judikatur des Bundesgerichts", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 89/1993, s. 373-380, s. 373; Pio Caroni, **Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches**, Basel-Frankfurt, 1996, s. 195; Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi,** İstanbul, Beta, 2003, s.17 (İşletme Gerekleri).

[397] Toulouse Mahkemesi bir kararında "*Hakkın kötüye kullanılması esasında bir hakkın yokluğudur, hakkın tanınmış veya iddia edilen sınırları onun sosyal gayesi ile belirlenir ve bundan ayrı tutulamaz*" olarak bu teori doğrultusunda uyuşmazlığa yorum getirmiştir. 20 Temmuz 1896 tarihli mahkeme kararı (Naklen: Amoos, **a.g.e.,** s. 18).

[398] François Laparre, **La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir**, these Paris 1912-1913, s.16 (Naklen: Amoos, a.g.e., s. 18).

[399] Hakkın kötüye kullanılması teorisinin en azımsanamayacak karşıtları bile, sübjektif hakların kendi kapsamlarıyla sınırlandığını ve bu hakkın kişiye toplumun ekonomik faydası doğrultusunda verildiğini söyler. Bir hak bu limitleri aşarsa artık hakkın kullanılmasından değil, olmayan bir haktan veya haksız kullanımdan bahsedilir. Planiol bunu şu şekilde formüle etmiştir: "Kötüye kullanım başladığında hak sona erer .." Ki, Planiol, Josserand'ın hakkın kötüye kullanılması teorisine şiddetle karşı çıkmaktaydı. bkz. Planiol – Ripert, **Traité élémentaire de droit civil**, C:II, 2. Bs., Paris, 1947, Knr. 978, s. 336 (Naklen: Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 290).

[400] Egger, **a.g.e.,** s. 96.

[401] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 84.

[402] Otto von Gierke, **Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht**, Leipzig, 1889, s. 319 (Naklen: Amoos, **a.g.e.,** 18).

[403] Amoos, **a.g.e.,** s. 18; Uçaryılmaz, **Bona Fides**, s. 147.

[404] Abbet, **a.g.e.,** s. 209; krş. Ataay, **a.g.e.,** s. 420, dn. 11'deki Federal Mahkeme kararları.

[405] Gönensay, **a.g.e.,** s. 70.

etmişlerdir[406]. Velidedeoğlu'na göre hukuk, toplumsal bir kurum olup haklar bireyin menfaatini korumaya yönelik düzenlenirler; ancak bireyin menfaati toplumun menfaatini ihlal etmemelidir, hak hukukun tanıdığı amaca uygun kullanılmalıdır[407]. Oğuzman[408], Saymen[409] ve Feyzioğlu[410], amaca aykırı kullanımı dürüstlük kuralına aykırılık olarak tanımlamakta ve hakkın kötüye kullanılmış olacağını belirtmektedirler. Akyol, hakkın kötüye kullanılması yasağının yalnızca hakkın kullanılmasını değil, aynı zamanda hakkın doğrudan içeriğini de sınırlayarak belirlediğini savunmaktadır[411]. Edis, hakkın sosyal amacının ihlal edilmesiyle kötüye kullanılacağını ifade etmiştir[412]. Sızmazoğlu, hakkın kendi sınırları ile hakkın kötüye kullanılmasını iki daireye benzeterek açıklamıştır. Buna göre hakkın etrafında iki daire çizilmiş olduğu kabul edilmelidir, bunlardan ilki kanun koyucu tarafından daha keskin çizgilerle çizilmiştir ve bu çizgiyi aşmak haksızlık sonucu doğuracaktır. Diğer daire ise daha yumuşak ve solgun bir şekilde çizilmiştir ve bu dairenin aşılması halinde hakkın kötüye kullanılması sonucu doğacaktır, sınırı belirleyecek olansa yargıçtır[413]. Görüleceği üzere Türk Hukukunda dürüstlük kuralının bir iç sınırı ve sosyal amacı oluşturduğu yönündeki görüş baskın durumdadır.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kişilerin hakkın kötüye kullanılması sonucu zarara uğramaları ve zararın giderilmesi için mahkemeye başvurmaları nedeniyle ilk değerlendirmeler, sübjektif görüş temelinde yapılmıştır[414]. Sübjektif görüş, çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Kişinin niyeti, düşünceleriyle, psikolojik durumuyla ilgilidir ve dış dünyaya yansıması ve şekil alması her zaman mümkün olmayabilir. Hakkın muhatabının bir başkasının niyetini

[406] Ataay, **a.g.e.,** s. 420,424; Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1250, s. 242.
[407] Velidedeoğlu, **a.g.e.,** s. 333.
[408] Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 167.
[409] Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 285, 295
[410] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 149, dn. 1.
[411] Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 7.
[412] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 325; aynı görüşte İmre, **a.g.e.,** s. 314.
[413] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 81.
[414] Oğuzoğlu, **a.g.e.,** s. 176; Topçuoğlu, **a.g.e.,** s. 231; Billeter, **a.g.e.,** s. 26-30.

ispatı ise oldukça zordur[415]. Bununla birlikte zarar verme niyeti, tek başına sorumluluk doğmasına yeterli olmayabilecektir. Sübjektif bir değerlendirme sonucu zarar verme kastının tespiti, hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmeyebilir[416]. Bir hakkın kullanılmasında hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı birden fazla niyetin yer alması durumunda, tek başına hukuka uygun olan niyet, hakkın kullanımını hukuka uygun kılmayacak, burada yargıç hangi amacın hakkın kullanımına esas teşkil ettiğini tespit ederek kötüye kullanımın varlığını araştıracaktır[417].

1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde, ikinci maddenin çevirisi Fransızca metinden yapılmış, ancak İsviçre MK'den farklı bir ifade kanuna eklenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası şu şekilde kanunlaşmıştır: "*Bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimalini kanun himaye etmez." "Sırf gayri safi ızrar eden*" tabiri, doktrinde bazı yazarlara göre hakkın kötüye kullanılması yasağının sınırlarının daraltılması ve sübjektif teori yönüne dönülmesi olarak yorumlanmıştır[418]. Bazı yazarlar, İsviçre'deki düzenlenme biçimine göre çok daha dar kapsamlı ve zarara dayanan bir görüşü benimsemişlerdir[419]. Doktrinde Saymen, Alman Hukuku kadar dar ve sübjektif, İsviçre Hukuku kadar geniş ve objektif olmayan, her ikisinin ortasında bir sistemin kabul edildiğini ifade etmektedir[420].

Hakkın kullanılması neticesinde bir başkasının zarar görmesi, özellikle sözleşmeler alanında beklenmeyen bir durum değildir; sözleşmelerde tarafların menfaatleri genellikle birbiriyle ters orantılıdır. O yüzden sırf bir başkasının menfaatine aykırı davranılması sonucu kişinin zarar görmesi, başlı başına bir kötüye kullanım yaratmaz[421]. Zararın doğması üzerinden tespit yapılması, tehlikeli bulunmuştur. Bir görüşe göre yalnızca başkasına zarar verme niyeti aranırsa, bu sefer zarar doğmadığında hakkın kötüye kullanıldığından bahsetmek mümkün

[415] Seliçi, **a.g.e.,** s. 148; Billeter, **a.g.e.,** s. 25.
[416] Billeter, **a.g.e.,** s. 24.
[417] Billeter, **a.g.e.,** s. 25.
[418] Arsebük, **a.g.e.,** s. 108; Velidedeoğlu, **a.g.m**., s. 127.
[419] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 157-158; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 329.
[420] Saymen, **Medeni Hukuk,** s. 293.
[421] Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s.128; Uyar, **a.g.m.,** 442; Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 83; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 170. Zararın yahut zarar tehlikesinin arandığı yönünde, bkz. Edis, **Medeni Hukuk**, s. 324.

olamayacaktır[422]. Taciz yasağında olduğu gibi hakkın kötüye kullanılması yahut dürüstlük kuralına aykırılık için zarar verme niyeti bir koşul olarak aranmamaktadır[423]. Doktrinde İmre, eski MK bakımından düzenlemenin Alman sistemine yakın olduğu, ancak içtihat ve doktrin yoluyla İsviçre'de esas alınan şekliyle yorum yapıldığını ifade etmiştir[424].

Hakkın kötüye kullanılmasında, kusurun rolü zarara oranla daha az inceleme konusu olmuştur. Doktrinde Velidedeoğlu, hak sahibinin kusurunu aramayı uygun bulmamıştır. Değerlendirmeyi sübjektif yöne kaydırdığı ve hakkın kötüye kullanılmasının kullanım alanını daralttığı için sakıncalı bir sonuç doğurabilir. Yazara göre kanun koyucu kusur aramayarak objektif esastan ayrılmamıştır, hak sosyal amacına uygun kullanılmadığında kötüye kullanmanın mevcut olduğu söylenebilecektir[425]. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile hakkın açıkça kötüye kullanılmasının korunmayacağı düzenlendiğinden, hem zarar verme niyeti, hem de kusur birer unsur olmaktan çıkmıştır[426].

Sosyal amaç görüşü uyarınca hakların kendi doğalarında yer alan iç sınır, hakkın amacıyla belirlenir. Hak, bu amaç ile vardır ve amacına aykırı bir biçimde kullanılması, hakkın kendi özüyle çatışacaktır[427]. Bu durumda kanun koyucunun korumak istediği menfaat, hakkın kullanımı yoluyla elde edilmemektedir[428]. Bu görüşe göre hakkın açıkça kötüye kullanımına kural olarak dürüstlük kuralına aykırılık sebep olmaktadır, amaç dışı kullanım da kötüye kullanım olarak sayılmıştır. Bu görüş vasıtasıyla hak sahibinin kullanımının her halükarda korunması yerine, hakkın kendi iç sınırlarının nelerden oluştuğu tartışılmaya başlanmıştır. Kişilerin, sosyal amacı gözeterek haklarını kullanmaları gerekmektedir[429]. Hak, sosyal amaç gözetilmeden, görünüşte hukuka uygun bir biçimde kullanıldığında sadece muhatabın zararının

[422] Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 129.
[423] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 144.
[424] İmre, **a.g.e.**, s. 306, çeviri hatası olduğu yönünde, bkz. Edis, **Medeni Hukuk**, s. 327.
[425] Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 130; Aynı görüşte, Edis, **Medeni Hukuk**, s. 327.
[426] Aynı doğrultuda, bkz. Y8HD, T. 05.07.2017, 2015/16674 E., 2017/9905 K.; YHGK, T. 13.07.2011, 2011/4-410 E., 2011/511 K.
[427] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 84.
[428] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 476, s. 169.
[429] François Geny, **Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé**, 2. Bs, 1932, s. 173 (Naklen: Topçuoğlu, **a.g.e.,** s. 231)

giderilmesi amaçlanmaz. Aynı zamanda kamunun da menfaati zedelendiği için bu kullanımın engellenmesi gerekir[430]. Yapılacak en adil değerlendirme, hakkın sosyal amacını tespit ederek bu amacın önemi ile somut olayda karşılıklı menfaatlerin önemini karşılaştırmak olacaktır.

Hakkın kanun koyucu tarafından formüle edilmiş hali, sosyal ilişkileri kontrol eden şekli bir düzenlemedir. Hukuki ihtiyaçlar ise sürekli değişim ihtiyacı içindedir. Hukuk biliminin teknik yönü ile uyum sağlamak adına yapılması gereken, bunların ihtiyaca göre değiştirilmesi, geliştirilmesi olacaktır. Hakkın kötüye kullanılması teorisi, formüle edilmiş hak, yani lafzi anlam ile, gerçek hak yani amaçladığı, kanunun ruhu olarak adlandırılan hukuk kuralları arasındaki çatışmanın giderilmesi amacıyla getirilmiştir[431]. Yargıç, yargılama esnasında bu anlaşmazlığı, gerçek hakka üstünlük vererek hakkın kötüye kullanımına yol açan iddianın geçersizliği veya korunmaması sayesinde çözümleyecektir[432].

Kanımızca sosyal amacın belirlenmesi, hak sahibinin hakkını kullanırken menfaatinin olup olmadığını tespit etmede etkin bir yoldur. Böylece, kanun koyucunun gerçek hakkı tanırken öngördüğü fayda bulunarak bu faydaya ulaşmak amacıyla mı hareket edildiği anlaşılabilecektir. Ancak örneğin çelişkili davranma yasağında, kişinin o hakkı ileri sürmekte bir menfaati vardır. Burada kanun koyucu, hakkın kötüye kullanılması yasağı yoluyla muhatapta oluşan güveni ve haklı beklentiyi korumaktadır. Bu nedenle yalnızca sosyal amacın esas alınması halinde her durumda muhatabın korunması sonucuna ulaşılamayacaktır. Hakkın içeriden sınırlandığı kadar, bazı durumlarda dışarıdan da sınırlanması gerekecektir, bu durumda da dürüstlük kuralı yol gösterici olacaktır. Hakkın kötüye kullanılması somut olaydaki şartlara göre belirleneceğinden, bu şartlar esas alınarak tespit yapılması ve görüşlerin bu doğrultuda incelenmesi gerektiği, tüm olaylar için tek bir kriter belirlenmesinin hükmün amacına uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz.

[430] Sızmazoğlu**, a.g.e.,** s. 84-85.
[431] Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 291.
[432] Amoos, **a.g.e.,** s. 19.

D. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Düzeltici İşlevi ve Bu İşlevin Somutlaştırılması

Hukukun üstünlüğü prensibi üzerine kurulan modern devlet, kanunilik ilkesinden güç almaktadır. Hukuki pozitivizm, önceden belirlenmiş kuralların ilgili hukuki çatışmaya doğrudan uygulanması ile hukuk güvenilirliğini ve öngörülebilirliğini sağlamaya yardımcı olur. Ancak somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın kuralın her durumda doğrudan uygulanması, hakkaniyet düşüncesiyle bağdaşmaz. Bu nedenle İsviçre kanun koyucusu ne doğrudan katı bir pozitivizmi, ne de içtihat hukukunu öngören, esnek bir sistemi kabul etmiş ve gerektiği takdirde yargıcın somut olaydaki şartları dikkate alarak karar verebilmesi öngörülmüştür. İsviçre MK m. 1, m. 4 ve m. 2 de bu esnekliğe hizmet eden hükümlerdir[433]. Hakkın kötüye kullanılması yasağının varlığı, hukuki güvenlik ve kesinliğini bu bakımdan ortadan kaldırmayacaktır.

Yine de kanunilik ilkesi gereği, hakkın kötüye kullanılması yasağıyla bir kuralın uygulanmasını durdurma yetkisi ancak sınırlı bir şekilde kullanılabilir[434]. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, dürüstlük kuralı kanunilik ilkesinin üstünde değildir, hakkın kötüye kullanılması yasağı kanun koyucunun arzu etmediği bir sonucu yaratmak amacıyla kanunu düzeltmek için kullanılamaz[435]. Yargıç, kanun koyucu değildir ve TMK m. 2/2 uyarınca sübjektif bir hak yaratamaz, hakkı değiştiremez yahut ortadan kaldıramaz[436]. Kanun koyucunun bir alternatifi değildir ve yasama fonksiyonu yerine geçemez. Aksi durum, güçler ayrılığı prensibi ve hukuk devleti ile bağdaşmayacaktır[437]. Bu nedenle söz konusu hükme dikkatle yaklaşılmalıdır.

TMK m. 2/2 ile, TMK m. 1 kapsamının bir adım ötesine gidilerek[438], uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının kabul edilemez sonuçlar ortaya çıkarması

[433] Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 120.
[434] Abbet, **a.g.e.,** s. 207.
[435] Abbet, **a.g.e.,** s. 208.
[436] Antalya, **Metodoloji,** Knr. 1119, s. 281.
[437] Amoos, **a.g.e.**, s. 37.
[438] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 140.

engellenebilir[439]. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen hükmün nitelik itibariyle düzeltici norm (*Berichtigungsnorm*) niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Kanun koyucu, hakkın kullanılmasının yarattığı istenmeyen sonucu düzelten bir işlevi, bu norma yüklemiştir[440]. Doktrinde Serozan, düzeltici işlevin iki boyutu olduğunu ifade etmektedir. Kimi durumda kuralı, kimi durumda hakkı sınırlama ihtiyacı duyulur, bazen ikisi iç içe girecektir[441].

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, bir görüşe göre örtülü boşlukları[442] doldurmak amacıyla kullanılan bir yoldur[443]. Örtülü boşluk halinde *ratio legis* tespit edilerek değerlendirme yapılır, eğer hükmün olaya uygulanması açıkça adalet duygusunu zedeliyor[444], hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuruyorsa, düzeltici işlev görünüm kazanmaktadır[445]. Bu görüşe göre hakkın kötüye kullanılması yasağının düzeltici işlevi, amaca uygun sınırlama yapmayı, uygun düştüğü ölçüde hükmün teleolojik redüksiyonu gibi bir yöntemi de kapsamaktadır[446]. Ancak doktrindeki son görüşlere göre, bizzat MK m. 1/2 düzenlemesinden hareketle teleolojik redüksiyon yapılabilecek olup, hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmaya gerek olmayacaktır[447].

---

[439] Antalya, **Metodoloji,** Knr. 1106, s. 278.

[440] İmre, **a.g.e.,** s. 308; Serozan, **Medeni Hukuk,** Knr. 42, s. 166; Antalya / Topuz, **a.g.e.,** Knr. 1783, s. 505; Doktrinde düzeltici işlevin kanun koyucu tarafından düzenleniş şekli de eleştirilmiştir, "*hukuk tarafından korunmaz*" şeklinde negatif bir ifade yerine "*zararı gidermekle yükümlü olur*" veya "*sorumluluk söz konusu olur*" gibi pozitif ve daha açıklayıcı bir düzenleme yapılmasının uygun düşeceği yönünde bkz. Billeter, **a.g.e.,** s. 63, dn. 5.

[441] Serozan, **Medeni Hukuk**, Knr. 10b, s. 281.

[442] Örtülü boşluk, bir görüşe göre hukuk kuralının öngördüğü sonucun olaya uygulanmasında ihtiyacın giderilememesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu kuralın yorumlanmasıyla elde edilen sonuç eğer dürüstlük kuralıyla bağdaşmıyor ve hakkın kötüye kullanılmasına yol açıyorsa veya söz konusu kural kendisi kadar güçlü bir başka kuralla çatışma halindeyse, bu durumda örtülü boşluktan söz edilecektir, Edis, **Medeni Hukuk**, s. 133-134. Diğer görüşe göre, örtülü boşluk halinde hakimin hukuk yaratma yetkisi uyarınca teleolojik redüksiyon yöntemi uygulanacaktır, bkz. Kırca, **a.g.m.,** s. 98 vd.; Akbulut, **a.g.e.,** s. 100 vd.

[443] Antalya, **Metodoloji,** Knr. 1105, s. 278; Abbet, **a.g.e.,** s. 209; Akbulut**, a.g.e.,** s. 107-108; Serozan, **Medeni Hukuk**, Knr. 10b, s. 280; **a.e**., Knr. 42, s. 165.

[444] Kırca, **a.g.m.,** s. 113-114.

[445] Deschenaux, **a.g.e.,** s.140; Antalya, **Metodoloji,** Knr. 1114, s. 279. Doktrinde İmre de bu boşlukların eksik boşluk olduğunu ifade etmektedir, bkz. İmre, **a.g.e.,** s. 177, 308.

[446] Serozan, **Medeni Hukuk,** Knr. 10a, s. 280; Antalya, **Metodoloji**, Knr. 1116, s. 280.

[447] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 616; Kırca, **a.g.m.,** s. 101; Nomer / Akbulut, **a.g.e.,** Knr. 93, s. 31.

Kural olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı, yargıca kuralın uygulanmasını durdurma yetkisi verir. Yargıç bu yetkiyi kullanırken objektif kriterleri esas alacaktır. Düzeltici işlevin her durum ve koşulda doğrudan uygulanmasının doğurabileceği birtakım sakıncalar doktrinde birçok yazar tarafından dile getirilmiş ve içtihat ve doktrinle bu yöntemin uygulanması noktasında bir yol haritası çizilmiştir.

Bu düzenleme, mevcut sorumluluklardan kaçmak için kullanılabilecek bir yol değildir, bu acil durum seçeneğini kullanmak için mutlaka nitelikli koşulların varlığı aranır[448]. Somut olayda eğer hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin denetim yapılacaksa, öncelikle özel kanun hükmüne başvurulmalıdır. Şayet mevcut hüküm varsa, bunun üzerinden değerlendirme yapılır. Hükmün olaya uygulandığı haliyle alınan netice, adaletli ve tarafların menfaatlerine uygun sonuç ortaya koyuyorsa bir sorun yoktur. Bu durum adaletli bir sonuç doğmuyorsa, bu durumda dürüstlük kurallarına başvurulması söz konusu olur, ki bu istisna olan yoldur[449]. Yapılacak objektif değerlendirme sonucunda eğer açık bir kötüye kullanma ortaya çıkıyorsa, ilgili hükmün uygulaması korunmayacaktır[450]. Tereddüt halinde kötüye kullanımın olmadığı kabul edilmelidir[451].

Hükmün düzeltici işlevi, her halde ilgili hakkın kullanımını engelleyebilir mi? Kanun koyucu kimi durumlarda kötüye kullanmayı gördüğü halde farklı bir yaptırım uygulamayı tercih edebilir. Genel kuralı özel olarak düzenleyen hükümlerin bazıları, -örneğin feshin kötüye kullanılması halini düzenleyen kural gibi- kötüye kullanmayı geçersiz kılmak yerine, tazminat gibi yaptırımlara bağlamışlardır. Bu nedenle, düzeltici işlevle yargıcın, tek başına bir hakkın kullanımını ortadan kaldırma yetkisi olmadığı, somut olaya göre şekil alacağı söylenebilecektir[452]. Belirtmek gerekir ki düzeltici işlev, kimi durumda olumlu bir etkiye sahiptir ve doktrinde, hakkın muhatabına aynen ifa talebi hakkı da sağlayabileceği ifade edilmektedir[453].

---

[448] ZK/Baumann, **Art. 2,** Knr. 431, s. 681; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 330.
[449] Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.17.
[450] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 166-167.
[451] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 570, s. 213.
[452] Serozan, **Medeni Hukuk,** Knr. 12a, s. 284; Abbet, **a.g.e.**, s. 209.
[453] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 326-327; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 77; Serozan, **Medeni Hukuk,** Knr. 10c, s. 281; Akbulut, **a.g.e.,** s. 113.

Hakkın kötüye kullanılmasının hangi durumlarda görünüm kazandığını belirlemek amacıyla yapılan akademik çalışmalarda, bu husus somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Yapılan gruplandırmalar, düzeltici fonksiyonun uygulanması için yargıca bir yol haritası belirlenmeye yardımcı olmaktadır. Ancak doktrinde Serozan, bu somutlaştırma faaliyetinin, hükmün işlevini gereği gibi yerine getirmeme sonucu doğurabileceğini ileri sürmüştür. Nitekim her olay kendine özgü özellikler taşır ve bu kuralın amacı da her olayın kendi içindeki şartların değerlendirilmesi yoluyla hakkaniyete ulaşmaktır[454]. Bu görüşte olmayan Giritlioğlu, somutlaştırma yoluyla keyfilikten uzaklaşılarak aynı zamanda hukuki güvenlik sağlanacağını ve somutlaştırmanın hakkaniyete ulaşmaya engel olmayacağını ifade etmiştir[455]. Kocayusufpaşaoğlu ise olayın özelliklerini tamamen bir kenara bırakmanın mümkün olmadığını, ancak somutlaştırılarak yahut gruplar belirlenerek çözüme daha kolaylıkla ulaşılabileceğini belirtmiştir[456]. Elbette hakların kullanılma şekilleri ve amaçları çok sayıda ve farklılık arz etmektedir[457], bu nedenle hiçbir somutlaştırma faaliyeti hakkın kötüye kullanılması yasağını sınırlandırma amacı gütmez; yalnızca daha önce toplumda yaşanmış olaylar ve bunlara dayalı içtihatların derlenmesiyle, yargıca yol gösterici ve kolaylaştırıcı olma gayreti gösterilmektedir.

Somutlaştırma yoluyla, içtihatla ortaya koyulan kriter ve metotlar daha iyi kullanılabilir hale gelmiştir. Biz çalışmamızda güncellik açısından doktrinde Steinauer'in kullandığı somutlaştırma sistemine yer vereceğiz. Bu sistem dört başlıkta incelenmiştir[458], bunlar; hak sahibinin menfaat yokluğu, çelişkili davranış , dürüst olmayan yoldan kazanılmış hakkın kullanımı ve son olarak hakkın son derece yetersiz hale gelmiş bir normdan kaynaklanması halinde kullanımıdır[459]. Çalışmamızda

---

[454] Rona Serozan, **Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschaeft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht**, s. 109 (Naklen, Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 61). Aynı görüşte, Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 169.

[455] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 61.

[456] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 316. Söz konusu olguların varlığının tek başına hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmeyeceği, somut olayın değerlendirilmesi gerektiği görüşünde, bkz. Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1256, s. 243.

[457] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 177.

[458] Steinauer, değişen şartlara uyarlama kavramını da hakkın kötüye kullanılması başlığı altında incelemiştir, ancak Türk Hukukunda baskın görüşün dürüstlük kuralı yönünde olması ve İBK'da genel hüküm yer almamasına karşılık TBK m. 138'in varlığı nedeniyle MK m. 2'nin düzeltici işlevine başvurmaya gerek kalmayacaktır.

[459] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 571, s. 213.

yapılacak değerlendirmelere ışık tutması adına bu başlıklar, aşağıda örneklenerek açıklanmaya çalışılmıştır.

1. Hakkı Kullanmak İçin Yeterli (Meşru) Menfaatin Yokluğu

a. Objektif Menfaat Yokluğu

Medeni hakların temeli, hakkın muhatabına karşılık sahibine bir yarar bahşetmesidir[460]. Bir hakkın doğumundan sonra, hak sahibinin o hakkı kullanmasıyla kendisine bir yarar sağlaması beklenir. Yargıcın, MK m. 2/2 vasıtasıyla hakkın kullanılması yoluyla elde edilmesi gereken faydanın varlığına ilişkin değerlendirme ve bu kullanıma müdahale yetkisi vardır. Kullanımla bu yararın görülmemesi halinde, bir kötüye kullanım ortaya çıkacaktır[461]. Yarar görülmediği hallerde, açık bir zarar verme amacı olmaksızın kötüye kullanma meydana gelebilir[462]. Bu durumlarda, "objektif menfaat yokluğu"ndan bahsedilir.

Menfaatin hak sahibi tarafından iddia edilemeyecek kadar az olduğu durumlar, kötüye kullanımın en belirgin olduğu hallerdir[463]. Objektif olarak menfaati olmayan kimsenin hakkını kullanması durumunda, zarar verme veya muhatabı rahatsız etme niyeti de olabilir, ancak kötüye kullanımın ispatı için zarar verme niyetinin ispatı gerekmez, objektif menfaat yokluğu yeterlidir. Taşınmaz malikinin komşusunun manzarasını veya güneşini kesmek amacıyla kendi arazisine inşa ettiği taciz duvarı bunun en bilinen örneğidir[464]. Bir görüşe göre, zararın doğmuş olması gerekmemekte, bir başkasının hakkını kullanmasına engel olunması veya bundan rahatsızlık duyması yahut bir zararın doğma tehdidi de yeterli sayılmalıdır[465].

---

[460] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 332.
[461] Egger, **a.g.e.,** s. 96; İmre, **a.g.e.,** s. 314; Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 91; Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1257, s. 244; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 23.
[462] Doktrinde, menfaat yokluğuyla şikan yasağının farkının bu noktada yattığı söylenmiştir. Nitekim BGB **§** 226'da düzenlenen şikan yasağında, karşı tarafa zarar verme amacı aranmaktadır, bkz. Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 70.
[463] Bu durumda hakkın kullanılmasında basitçe başkasını rahatsız etme amacı vardır, karş. Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 171; Kavak, **a.g.e.,** s. 65; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 22, 24.
[464] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 161; Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 295; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 333; Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1259, s. 244.
[465] Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1258, s. 244; Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 159.

Bir başka görünüm, hakkın kullanılmasıyla ilişkilendirilmiş faydanın sağlanmadığı veya o faydanın başka yollarla sağlandığı hallerde ortaya çıkar. Bu durumda da menfaat yokluğundan bahsedilir, kullanıldığı koşullar o faydayı sağlamaya yetmiyorsa, hak sahibi tarafından terk edilmelidir[466]. Nitekim davadaki "hukuki yarar" kavramı da MK m. 2 temeline dayanmaktadır[467].

Bir kimse eğer talep ettiği şeyi kısa süre içinde iade edecekse, bu durumda da menfaat yokluğundan bahsedilecektir. (*Dolo facit qui petit quad statim rediturus est* – Derhal iade edilmesi gerekeni iddia etmek suiistimaldir)[468].

b. Menfaatler Arasında Orantısızlık

Hukuk düzeni, kural olarak tarafların arasında belirgin bir denge arayışında değildir. Objektif açıdan bakıldığında denge olmasa veya karşı tarafı oldukça ağır bir ekonomik yükümlülük altına soksa dahi, prensipte edimler geçerlidir. Yine de, yapma veya yapmama borçları bakımından içtihat ve doktrin, edimler arasında dengesizliğin bulunduğu bazı hallerde m. 2/2'nin düzeltici fonksiyonunun kullanılabileceği görüşündedir[469]. Yalnızca hiç menfaatin olmadığı durumda değil, aynı zamanda her iki tarafın menfaatleri arasında orantısızlık olduğu zamanlarda da bu yetki geçerlidir. Hak sahibinin sağladığı fayda kanun koyucunun öngördüğü fayda ile birebir aynı olmak zorunda değildir, objektif bir değerlendirme yapılmalıdır ancak başka bir fayda sağlanmışsa, bunun korunabilir, savunulabilir olması beklenir[470]. Bu konuda doktrinde verilen bir örnek, kira sözleşmesi sona erdiğinde kiralananın tahliye edilmesini isteme hakkı bakımındandır; bu hakkın kullanılacağı dönemde ağır hasta olan kiracının bu durumda uğrayacağı zarara karşılık, kiralayanın hakkını kötüye kullanılacağından bahsedilmektedir[471]. Bir tarafın fesihten kaynaklanan zararı diğerinin fesihle kazanacağı menfaate oranla açıkça daha fazla ise, özellikle iş sözleşmesinin feshinde

[466] Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 137; Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 573-574, s. 214; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 335; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 25.
[467] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 335.
[468] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 337-338.
[469] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 338.
[470] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 572, s. 213.
[471] Dural/ Sarı**, a.g.e.,** Knr. 1261, s. 245, dn. 308 ve oradaki yazarlar.

de kötüye kullanım söz konusu olabileceği doktrinde kabul edilmiştir[472]. Hakkın kullanılmasıyla elde edilen menfaate oranla karşı tarafın zararı arasında ciddi bir orantısızlığın varlığı[473], kötüye kullanmanın kabulünü de kolaylaştırıcı olacaktır[474].

c. Hakkın Özenli Kullanılması İlkesine Aykırılık

Hakkın içeriği açıkça belirlenmediğinde, hak sahibi prensipte onu hangi metot ile kullanacağını özgürce belirleyebilir. Örneğin, yapılan hukuki ve idari sınırlamalara uymak kaydıyla arsa sahibi, taşınmazının istediği yerine bina yapabilir; iş güvencesi hükümleri kapsamında olmayan işçinin iş sözleşmesi, bir geçerli neden gösterilmeksizin feshedilebilir. Ancak eğer hak sahibinin aynı yararı sağlamasına imkân veren birden fazla yol varsa, muhataba en az zarar veren yolu seçmelidir[475]. Bu prensibe, doktrinde hakkın özenle kullanılması (*Gebot der schonenden Rechtsausübung – Le ménagement dans l'exercice du droit*) adı verilmektedir[476]. Burada önemli olan nokta, kullanılmasından dolayı hakkın "dokunduğu" kişinin, aynı yararı başka bir şekilde de sağlayabilecek olan hak sahibi tarafından zarara uğratılmamasıdır[477].

Bir hakkın muhatabı için görece daha az zarara yol açacak şekilde kullanılması, bir nebze özenli davranış gerektirir. Bazı durumlarda bu özeni gösterecek imkân olmayabilir, hakkın kullanılması için alternatif bir yol bulunmayabilir. Bu noktada

---

[472] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 580, s. 217.
[473] Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 172; Deschenaux, **a.g.e.,** s. 170; Uyar, **a.g.m.,** s. 442; Egger, **a.g.e.,** s. 97; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 339; İmre, **a.g.e.,** s. 314
[474] Bazı istisnai hallerde hukuk kuralı, eğer muhatabın üzerindeki yükümlülük veya külfet oldukça fazla ise hakkın sahibine sağladığı makul yararı ikinci derecede bırakmıştır. Örneğin TMK 722/2, sahibinin rızası olmaksızın kullanılmış malzemenin aşırı zarara yol açmayacaksa sökülmesi, TMK 753/1, kişinin kendisi veya başkasına yönelik tehdit oluşturan zarar veya tehlikeyi başkasının taşınmazına yapılacak müdahale ile önleyebileceği durumlarda tehlikenin taşınmaza yapılacak müdahaleden daha fazla zarara sebep olacağı haller, TMK 785/2, lehine irtifak kurulan taşınmaz için bu hakkın sağladığı hiçbir yararın kalmaması halinde yüküne oranla az yarar sağlayan irtifak hakkının terkini, bkz. Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 578-579, s. 216.
[475] Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 164; Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 152.
[476] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 581, s. 217; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 341; Ayrıntılı bilgi ve İsviçre hukukundaki uygulama alanı için bkz. ZK-Baumann, **Art. 2,** Knr. 295-301, s. 618-623.
[477] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 171; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 171.

artık bir seçeneği olmayan hak sahibi, açıkça hakkını kötüye kullanmadığı ölçüde sınırlar içerisinde hareket etmiş olacaktır[478].

Muhatabına zarar verme amacı olmaksızın hakkın özensiz kullanılması çok sık karşılaşılan bir durum değildir, nitekim hakkın kötüye kullanılması değerlendirmesi yapılan ve yoğun olarak uygulamayı meşgul eden örnekler, hakkın kötüniyet içeren bir şekilde kullanılması halleri olagelmiştir[479]. Bu ilkeye verilen örneklerden biri şirketler hukukuna ilişkindir, azınlık oylarını en az etkileyecek yollardan birinin seçilmesi gerektiği ileri sürülmektedir[480]. Borçlar Hukuku alanında özenli kullanım genel bir yükümlülük olarak yer almamakla birlikte, en azından hakkın ileri sürülmesinde dürüstlük kuralına uygun davranmanın aranması gerektiği ifade edilmiştir[481]. İsviçre'de doktrinde, özellikle işyerinde uzun süredir çalışan işçilerin sözleşmeleri feshedilirken hakkın özenli kullanılmasına dikkat edilmesi gerektiği, örneğin, cinsiyete, ırka ve yaşa dayalı ayrımcılığın bu kapsamda yasaklandığı ifade edilmektedir[482]. Hakkın özenle kullanılması ilkesinin alanımız bakımından en önemli görünümünün "*fesihte son çare ilkesi (ultima ratio)"* olduğu söylenebilecektir. Bu ilkeye göre, dürüst ve makul bir işveren, iş sözleşmesinin ve işçinin işini korumasının devamlılığını sağlamak amacıyla gerekli çabayı göstermeli, tüm yolları denemeli ve bütün bunlara rağmen başka bir seçenek kalmadı ise feshe başvurmalıdır. Son çare ilkesi aynı zamanda işverenin kullanacağı araçların belirlenmesi konusunda da yol gösterici niteliktedir[483].

---

[478] Bir görüş bu grubu dürüstlük kuralına, diğer görüş ise hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırmaktadır, bkz. BK/Hausheer-Aebi-Müller, **Art. 2,** Knr. 220, s. 560.
[479] Crabb, **a.g.m.,** s. 14.
[480] ATF 121 III 238; Heinz Hausheer / Manuel Jaun, **Die Einleitungsartikel des ZGB**, Art. 1-10 ZGB, Bern, Stampfli Verlag AG, 2003, Knr. 104, s. 141.
[481] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 342.
[482] BK/Hausheer-Aebi-Müller, **Art. 2,** Knr. 222, s. 561
[483] Süzek, **İş Hukuku**, s. 625 vd.; Son çare ilkesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, II-C-3-c-(1).

2. Çelişkili Davranma

Sosyal hayatta kişiler, prensip olarak daha önce benimsemiş oldukları bir davranışı tekrar etme yükümlülüğü altında değillerdir[484]. Bununla birlikte belirli bir harekete ilişkin bir vaatte bulunulduğunda, bu vaadin muhatabı, verilen sözün yerine getirilmesini bekleyecektir[485]. Böyle bir vaat söz konusu olduğunda artık karşı tarafın haklı beklentisini boşa çıkarmamak, çelişkili davranmamak gerekecektir. Çelişkili davranma, hakkın kötüye kullanılmasının görünümlerinden biri olup, kişinin önceki davranışıyla muhatapta bir güven yaratması ve yeni davranışı ile bu güvenin boşa çıkarılması söz konusudur[486]. "*Venire contra factum proprium"* olarak Roma hukukundan günümüze uzanan bu ilke[487], bazı yazarlara göre hakkın kötüye kullanılması kavramının modern kanunlarda yeniden incelenmesine kaynak teşkil etmiştir[488].

Kişinin bir davranışıyla karşısındakinin güvenini boşa çıkarması yahut farklı bir davranışta bulunması kural olarak belirgin bir hak için kötüye kullanılma sonucunu doğurmaz. Bu durumda, çelişkili davranışın yasaklanması ve düzeltici işleve tabi tutulması kaynağını nereden alır? Bir görüş, çelişkili davranma yasağının dürüstlük kuralının bir parçası olduğu, ancak borcun ifası değil, alacak hakkının ileri sürülmesini sınırlayıcı nitelikte olmasından ötürü hakkın kötüye kullanılması yasağı başlığı altında yer bulduğunu savunmaktadır[489]. Kanımızca hakkın kötüye kullanılması yasağının bir parçası olan çelişkili davranma yasağı, her iki kurumla da doğrudan ilişkilidir ve bu yasak vesilesiyle kişinin, davranışları ile muhatabın haklı beklentisine zarar vermesine engel olunmaktadır. Çelişkili davranışa muhatap olan kişinin güveninin korunması

---

[484] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 171; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 342; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 57. Kişinin fikrini ve davranışlarını değiştirme hakkına *ius variandi* adı verilmektedir.
[485] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 583, s. 218; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 173; İmre, **a.g.e.,** s. 315; Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1262, s. 245.
[486] Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 140; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 343. *Fides* ve *pacta sund servanda*nın uzantısı olduğu yönünde, bkz. Şener Akyol, **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı,** İstanbul, Vedat, 2007, s. 1-3 (Çelişki Yasağı); Kavak, **a.g.e.,** s. 84.
[487] Çelişkili davranmanın yasak olup olmadığı ile ilgili Roma hukukunda fazla kaynağın olmadığı hakkında, bkz. Abbet, **a.g.e.,** s. 44. *Exceptio doli* etkisi altında olduğundan bu kapsamda değerlendirildiği yönünde, bkz. Akyol, **Çelişki Yasağı**, 8-9; Söğüt**, a.g.e.,** s. 129.
[488] Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 156.
[489] Akyol, **Çelişki Yasağı**, s.5.

temelinden yola çıkan bu kavram, kişinin tutarsız olan davranışlar silsilesinden ötürü muhatabın haklı beklentisini güvence altına almayı amaçlamaktadır[490].

Çelişkili davranma yasağının söz konusu olabilmesi için bir ön davranış olmalıdır, ancak bunun aktif bir davranış olması gerekmez. Yapmama ya da harekette bulunmama, bir def'i yahut itirazı ileri sürmeme şeklinde de ortaya çıkabilir[491]. Kötüye kullanımdan söz edebilmek için, bir ön davranışın bulunması, bu ön davranışın haklı bir beklenti yaratması ve bu ön davranışa uymayan, hatta onunla çelişen yeni bir hareketin yahut hareketsizliğin varlığı gerekmektedir. Çelişkinin ön davranış ve sonraki durum arasında maddi olarak bulunması gerekir[492]. Çelişkili davranan kimsenin kusurunun etkisi hakkında ise doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür[493]. Çelişkinin mutlaka zarar verme niyetinden kaynaklanması gerekmez. Objektif olarak değerlendirildiğinde, kişi eğer davranışıyla gelecekte bir harekette bulunacağına dair haklı bir beklenti yaratıyorsa, bu beklentinin varlığı yeterli görülmelidir[494].

Çelişkili davranma yasağı kapsamında çok sayıda örnek verilebilir: Vaadini yerine getireceğini belirterek bir başkasının hakkını kullanmasını engelleyip, ardından bu hakkı kullanmadığı için onu eleştirmek, sözleşmenin diğer tarafının edimi ifa edeceğini bildirmesi nedeniyle kişinin bir hak düşürücü süreyi kaçırması veya davadan vazgeçmesi, ardından karşı tarafın ödemeyi yapmayı reddetmesi..vb. Doktrinde, işçide iş ilişkisinin daha uzun süreler devam edeceği beklentisi yaratıldıktan sonra iş sözleşmesinin bir anda feshedilmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir[495]. Çelişkili davranan işveren, işçide bu beklentiyi yarattıktan, örneğin işçiye zam yaptıktan, terfi ettirdikten, bir bölümün başına yönetici olarak atadıktan sonra iş sözleşmesini feshediyorsa, makul bir sebebin yokluğu, fesih hakkının kötüye kullanıldığına işaret edebilir. Çelişkili davranma birçok durumda

[490] Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 158; Akyol, **Çelişki Yasağı**, s.21; aynı yazar, **Dürüstlük Kuralı,** s. 59.
[491] Akyol, **Çelişki Yasağı**, s. 14.
[492] Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 58.
[493] Bunun bir sübjektif unsur olduğu ancak Alman doktrininin kusurdan bahsetmemeyi tercih ettiği yönünde, bkz. Akyol, **Çelişki Yasağı**, s. 16-17; aynı yazar, **Dürüstlük Kuralı,** s. 58.
[494] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 173; Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 583, s. 219; Egger, **a.g.e.,** s. 99.
[495] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 152.

ortaya çıkabilir, ancak çalışma konumuz bakımından ileride iş hukukuyla bağlantısını inceleyeceğimiz iki temel başlığı detaylandırma ihtiyacı duyulmuştur.

a. Hakkın İleri Sürülme Zamanı ve Etkisizleşme

Kanun koyucu, bir hakkın ileri sürülmesine ilişkin belirli bir zaman aralığı öngörmüşse, bu süreç içerisinde hak sahibi, hakkını istediği zamanda ileri sürüp sürmemekte serbesttir. Kural olarak, belirlenmiş bir zamanaşımı süresi veya hak düşürücü süreyi kısaltmak mümkün değildir. Yine de bazı özel durumlarda, hakkın kullanılmasındaki gecikme, hak sahibinin daha önceki davranışı ile çelişkili olması nedeniyle kötüye kullanma olarak değerlendirilebilir[496]. Hak veya yetkinin kullanılmaması ve uzun bir sürenin geçmesi nedeniyle hakkın muhataba karşı ileri sürülememesine, "etkisizleşme" denilmektedir[497]. Bu kavram, öngörülemeyen uzun bir süre boyunca hakkın muhataba karşı ileri sürülmesi riskini ve muhatabın bu rizikoyu sürekli olarak taşımasını engellemek amacıyla kabul edilmiştir[498].

Hakkını bir süre kullanmayan kişinin, eylemsizliği ile karşı tarafta artık ilgili hakkın kullanılmayacağı yönünde bir güven oluşturduğu kabul edilir[499]. Bir görüş Cermen Hukukunda yer alan suskun kalma kavramının, kişinin hakkını ileri sürmesine engel olması temeline dayandığını ifade etmektedir[500]. Baskın görüş ise, etkisizleşmenin dürüstlük kuralı temeline dayandığı ve bununla birlikte çelişkili davranma yasağının özel bir türü olduğu ileri sürmektedir[501]. Çelişkili davranma

---

[496] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 586, s.220; İmre, **a.g.e.,** s. 318; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 346; Akyol, **Çelişki Yasağı**, s. 14-15; aynı yazar, **Dürüstlük Kuralı,** s. 71; Serozan, **Medeni Hukuk**, Knr. 41c, s. 160-161.
[497] Erhan Birben, "İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi", **DEÜHFD,** C:15, Özel Sayı, 2014, s. 451-480, s. 452 (Etkisizleşme).
[498] Gaye Baycık, "İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakkın Etkisizleşmesi", **İÜHFM**, C:72, S:2, 2014, s. 59-72, s. 60 (Etkisizleşme).
[499] Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, 63; Kavak, **a.g.e.,** s. 81; Birben, **Etkisizleşme**, s. 453.
[500] Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin, 2005, s. 406, dn. 35 ve oradaki yazarlar (Yenilik Doğuran Hak).
[501] Gaye Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin, 2011, s. 435 (Yenilik Doğuran Hak); Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.57-58; Birben, **Etkisizleşme,** s. 455; Serozan, **Dönme**, s. 451 (Dönme).

yasağı sonucunda bu durumdaki yaptırımın, uzun süre geçtikten sonra kullanılan hakkın etkisizliği olduğu ifade edilmektedir[502].

Hakkın kullanılması için bir süre belirlenmiş olabilir yahut olmayabilir. Hakkın etkisizleşmesi için, hak düşürücü süre yahut zamanaşımı süresi gibi pozitif hukuk kuralı ile önceden belirlenmiş bir süreden bahsedilmez[503]. Etkisizleşme yaptırımı, zaman ilerledikçe ve hak sahibi hakkını kullanmadıkça, muhatapta hakkın kullanılmayacağına dair yaratılması ve gün geçtikçe güçlenen güven duygusuna yönelik bir yaptırımdır[504]. Böylece, muhatabın korunmaya değer menfaati gözetilir; eğer böyle bir menfaatten bahsedilemiyorsa hakkın etkisizleşmesi söz konusu olmayacaktır[505].

Doktrinde, hakkın etkisizleşmesi için üç şartın bir arada bulunması gerektiği ifade edilmiştir; bunlar, hak sahibinden beklenildiği halde somut ilişkide hakkın ileri sürülmemiş olması, ileri sürmeme nedeniyle muhatabın bu hakkın kullanılmayacağına ilişkin bir inancının yerleşmiş olması ve hakkın bu süreden sonra kullanılması sonucunda muhatabın eskiye oranla daha ağır sonuçlarla karşılaşacak olmasıdır[506].

Bir hak olumlu bir edime yönelikse, örneğin, belirli bir miktar paranın ödenmesi gibi, kötüye kullanma koşulları oldukça nadir gözlemlenir. Yine de alacaklı, kendi hakkını talep etmek için, dava arkadaşı konumundaki kişilerin açtığı davaya katılmayabilir veya iddiasından feragatinin geçersiz olduğunu ileri sürmek için neredeyse zamanaşımı süresinin sonuna kadar bekleyebilir. Diğer taraftan, alacaklının harekette bulunmama yoluyla hakkından feragat ettiğini gösteren kesin emarelerin varlığı halinde oldukça geç bir tarihte talepte bulunması veya alacaklının talebini ileri sürmeyi borçlunun ispat yollarının azalması için özellikle bekletmesi hallerinde, kötüye kullanmanın varlığından bahsedebilir. Bunun gibi, özel durumlar hariç olmak

[502] Akyol, **Çelişki Yasağı**, s. 40.
[503] Birben, **Etkisizleşme,** s. 454; Baycık, **Etkisizleşme,** s. 62.
[504] Birben, **Etkisizleşme**, s. 455; Baycık, **Etkisizleşme,** s. 62.
[505] Baycık, **Etkisizleşme,** s. 60-61.
[506] Serozan, **Dönme,** s. 452, dn. 7'deki yazarlar.

kaydıyla taleplerini ileri sürmek için iş sözleşmesinin sona ermesini bekleyen işçinin hakkını kötüye kullanmış olduğundan bahsedilmeyecektir[507].

b. Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesi

Türk Borçlar Hukuku sistemine kural olarak şekil serbestisi hakim olmakla birlikte, bazı durumlarda kanun koyucu veya taraflar, şekle ilişkin bir kural öngörebilirler[508]. İş sözleşmelerinde de kural olarak şekil serbestisi esastır, ancak bazı özel durumlarda şekil şartı öngörülmüştür.

Kanun koyucu, bir hukuki işlemin geçerliliğini belirli bir şekle bağlamışsa bu şekle uyulmaması, kural olarak işlemin geçersizliği ile sonuçlanır[509]. TBK m. 12/2, "*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*" olarak düzenlenmiştir (İsviçre BK m. 11/2). Kural olarak yargıç, geçersizliği kendiliğinden dikkate alacak ve mevcut şeklin öngörülme nedenini sorgulamayacaktır. Taraflar da kural olarak şekle aykırılığı ileri sürebilirler[510]. Şekle ilişkin düzenlemelerin emredici ve kesin karakteri bu sonucu doğurmaktadır. Bununla birlikte şekle aykırılığı ileri sürme hakkı da diğer haklar gibi kötüye kullanılmamalıdır.

Şekle ilişkin düzenlemeler bir amaç doğrultusunda öngörülürler. Çünkü esas şekil serbestisiyse ve bazı işlemlerin geçerliliği, tarafların iradesini sınırlayıcı bir biçimde şekle tabi kılındıysa, orada korunmak istenen bir taraf yahut amacın var olduğu söylenebilecektir[511]. Genel kural amacın dikkate alınmaması ve şekle

---

[507] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 587, s. 220. Nitekim yazarın değinmiş olduğu örnek hukukumuz bakımından önem taşır. Tam olarak bu tez konusu kapsamında işverene yöneltilmiş haklı bir talebe rağmen, kötüniyetli fesihten kaçınmak amacıyla birçok işçi, iş sözleşmesinin devamı sırasında doğmuş işçilik alacaklarını (ücret, fazla mesai vb.) sözleşme süresi sonunda talep edebilmektedir.

[508] Çeliktaş, **a.g.m.,** s. 595; Adnan Tuğ, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, 2. Bs., Konya, 1994, s. 10; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat, 2012, s. 85(Belirli Süreli); Arif Barış Özbilen, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 31; Gümüş, **a.g.e.,** s. 269-270.

[509] İsviçre hukukunda geçersizliğin türüyle ilgili tartışmalar için bkz. Tuğ, **a.g.e.,** s. 130 vd.

[510] İmre, **a.g.e.,** s. 321; Çeliktaş, **a.g.m.,** s. 616.

[511] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 348; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 75. Kimi zaman tarafları korumaktan ziyade komu düzenini koruma amacı olduğu yönünde, bkz. Haluk Nami Nomer / Pakize Ezgi Akbulut, "Kamu Düzenine Aykırılığa Dayanan Geçersizliklerde Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağının Sınırlayıcı

aykırılığın her halükarda ileri sürülüp yargıç tarafından re'sen gözetilmesi olsa da, kimi durumlarda şekle aykırılığın ileri sürülmesi başlı başına hakkaniyet duygusunu zedeler. Bu nedenle geçersizliğin nasıl dönüştürüleceği veya ortadan kaldırılmasının mümkün olup olmadığı tartışılmıştır[512]. Bu tartışmalar ayrı bir çalışma konusu olduğundan burada yer verilmeyecektir, yalnızca şekle aykırılığın ileri sürülmesinin çelişkili davranmaya sebep olduğu durumlar kısaca incelenecektir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı ile şekle aykırılık kavramlarının çatıştığı noktada nasıl bir yol izleneceği, doktrini uzun süredir meşgul eden konulardan biridir. Burada yine çelişkili davranma yasağı ile soruna çözüm bulunması görüşü kabul edilmektedir. Somut olay kapsamında değerlendirme yapılmalıdır[513]. Yargıtay da 1988 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında, şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı çatışması olduğunda, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliğinin önem taşıdığını belirtmektedir[514]. Her durumda olay örgüsü kendine özgü gelişebileceğinden, her ihtimalde hakkın kötüye kullanılması denetimi de farklı sonuçlara sebep olabilecektir. Ancak aşağıda yer verilen hallere uygulamada sıklıkla rastlandığından, güncel içtihat yargıca yol gösterebilecektir[515].

Eğer taraflar tamamen bilerek sözleşmeyi şekle aykırı düzenlemişler ve sonucu isteyerek ifa etmişlerse, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılmasıdır[516]. Örneğin, bir taşınmazın satışında masraf, vergi gibi yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla satıcı ve alıcı, malın bedelini düşük gösterirlerse, ikisi de sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez[517].

Rolü Olabilir mi? – Yargıtay'ın Konuya İlişkin İçtihadı ve Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Galip Sermet Akman'a Armağan,** İstanbul, Filiz, 2020, s. 579-600, s. 589.

[512] Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin, 1998, s. 176-180 (Şekle Aykırılık).

[513] İmre, **a.g.e.,** s. 322; Özbilen, **a.g.e.,** s. 208; Çeliktaş, **a.g.m.,** s. 601.

[514] YİBBGK, T. 30.09.1988, 1987/2 E., 1988/2 K. (R.G. 21.12.1988, S:20026)

[515] Özbilen, **a.g.e.,** s. 211-212.

[516] YHGK, T. 10.09.1958, 1-62/83 (Naklen: Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 181); Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1266, s. 246; Özbilen, **a.g.e.,** s. 213; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 350; Gümüş, **a.g.e.,** s. 292;. Şekle aykırılık halinde ifanın düzeltici işlevi olduğuna dair genel bir hüküm olmadığı yönünde, bkz. İmre, **a.g.e.,** s. 323.

[517] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 594, s. 225.

Taraflardan en az birinin, şekle aykırılıktan sözleşme kurulurken haberdar olmaması durumunda, geçersizliği sonradan idrak eden tarafın bu yola başvurması hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmaz[518]. Ancak yine de şekle aykırılığı bilmesi gerekiyorsa veya geçersizlik iddiasını ileri sürmekte oyalandıysa, bunların dikkate alınması gerekir[519]. Bir diğer ihtimal, kişinin şekle aykırılığı açıkça bildiği ve bu şekle aykırılık ile sözleşmenin kurulmasına ön ayak olduğu haldir ki, bu durumda ifa gerçekleştikten yahut karşı tarafın uzun süreli ediminden yararlandıktan sonra geçersizliği iddia etmek, hakkın kötüye kullanılmasına temel oluşturacaktır[520]. Özellikle şekli geçersizliği ileri süren tarafın çelişkili davranışı nedeniyle durum ortaya çıkmışsa hakkın kötüye kullanılması nedeniyle geçersizlik yaptırımı sınırlanabilir. Bu halde sözleşme ayakta tutulur, edimlerin iadesi mümkün değildir ve daha ifa edilmesi gereken edimlere yönelik talepler de ayaktadır[521]. Yargıç, şekle aykırılığı ileri süren tarafın iddiasının, hakkın kötüye kullanılması oluşturup oluşturmadığını kendiliğinden dikkate almalıdır[522].

Aynı durum, sözleşmenin taraflarından biri veya birkaçı tarafından kısmi ifa halinde de söz konusu olacaktır; kural olarak kısmi ifa, şekle aykırılığın ileri sürülmesine engel teşkil etmez. Ancak, taraflardan biri bilerek ve isteyerek sözleşmeyi şekle aykırı bir şekilde düzenlemiş olmalıdır. Kısmi ifada gerekirse, hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilse dahi sözleşme ayakta tutulur ve muaccel olan edimlerin ifası için dava açılabilir[523].

Edimlerin henüz ifa edilmemiş olması halinde kural olarak hakkın kötüye kullanılması iddiasından bahsedilemez, henüz şartlar oluşmamıştır[524]. Ancak bu sözleşmenin kurulmasından ötürü diğer tarafın zararı varsa, özellikle sözleşmeyle

---

[518] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 184; İmre, **a.g.e.,** s. 324; Özbilen, **a.g.e.,** s. 214; Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 591, s. 223.
[519] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 595, s. 225.
[520] Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 172; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 351; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 321; Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 164-165; Özbilen, **a.g.e.,** s. 218.
[521] Bu durumda edimlerin ifasına başlanmış olmasına gerek olmadığı yönünde, bkz. Özbilen, **a.g.e.,** s. 222.
[522] Özbilen, **a.g.e.,** s. 209.
[523] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 596-597, s. 226; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 81; Çeliktaş, **a.g.m.,** s. 622.
[524] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 354; Özbilen, **a.g.e.,** s. 226. Görüşe prensipte katılmakla birlikte istisnaların olduğu yönünde, bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 323-324. Aksi yönde, Çeliktaş, **a.g.e.,** s. 619.

bağıtlanmasına şekle aykırılığı bilen ve isteyen diğer tarafın dürüstlüğe aykırı davranışı neden olduysa, sözleşme öncesi sorumluluk hükümlerine (*culpa in contrehendo*) dayanılabilir[525]. Son olarak, şekle aykırılık kanundan değil de sözleşmeden kaynaklanıyorsa, burada şekle uymama şekil şartından vazgeçme olarak yorumlanmalıdır ve hakkın kötüye kullanılması iddiası gündeme getirilmemelidir[526].

3. Dürüst Olmayan Yoldan Elde Edilen Hakkın Kullanılması

Bir hakkın ileri sürülebilmesi için hukuka uygun bir yolla kazanılması gerekir. Hukuka uygun olmayan biçimde kazanılmış bir hak, kötüye kullanma yasağı yaptırımıyla karşı karşıya kalır. (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*). ("Utanılacak davranışını anlatan kimse, mahkemede dinlenmez")[527]. Anglo-amerikan hukuk sisteminde de kaynağını *exceptio doli specialis*'den aldığı kabul edilen bu sınırlama, hakkaniyet arayışı içindeki kişinin, kendisinin de hakkaniyetli olmasının gerektiği fikriyle güçlendirilmiştir (*unclean hands*)[528]. Bu sınırlama, hukukun yalnızca sadakatle davranan kişiyi koruma amacını yansıtmaktadır[529]. Kişi, eğer hakkını dürüst olmayan yoldan kazanmışsa, bu hakkın kullanımı kural olarak kötüye kullanım sonucu doğuracaktır[530].

Kanun koyucu, uygun olmayan biçimde kazanılan[531] hakkın kullanılmasını engelleyen çeşitli hükümlere yer vermiştir. Bunlardan bazıları doğrudan hakkın amacına yönelik düzenlemelerdir, örneğin TBK m. 81, "*hukuka veya ahlaka aykırı sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez*" yahut m.175, "*taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır…*" hükümleriyle kötüye kullanım ve yaptırımı, doğrudan düzenlenmiştir. Bununla birlikte kötüye kullanılarak elde edilen hakkın muhatabı olan ve ondan zarar görmüş kişiye bazı taleplerde bulunma hakkının

[525] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 598, s. 226; Dechenaux, **a.g.e.,** s. 182; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 355.
[526] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 599, s. 227.
[527] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 175; İmre, **a.g.e.,** s. 319; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 346.
[528] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 62.
[529] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 600, s. 227.
[530] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s 63.
[531] Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 172.

öngörüldüğü hükümler de vardır. TBK m. 28'de aşırı yararlanılanın dava hakkı ya da m. 31 kapsamında yanılan veya aldatılanın dava hakkı buna örnek teşkil edecektir[532]. Yukarıda sayılan haller gibi açıkça kanunda düzenleme olmadığı durumlarda muhatap talebini ileri sürerek, düzeltici işlevin uygulanmasını isteyebilir.

İş Hukukunda bu kategoriye verilebilecek bir örnek, belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkindir. Kural olarak İş Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulabilmesi objektif koşulların varlığına hasredilmiş olup, bu hallerin yokluğunda ve esaslı neden olmaksızın zincirleme olarak belirli süreli iş sözleşmesinin ardı ardına kurulması halinde, sözleşme kendiliğinden belirsiz süreli olarak değerlendirilir[533]. Çünkü belirli süreli iş sözleşmeleri, sonuçları bakımından kural olarak işçi aleyhine düzenlemeler içerir[534]. Ancak objektif koşulların yokluğunda sözleşmenin belirsiz süreli sayılması, kimi zaman, belirli süreli sözleşmeye bağlanan haklardan işçinin yararlanamaması sonucunu doğurabilmektedir. Bu durumda işverenin kendi dürüst olmayan davranışından kazanç sağlaması söz konusu olabilecektir[535]. Çalışmamızın üçüncü bölümde daha detaylı olarak değinileceği için şimdilik, İş Kanunu'nun 11. maddesinin düzenlenme amacının, işverenin belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkını kötüye kullanmasının engellenmesi olduğunu ve bu kuralın doktrinde nisbi emredici hüküm olarak kabul edildiğini belirtmek isteriz. Belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulmasına dair sınırlama, zaten kaynağını hakkın kötüye kullanılması yasağından alan bir düzenlemedir[536]. Bu nedenle karşı tarafın hukuki durumunu daha da kötüleştirecek, onun hakkını elde etmesine engel olarak bir çözüm, dürüstlük kuralına da uygun düşmeyecektir.

---

[532] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 176.
[533] Gülsevil Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, TÜHİS, 1998, s.69 (Belirli Süreli); Serkan Ayan, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", **AÜHFD**, C:54, S:4, 2005, s. 431-487, s. 431; Kübra Doğan Yenisey, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, MESS, 2015, s. 9-145, s.70 (Değerlendirme 2013); Süzek, **İş Hukuku**, s. 251 vd.
[534] Mahmut Kabakcı, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği", **İÜHFM**, C:72, S:2, 2014, s. 123-141, s. 127.
[535] Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014,** 2. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 7-95, s. 44 (Değerlendirme 2014).
[536] Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II-C.

4. İleri Derecede Yetersizleşmiş Bir Kurala Dayanan Hakkın Kullanılması

İçtihat ve doktrinde, ikinci fıkranın bir diğer uygulama alanının, normun yetersiz kaldığı haller (*abus de norme, Normmissbrauch*) olduğu ileri sürülmektedir[537]. Hakkın kötüye kullanılmasının düzeltici fonksiyonunun uygulandığı diğer durumlar hukuk kuralının kendisini değil, onun uygulanma şeklini etkilemeye yöneliktir, oysaki burada doğrudan kuralın kendisine yönelik bir müdahale söz konusudur. Bu nedenle müdahalenin daha sınırlı bir karakteri vardır.

Güçler ayrılığı prensibi gereği yargıç, kanun koyucunun hatalı bir tercih yaptığı noktada şüpheye düşse bile, yürürlükteki düzenlemeyi uygulamalıdır. Federal Mahkeme'nin değişik kararlarında işaret ettiği üzere yargıç, hukuku sansürleme mekanizması değildir[538]. Tüm yorum yöntemleri tüketildikten ve (gerçek) kanuni boşluklar doldurulduktan sonra mahkemenin hareket kabiliyetinin tükendiği kabul edilir. Yine de somut durumda normun uygulanması, hakkın kötüye kullanılması oluşturabilecektir. Burada artık yargıç, kuralı uygulamamak hakkına –ve görevine sahiptir (*Richterliche Gebotsberichtigung*). Bir hakkın himaye edilme amacı zaman içerisinde ortadan kalkmışsa, bu durumda düzenlenen norma dayanılması da bir kötüye kullanım oluşturabilecektir[539].

Kanun koyucu, belirli konularda hataya düşmüş olmalı ve kanunun yürürlüğe koyulmasından sonra şartlar o denli değişmiş olmalıdır ki hukukun temel ilkeleri gereği o kuralın uygulanması bir tatminsizlik yaratmalıdır[540].

---

[537] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 477, s. 169-170.
[538] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 620, s. 235 ve 112 nolu dipnotta belirtilen mahkeme kararları.
[539] İmre, **a.g.e.,** s. 308; Egger, **a.g.e.,** s. 96; Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 622, s. 236.
[540] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 331, dn. 18d.

E. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Benzer Kavramlar İle İlişkileri

1. Hakkın Kötüye Kullanılması İle Hakkın Sınırlarının Aşılması (Haksız Davranma)

Hakkın kötüye kullanılması ile hakkın sınırlarının aşılması birbirinden farklı iki durumu yansıtan kavramlardır. Hakkın kötüye kullanılmasında söz konusu hak, hukukun ona çizdiği sınırlar, uygulanmasına izin verilen ölçüt içinde kullanılmaktadır. Hakkın sınırlarının aşılmasında ise hak sahibi, kanun koyucunun çizdiği alanın dışına çıkar[541]. Kişinin bu durumda bir hakkı yoktur[542], söz konusu hareket, *prima facia* hukuka uygun değildir.

Örneklemek gerekirse taşınmaz arazi üzerine bina yapmak, mülkiyet hakkı sahibine ait bir haktır. Eğer taşınmaz maliki binayı yaparken binanın çatısını, komşusunun gün ışığından yararlanmasını engelleyecek şekilde planlar ve yaparsa bu durumda hakkın kötüye kullanılmış olduğundan bahsedilebilir. Buna karşın, yerleşim yeri olarak planlanan bölgede taşınmaz maliki eğer çevreyi rahatsız edecek atık üreten bir fabrika inşaa ederse, bu durumda hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmayacaktır. Kendi arsasına inşaat yaparken taşırmak suretiyle komşusunun arsasını kullanan kimse de aynı şekilde değerlendirilir[543]. Böyle bir durumda taşınmaz malikinin hakkın sınırlarını aştığından bahsedilebilecektir.

2. Hakkın Kötüye Kullanılması İle Kanuna Karşı Hile

Kanuna karşı hile, kanunun emredici bir hükmünün yasakladığı sonuca, ilgili hükmün uygulanmamasını sağlayarak erişme ile ortaya çıkar[544]. 19. yüzyılda hem hakkın kötüye kullanılması hem de kanuna karşı hile doktrinde tanınmamıştır, zira o

---

[541] Çeliktaş, **a.g.m.,** s. 611.
[542] İmre, **a.g.e.,** s. 309.
[543] Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 168; Kavak, **a.g.e.,** s. 62.
[544] Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 132; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 388; Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1228, s. 232-233; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 15; İmre, **a.g.e.,** s. 309.

dönemde bir hakka sahip olanın kanun tarafından her halükarda korunması düşüncesi baskındır[545]. Korumaya muhtaç olan öncelikle kişinin kendisidir ve kişinin haklarını bir başkasının aleyhine kullanabileceği düşüncesiyle hareket edilmemiştir[546].

Doktrinde Maday, kanuna karşı hileden bahsedilebilmesi için üç şartın gerçekleştirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür, bu şartlar bir olayın değiştirilmesi, kanunun yasakladığı bir sonucun elde edilmesi ve bir hile kastıdır[547]. Somut olayda kanuna karşı hilenin bulunup bulunmadığını tespit etmek için sonucu yasaklayan hükmün yorumlanması gerekir. Dürüstlük kuralı uyarınca yapılan yorum uyarınca hükmün, ortaya çıkan sonuçla beraber o sonuca ulaşan tüm yolları da engellediği tespit ediliyorsa, o sonuca ulaşan tüm yollar yasaklanmış demektir (Amaca yönelik yasaklama-*Zweckverbot*). Buna karşılık yalnızca belirgin bir davranış şekli yasaklanıyor ancak başka bir yol seçildiğinde aynı ekonomik amaç veya benzer amaç ortaya çıkıyorsa, burada yalnızca seçilen yolun yasaklandığından bahsedilebilir (*Wegverbot*)[548]. Doktrinde Kocayusufpaşaoğlu, gerçek olan ve olmayan kanuna karşı hile ayrımı yapmaktadır, yazara göre gerçek olmayan anlamda kanuna karşı hilede muvazaa söz konusudur[549]. Gerçek kanuna karşı hileden bahsedebilmek için, tamamen hukuka uygun bir işlem yapılmalı, ancak bu işlem kanunun ruhu ve amacına aykırı olarak başka bir sonuca ulaşmayı sağlamalıdır[550].

Hakkın kötüye kullanılması ve kanuna karşı hile arasındaki ilişki hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, kanuna karşı hile, hakkın kötüye kullanılmasının bir türü[551] olup kanunda yer alan diğer hükümlerden yararlanma hakkının kötüye kullanılması olarak görünüm kazanır[552]. Söz konusu

---

[545] Egger, **a.g.e.,** s.100.
[546] Topçuoğlu, **a.g.e.,** s. 223.
[547] Denis Maday, **Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im schweizerischen Obligationenrecht**, Bern 1941, s.29 vd. (Naklen: Özsunay, **a.g.e.,** s. 330). Hile kasdı görüşü günümüzde terk edilmiş, objektif görüş benimsenmiştir, bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 389; Eren, **a.g.e.,** Knr. 1012, s. 362.
[548] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 148. Bu durumda kanuna karşı hileden bahsedilemeyeceği yönünde, bkz. Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 133; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 388, dn. 135.
[549] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 389-390.
[550] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 389.
[551] Roma hukukunda da kanuna karşı hilenin *exceptio doli generalis* kapsamında değerlendirildiği yönünde, bkz. Söğüt, **a.g.e.,** s. 130, dn. 436 ve oradaki yazarlar.
[552] Alman Federal İş Mahkemesi'nin de bazı kararlarında kanuna karşı hileyi kötüye kullanmanın bir görünümü olarak tanımladığı hakkında bkz. Alpagut, **Belirli Süreli,** s.53, dn. 150. Kanuna karşı hilenin

görüş, hakkın kötüye kullanılması kurumunu yalnızca somut hakkın değil, aynı zamanda hukuksal kurumların da kötüye kullanılması olarak geniş yorumlamaktadır[553]. Bir başka görüşe göre iki kavram arasında benzerlik bulunur ancak aynı değillerdir[554]; kanuna karşı hile, dolanılmak istenen hukuk kuralına dolaylı olarak aykırılık teşkil eder[555]. Hakkın kötüye kullanılmasında kişinin hakkının mevcut olması gerekir, buna karşılık kanuna karşı hilede bir kanun hükmünden kaçınmak amaçlandığı için bir hakkın varlığı aranmaz. Hakkın kötüye kullanılması ile sözleşmesel yahut yasal yükümlülüklerden kaçınmak amaçlanmamaktadır. Hakkın kötüye kullanılması hakkı konu alırken, kanuna karşı hilede hukukun kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Doktrinde hakkın kötüye kullanılması halinde bir zararın arandığını kabul eden görüş savunucuları, kanuna karşı hile ile farklı olduğu noktalardan birinin bu olduğunu ileri sürmektedirler[556]. Ayrıca hakkını kullanan kişinin menfaati, kanuna karşı hilede oldukça büyük bir yer teşkil eder, nitekim kişi kendi menfaatine ulaşmak amacıyla kanunu dolanmaktadır, buna karşılık hakkın kötüye kullanılmasında hak sahibinin menfaati neredeyse yok denecek kadar azdır. Biz de kanuna karşı hile ile hakkın kötüye kullanılmasının farklı kavramlar olduğu görüşüne katılıyoruz.

3. Hakkın Kötüye Kullanılması ile Muvazaa

Muvazaa, danışıklı iş anlamına gelir. Hukuken muvazaada taraflar aralarında anlaşarak görünürdeki hukuki işlem yoluyla üçüncü kişileri aldatmak amacı taşırlar[557], bu vesile ile gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan

dürüstlük kuralına aykırılık olduğu yönünde, bkz. Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 285; Kavak, **a.g.e.,** s. 23.

[553] Kavak, **a.g.e.,** s. 146.

[554] Velidedeoğlu, **a.g.e.,** s. 351; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 15, burada dürüstlük kuralı uygulanacağı ve ikinci fıkraya başvurmaya gerek olmadığı yönünde, bkz. İmre, **a.g.e.,** s. 310.

[555] Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1230, s. 233-234; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 393; Gümüş, **a.g.e.,** s. 330.

[556] Topçuoğlu, **a.g.e.,** s. 229; Edis, **Medeni Hukuk,** s. 329; Kavak, **a.g.e.,** s. 99.

[557] Esener, **İtimat Prensibi,** s. 186; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, "Şuf'a Hakkında Muvazaa İddiaları", **İÜHFM**, C: 16 , S: 1-2 , 1950, s. 272-288, s.272 (Muvazaa); Gümüş, **a.g.e.,** s. 305.

bir sözleşme ilişkisine girerler. Bununla birlikte muvazaada görünüşteki işlem dışında bir başka sözleşme de olabilir.

Muvazaa ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki fark incelenirken, kimin hukuk alanında etki doğurduğu gözetilmelidir. Muvazaada tarafların ortak gayesi ile hareket edilerek sözleşme dışı üçüncü kişileri yanıltmak amaçlanmakta iken, hakkın kötüye kullanılmasında bu durumdan bizzat hakkın muhatabı etkilenmektedir. Hakkın kötüye kullanılması tek bir hak sahibi tarafından gerçekleştirilebilirken, muvazaada mutlaka birden fazla tarafın danışıklı hukuki işlemi gerekmektedir. Kural olarak muvazaalı işlemler de kanunu dolanmak yahut bir hakkı kötüye kullanmak şeklinde görünebilirler, nasıl ki hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılarak hak sahibinin kendisi işlemin geçersizliğini ileri süremiyorsa, muvazaada da taraflar, kendi muvazaalı işlemlerinin geçersizliğini ileri süremeyeceklerdir[558].

III. DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI İLİŞKİSİ

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, çoğunlukla bir arada anılan, aynı hükmün iki ayrı fıkrasında düzenlenmiş genel hukuki kavramlardır. Bu kavramların özel hukukta oldukça önemli yere sahip olduğu kabul edilir. Ancak aralarındaki ilişkinin niteliği konusunda görüş birliği oluşmamıştır. Doktrinde aynı maddede yer alan bu iki kuralın aynı temele dayandığı fikri baskın olmakla birlikte, fonksiyonları bakımından farklılık gösterdiği hallerin mevcudiyeti kabul edilmiştir[559].

Dürüstlük kuralı yoluyla tarafların menfaatleri, hukuki yorum ve tamamlama kurallarıyla incelenmektedir. Ancak dürüstlük kuralının gözetilmesinin yaratacağı sonuç, hukuk kuralının veya irade açıklamasının düzeltilmesiyle sonuçlanamaz[560].

---

[558] "*Muvazaa sebebiyle akdin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılan hallerde, muvazaa ileri sürülemez, başka bir deyişle kişi kendi muvazaasına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz"* Y9HD, T. 09.11.2020, 2016/27850 E. 2020/15432 K., Y9HD, T. 14.09.2020, 2017/17390 E., 2020/7550 K. (www.yargitay.gov.tr); Gümüş, **a.g.e.,** s. 315.

[559] Meier-Hayoz, **a.g.e.,** s. 116; Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 145.

[560] Saymen, **Medeni Hukuk,** s. 280-281. Doktrinde Zeller, dürüstlük kuralının yaptırım içermeyen bir etik kuralı olduğunu ve lex imperfecta niteliği taşıdığını ifade etmektedir, çünkü bu kural doğrudan

Birinci fıkra, bir hukuki açıklama yahut ifadenin genelleştirilmiş halini içermektedir, duruma doğrudan uygulanabilir bir hukuki kural inşa edecek şekilde formüle edilmemiştir[561]. Bu nedenle her iki fıkranın da aynı maddi düşünceyi ele aldığı, ikinci fıkradaki düzenlemenin birinci fıkradaki genel davranış kuralının sınırlarını belirleyerek yasaklayıcı bir üslupla tekrarladığı, ilk fıkranın olumlu, ikincisinin ise olumsuz formüle edildiği ileri sürülmüştür[562]. Bu bakış açısına göre ikinci fıkra, birinci fıkranın açıklayıcısıdır, genel kuralın yaptırımıdır; ikinci fıkra dürüstlük kuralına aykırı harekette bulunulan hakkın kullanımını engeller[563]. Dürüstlük kuralının yönlendirdiği kurum, hakkın kötüye kullanması yasağı olacaktır. İsviçre Federal Mahkeme kararlarında da dürüstlük kuralına aykırı davranışın yaptırımında, davranışın hukuken korunmayacağı sonucuna hükmedildiğinden, doktrinde bu iki kavramın bir madalyonun iki yüzü olduğu ve birbirlerine bağlı iki ayrı ilke oldukları ileri sürülmektedir[564]. Benzer bir görüş de, hakkın kötüye kullanılması yasağının temelini dürüstlük kuralından aldığını, onun vasıtasıyla güçlendiğini ve uygulama alanının tüm insan ilişkilerine sirayet ettiğini savunmaktadır[565].

Zamanla her iki fıkranın farklı fonksiyonlara sahip olduğu, birinci fıkrada dürüstlük kuralı yoluyla kanun koyucunun tüm kişilere seslenmekte ve haklarını kullanırken yahut borçlarını yerine getirirken uyulması gereken bir davranış standardı öngördüğü fikri yaygınlaşmaya başlamıştır[566]. İkinci fıkra ise normun gerektirdiği korumayı sağlamaması konusunda yargıcı görevlendirmektedir[567]. Dürüstlük kuralı vesilesiyle yargıcın bir hukuki durumu yorumlaması ve tamamlamasının mümkün olduğu, ikinci fıkra sayesinde de bir hukuki yahut sözleşmesel ilişkide dönüştürücü veya ortadan kaldırıcı etkide bulunabileceğini, bu ayrımın yalnızca teorik olmayıp

---

uygulanabilir nitelikte değildir, bkz. Zeller, **a.g.e.,** s. 237. Buna karşılık Baumann, bu kuralın lex imperfecta olmadığını, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmamasının sebebinin yargıca yöneltilmiş bir değer yargısı olmasından kaynaklandığını ileri sürerek Zeller'in görüşünü eleştirmiştir, bkz. ZK-Baumann, **Art. 2,** Knr. 22, s. 472.

[561] Zeller, **a.g.e.,** s. 176.

[562] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 47. Hakkın kötüye kullanılmasının, dürüstlük kuralına aykırılığın bir türü olduğu yönünde, bkz. Kavak, **a.g.e.,** s. 23.

[563] Ivy Williams, **The Sources of the Law in the Swiss Civil Code**, Zürih, Remak Verlag, 1976, s. 160; Saymen, **Medeni Hukuk,** s. 288.

[564] Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1219, s. 229; Ateş, **a.g.m.,** s. 82; Söğüt, **a.g.e.,** s. 132.

[565] Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 23.

[566] Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s. 169.

[567] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 478, s. 170; Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 151.

pratik önemi de bulunduğunun üstünde durulmuştur[568]. Dürüstlük kuralı, açıkça bir hukuki ilişkiyi geçersiz hale getirmez yahut bir hakkı ortadan kaldırmaz, ancak bu fonksiyonu gören birçok hukuk kuralının kökenini oluşturur[569]. Hukuk alanında her somut olay için tek tek düzenleme yapılmasının imkansızlığı nedeniyle, her iki kuralın da hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesini sınırlama görevleri olduğu ifade edilmiştir[570].

Bir görüşe göre, birinci fıkranın uygulanması için tarafların arasında önceden var olan bir hukuki ilişki olmalıdır[571]. Bir başka görüş ise, dürüstlük kuralının böyle bir hukuki ilişkiyi aramadığını ifade etmektedir[572]. Kanun koyucu, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde dürüstlük kurallarına uygun davranma yükümlülüğünü getirmiş, ancak hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenlerken, taraflar arasında dürüstlük kuralındaki gibi bir bağlantı olması şart koşmamıştır[573].

Hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı, kötüye kullanılmış bir hak ile sınırlıdır. Buna karşılık birinci fıkranın uygulama alanı ise çok daha geniş kapsamlıdır[574]. Dürüstlük kuralı, sadece hukuki işlemden doğan hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi değil, kanundan doğan hakların kullanılmasında da dikkate alınır. Sözleşmeden doğan yan edimler ve bu yan edimlerin kapsamı dürüstlük kuralına göre belirlenir[575]. Bazen iki hüküm birlikte uygulanmakta, bazen dürüstlük kuralının işlevi, tek başına ele alınmasını gerektirmektedir[576].

Doktrinde bu kuralların ikincil nitelikte kurallar oldukları, eğer somut olaya doğrudan uygulanabilecek bir kural yoksa bu genel kaidelere başvurulabileceği ifade

---

[568] Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 117; Aynı görüşte Tekinay, **a.g.e.,** s. 171, Deschenaux, **a.g.e.,** s. 139; İmre, **a.g.e.,** s. 307.
[569] Uçaryılmaz, **Bona Fides,** s. 79.
[570] Tekinay, **a.g.e.,** s. 164.
[571] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 464, s. 166.
[572] Köprülü, **a.g.e.,** s. 136. Yazar, yalnızca sözleşmedeki borçların ifası değil, burada kastedilenin bir yükümlülüğün yerine getirilmesi olduğunu, bu nedenle önceden bir hukuki ilişkinin yer almadığı hallerde de dürüstlük kuralının uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir.
[573] BK/Hausheer-Aebi-Müller, **Art. 2,** Knr. 42, s. 467.
[574] Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 472-473, s. 168; Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1220, s. 230.
[575] Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 6.
[576] Dural/Sarı, **a.g.e.,** Knr, 1224, s. 231.

edilmiştir[577]. Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da belirtildiği üzere, İsviçre Federal Konseyi, hakkın kötüye kullanılması yasağını getirirken "*bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde,….zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkan sağlamak*" amacını gütmektedir[578]. Doktrinde Deschenaux, dürüstlük kuralının taraf iradelerinin tamamlanması ve yorumlanmasında ikincil nitelikte değil bütünleyici nitelikte olduğunu, aynı durumun güven teorisinin uygulanmasında da geçerli olduğunu ileri sürmüştür, ancak hakkın kötüye kullanılması konusunda yazar aynı görüşte değildir. Yazara göre bu yasağa başvurmak *ultima ratio* bir çözümdür, öncelikle yorum ve tamamlama kurallarına başvurulmalıdır. Hukuk kuralının veya hukuki işlemin düzeltilmesinde de aynı durum geçerlidir. Eğer bundan sonra gidilecek hiçbir yol yoksa hakkın kötüye kullanılması yasağı devreye girebilecektir. Sonuç olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmak, ikincil nitelik taşımaktadır[579]. Hakkın kötüye kullanılması, daha iyi kanunlar yahut kurallar üretmek için bir yol olarak görülmemelidir[580].

Peki bu derece önemli görülen ve kanunun başlangıç hükümlerinde yer verilen bu kuralın, hukuki ilişkiye uygulanmayacağı kararlaştırılabilecek midir? Federal Mahkeme'nin 1985 yılında vermiş olduğu bir karara göre, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı İsviçre'de Federal kanunda yer alan kurallar olduklarından, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiye Federal kanunun uygulanmayacağına karar verebilmeleri mümkündür[581]. Bir görüş, bu kavramların hukuk düzenine nüfuz etmiş nitelikleri gereğince, federal veya kantonel olup olmadığına bakılmaksızın uygulanması gerektiğini belirtmiştir[582]. Başka bir görüşe göre, kavramlar yargıç

[577] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 184; Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 10; Kavak, **a.g.e.,** s. 49; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 16-17, 20,
[578] YİBGK, T. 25.01.1984, 1983/3 E., 1984/1 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr); İmre, **a.g.e.,** s. 307.
[579] Deschenaux, **a.g.e.,** s.145; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 330.
[580] BK/Hausheer- Aebi-Müller, **Art. 2,** Knr. 61, s. 480.
[581] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 146 ve dn. 43'te belirtilen yazarlar.
[582] Engel**, a.g.m.,** s. 127. Fransız hukukunda kamu düzenine ilişkin nitelikte olduğu kabul edilmektedir, bkz. le Tourneau / Poumarede, **a.g.m.,** Knr.21. Dürüstlük kuralının temelinin ahlaka aykırılığa dayandığı ve sözleşme dışı bırakılamayacağı yönünde, bkz. Kavak, **a.g.e.,** s. 45.

tarafından kendiliğinden göz önünde tutulacaktır[583] ancak kamu düzeninden sayılmadığından, sınırlı da olsa kapsam dışı bırakılabilmesi mümkündür[584].

IV. DEĞERLENDİRME

Medeni Kanun'un 2. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları, hukukun genel nitelikli prensiplerinden en önemlileri arasında yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını içinde barındırır. Bu hüküm, bazı yazarlarca hukuka yön veren genel prensip olarak tanımlanmıştır[585]. Hukuk düzeninin temel amacını karşılayan, adalet ve hakkaniyet arayışında kullanılan temel dayanaklardan birisidir[586].

Bu bölümde yer verilen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, yargıca yorumlama, tamamlama, uyarlama ve düzeltme imkanı veren kurallardır. Bu kuralların günümüze dek uygulama alanlarının şekillenmesi, Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinin birbirleriyle olan etkileşimlerinin de bir sonucu olmuştur. Nitekim İsviçre'de kanun koyucu, Alman kantonlarından ve Fransız kantonlarından farklı farklı etkilendikten sonra genel bölümde bir düzenlemeyi tercih etmiştir. Bununla birlikte Türk Kanunu Medenisi de İsviçre'den iktibas edilirken başka bir yol tercih edilmiş ve bu nedenle Türk doktrininde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının nasıl anlaşılması gerektiğinin tartışılmasına sebep olmuştur.

---

[583] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 152; Edis, **Medeni Hukuk**, s.293; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 10-11; Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1271, s. 248; İmre, **a.g.e.,** s. 301; Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 45. Yazar bu sonucun iura novit curia–yargıcın hukuku re'sen uygulaması- kuralı nedeniyle ortaya çıktığını ifade etmiştir. Karş. Altaş, **Şekle Aykırılık**, s. 158-159. Ayrıca doktrinde bu kavramların usul hukuku bakımından "itiraz" niteliği taşıdığı da belirtilmiştir, bkz. Kavak, **a.g.e.,** s. 42; Yargıcın hukuku re'sen uygulamasının tek başına bu düzenlemeleri emredici hale getirmediği görüşünde, bkz. İmre, **a.g.e.,** s. 301,328; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 299.

[584] Edis, **Medeni Hukuk,** s. 296-298; Steinauer, **a.g.e.,** Knr. 505, s. 182. Bir başka görüş, bu irade serbestisine rağmen tarafların dışında bir başkasının suiistimali konusunda özellikle de bu kötüye kullanma süreklilik arz ediyorsa bu nitelikte bir davranışa müsaade etmek zorunda olmadıklarını belirtmiştir. Bununla birlikte sürekli nitelik taşıyan hakkın kötüye kullanılması, hakkın muhatabı aleyhine bir hürriyetin kısıtlanması durumu oluşturur, bkz. Deschenaux, **a.g.e.,** s. 146. Ayrıca edimden bağımsız borç ilişkileri bakımından ortaya çıkan koruma yükümlülüğü noktasında da üçüncü kişileri etkileyen sözleşmelerde hakkın kötüye kullanılmasına müsaade edilemez. Nitekim koruma yükümü, borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin durumunun ağırlaştırılmamasını da kapsadığından bu aşamada tarafların hakkın kötüye kullanılması yasağını bertaraf edebilmeleri mümkün değildir, bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 10.

[585] Hausheer / Jaun, **a.g.e.,** s. 107.

[586] Hausheer / Jaun, **a.g.e.,** s.108.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakkaniyet, kişilik hakları gibi ortak değerleri koruyan genel kurallar arasında bulunmaktadır[587]. Bu genel kurallar arasında en geniş uygulama alanı bulan, 2. madde içeriğinde yer alanlardır. Şu açıkça görülmektedir ki, ne tanım yapmanın ne de kapsamı belirlemenin kolay olmadığı bu hukuki kaideleri doktrin, içtihadı değerlendirerek eleştirmiş ve bu eleştirilerin sonucunda kapsamını somutlaştırmaya çalışmıştır. Yine de, bu hakkaniyet arayışında her somut olayın kendi özellikleri incelenmelidir. Uygulayıcının görevi, genel kuralın dayandığı değer ve temelleri anlayarak, ihtimallere göre sonuçları değerlendirmektir. Bunu yaparken birinci fıkra uyarınca tarafların karşılıklı değerlendirmelerine ve güven ilişkisine bakar; ikinci fıkra uyarınca adaletsizliği önlemek amacıyla asıl kuralı inceler. İnceleme sonucunda dürüstlük kuralı uyarınca yargıcın hukuku baştan yaratması riski de ortaya çıkar, ancak kanun koyucunun bu hükmü getirmekteki amacı bu değildir. Bir hukuk kuralını bertaraf etmek için yalnızca dürüstlük kurallarına ya da hakkın kötüye kullanılmasına dayanmak yeterli değildir; her seferinde yapılan yorum doğru gerekçelendirilmeli ve bir genel hükme dayandırılmalıdır[588]. Bununla birlikte, doktrinde her durumda dürüstlük kuralına başvurulmasının tehlikeli olacağı da ileri sürülmüştür[589]. Bazı yazarlarca bu kuralın doğrudan uygulanabilir kurallardan olmadığı da ileri sürülmüştür[590]. Doktrinde Schwarz, her haksızlığın bir hakkın kötüye kullanılması, her halde dürüstlük kuralına uyulması gerekliliği sonucuna gidildiğinde, bu kavramların tanımlanmasında güçlük çekilmesi nedeniyle açıklık ve keskinliğin yitirileceğinden endişe etmektedir[591]. Yazar, genel kaide niteliğinde, tanımlanması güç olan kavramların hukuka ışık tuttuğunu ve fakat kesin ve açık düzenlemelerle hukuki meseleleri çözmenin asli amaç olduğunu ifade etmiştir[592]. Bununla birlikte, hükmün uygulanması konusunda çok çekingen davranmak da hakkın kötüye kullanılmasına müsaade edilmesi, hakkın

[587] Oğuzman, **Medeni Hukuk,** s. 184.
[588] Deschenaux, **a.g.e**., s. 141.
[589] Giritlioğlu, **a.g.e.**, s.10; Uyar, **a.g.m.,** s. 441.
[590] Zeller, **a.g.e.**, s.176.
[591] A.B. Schwarz, **Medeni Hukuka Giriş**, (Çeviri: H.V. Velidedeoğlu), İstanbul 1946, s. 203.
[592] Schwarz, **a.g.e.,** s. 203-204.

sosyal amacından uzaklaşılması sonucu doğurabilir[593]. Anlaşılan o ki, bu değerlendirme oldukça hassas bir çabayı gerektirecektir.

Bir görüşe göre hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesinin temelinde, yasaların sert niteliğini yumuşatma düşüncesi yatmaktadır[594]. Kanun koyucu bu kuralı düzenlerken, taraflar arasında dengenin bulunması temel amacını gütmektedir[595]. Yargı organı bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını tespit ettiğinde artık bu hakkın kullanılmasını re'sen korumayacaktır. Bu hükümle kanun koyucu, maddi adaleti sağlamak için adil olduğunu düşündüğü sürece yargıca, pozitif hukuk kuralının uygulanmasını sınırlama veya tamamen engelleme hakkını vermiştir. Ancak genel kural niteliğini haiz bu hükmün, sınırsız ya da soyut kullanımı tehlikeli bulunmaktadır[596].

Hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralına aykırılık ile karşı karşıya geldiğimizde, adalet ve hakkaniyet düşüncesiyle nasıl bir yaptırım uygulanacaktır? Bu sorunun cevabı da oldukça belirsizdir. Kanun koyucu "korumayacağını" garanti ettiği bir hukuki durumu, geçersiz mi sayacaktır yoksa geçerlilik tanıyıp muhatabın zararını mı karşılayacaktır? Zararın belirlenemediği durumlarda nasıl bir tespit yapılacaktır? Muhatap, hakkını kötüye kullanan kimseye karşı aynen ifa talebinde bulunabilecek midir? Kanun koyucu bu sorulara yanıt vermemiştir. Doktrinde ise her olayın özelliğine ve temel Borçlar Hukuku kurallarına göre farklı yollara gidilebileceği belirtilmektedir[597].

[593] Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 298.
[594] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 324; Akipek / Akıntürk / Ateş, **a.g.e.,** s.177; Kavak, **a.g.e.,** s 29; Karş. bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 18.
[595] Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 46.
[596] Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 18.
[597] Saymen, **Medeni Hukuk**, s. 296-298.

İKİNCİ BÖLÜM

FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ İŞLEVLERİ

Sözleşmeler hukukuna hakim olan temel prensip, tarafların sözleşme serbestisi, bu serbestinin kaynağı da irade özerkliğidir[1]. Buna göre taraflar, sözleşmeyi kurmak, içeriğini belirlemek ve sona erdirmek konusunda özgürdürler[2]. İrade özerkliği, Borçlar Hukuku alanındaki birçok kuralın yedek hukuk kuralı olarak şekillendirilmesine ve tarafların iradelerine üstünlük tanınmasına yol açmıştır. Kendi özgür iradeleriyle girdikleri hukuki ilişkilerde, tarafların birbirlerine eşit oldukları bir ilke olarak kabul edilmektedir[3]. Ancak, her özel hukuk ilişkisinde bu eşitliğin mutlak olarak var olduğundan bahsedilemeyecektir. Bazı hukuki ilişkiler veya bazı sözleşme türlerinde, taraflardan birinin diğerinden daha zayıf konumda bulunduğu ve zayıf olan tarafın yedek hukuk kurallarından ziyade mutlak ve nisbi emredici hükümlerle korunması gerektiği, gelişen koşullarla beraber geçtiğimiz yüzyıl içinde kabul edilmiştir[4].

Zayıf tarafın korunduğu alanlardan biri olan İş Hukuku, sosyal kamu düzeni yaratan özelliğiyle, yıllar içinde Borçlar Hukukunun hizmet sözleşmesine dair kurallarını kapsamına alan ancak kendine özgü kuralları da barındıran bir alana dönüşmüştür[5]. Bu alanda hareket etmek için, tarafların bazı davranışları kanun koyucu

[1] Hasan Erman, "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", **İÜHFM**, C: 38, S:1-3, 1973, s. 601-620, s. 602; İmre, **a.g.e.,** s. 146; Eren, **a.g.e.,** s. 16; Kaplan, **Müdahale**, s. 19; Akbulut, **a.g.e.,**, s. 16 vd.; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 503, Oğuzman / Öz, **a.g.e.,** s. 25.
[2] Akbulut, **a.g.e.,** s. 21.
[3] Eren, **a.g.e.,** s. 17, Kaplan, **Müdahale**, s. 117.
[4] Eren, **a.g.e.,** s. 18.
[5] Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu,** İstanbul, Legal, 2014, s. 237 (Eleştiri); Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, İstanbul, Beta, 2014, s. 32 vd. (Emredici Yapı).

tarafından kısıtlanmaktadır[6]. Bu kısıtlamalar, hem sözleşmenin kurulmasına ve içeriğinin belirlenmesine, hem de sona ermesine yönelik kısıtlamalardır. Bu vesileyle işçinin İş Hukukunun himayesinde korunması amaçlanmıştır. Ancak İş Hukukunda yegane amaç işçiyi korumak değil, dengeyi sağlayacak mekanizmaları da üretmek ve hukuk geleneğine yerleştirmektir. Korumanın sağlanması için kullanılan araçlar, nihai olarak tarafların menfaatleri arasında adil ve makul bir denge arayışına hizmet eder. İş sözleşmesinin kurulması ve devamında olduğu gibi sona ermesinde de, menfaatlerin dengelenmesi amacıyla, alanın kendine özgü emredici yapısı gereği birtakım sınırlamalar öngörülmüştür. Fesih hakkının kullanılması, bu sona erme yollarından biri olarak, iş hukukçularını en çok meşgul eden konuların başında yer almaktadır. İş sözleşmesinde işverenin feshi, işçinin işini ve geçim kaynağını kaybetmesine yol açtığından; genel sözleşmeler hukuku prensiplerinden farklı bir biçimde, özel olarak düzenlenmiştir[7].

Kanun koyucunun açıkça düzenleme yapması, bizi şu soruların cevaplarını aramaya yöneltmektedir: Fesih hakkının kullanılmasının yasayla sınırlanmış olması, dürüstlük kuralının etkisini kaybetmesine yol açmakta mıdır? Yürürlükteki düzenleme, fesih hakkının dürüstlük kuralıyla şekillendirilmesine izin vermekte midir? Çalışmamızın bu bölümünde fesih hakkının kullanılmasında dürüstlük kuralı gereği nelerin beklenildiğine ve kötüye kullanımın nasıl ortaya çıkabileceğine dair bir çerçeve çizmek amacındayız. Bu yolda ilerleyebilmek adına öncelikle fesih hakkı ve İş Hukukunda fesih hakkının ayırt edici özellikleri ve fesih hakkının hangi düşüncelerle sınırlandırıldığı incelenecektir. Bu aşamadan sonra olağan fesih hakkının sınırlandırılması için kullanılan sistemler ve derhal fesih hakkının sınırlandırılması bakımından dürüstlük kuralı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

[6] Marie-Gisèle Zoss, **La résiliation abusive du contrat de travail. Etude des articles 336 à 336b,** Lozan, Université de Lausanne Faculte de droit, 1996, s. 17.
[7] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **Ders Kitabı**, s. 231.

I. GENEL OLARAK FESİH HAKKI

A. Fesih Hakkının Ortaya Çıkma Nedeni ve Türleri

Sürekli borç ilişkilerinde[8] alacaklının menfaatinin karşılanması amacıyla, edim konusunun bir süreye yayılarak ifa edilmesi gerekir[9]. Bu ilişkilerin ifa ile sonuçlanması söz konusu değildir, sözleşme varlığını sürdürdüğü müddetçe ifa edilmeye devam edilecektir[10]. Bu nedenle kural olarak ilişkinin içinde kendiliğinden sona ermeye yönelik bir irade yer almamaktadır.

Edim niteliğinin zamana yayılmasıyla ortaya çıkan görünüm, bir sona erme tarihi içermediğinde yahut taraflarca bir sonuç kararlaştırılmadığında, sözleşmeyle daimi olarak bağlı kalınacağı izlenimini verebilir. Ancak bu durum, kişisel özgürlüklerin ihlali sonucu doğurur[11]. Sözleşme taraflarının bu ilişkiyle sonsuza dek bağlı kalmalarını engelleme ihtiyacı nedeniyle kanun koyucu, taraflara bu ilişkiyi sonlandırma yetkisi vermiştir[12]. Bu yetkinin sürekli borç ilişkisinin kendine özgü ihtiyacını karşılaması için, ani edimli borç ilişkilerine dair öngörülen yöntemlerden farklılık arz etmesi gerekir. Bu nedenle alacaklının, ani edimli borç ilişkisinde borçlu temerrüdü halinde sözleşmeden dönme hakkı, sürekli borç ilişkisinde fesih hakkı

---

[8] Sürekli borç ilişkisi kavramı, ilk defa Otto van Gierke tarafından hukuk dünyasına kazandırılmıştır. Yazar, her borç ilişkisinin ifa ile sona ermediğini ileri sürmüş, edimin ifa edilmesi sürecinde zamanın niteliğinin esas alınması gerektiğini ifade etmiştir. Sürekli borç ilişkilerine dair bkz. Murat Tümerdem, **Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları**, Ankara, Seçkin, 2018, s. 28-29.

[9] Alpagut, **Belirli Süreli**, s.6; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1976, s. 7. Burada kastedilen, edimin bir süre geçtikten sonra ifa edilmesi değil, zaman içinde ifa edilmesidir. Sözleşme ile bağlılık süresi yerine edim sonucu olarak kabul edilen alacaklı menfaatinin zamana yayılması gerektiği hakkında bkz. Seliçi, **a.g.e.,** s. 4 vd. İsviçre ve Türk Hukukundaki çeşitli görüşler için bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 9 vd.

[10] Barış Demirsatan, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 228.

[11] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 16; Seliçi, **a.g.e.,** 111. Kişisel özgürlüklerin ihlal edilmesinin önüne geçilmesi bakımından kanun koyucu bazı tip sözleşmelere özgü düzenlemeler getirmiştir, TBK m. 430/3'te yer alan on yıldan uzun süreli iş sözleşmelerinde taraflardan her birinin altı ay önceden bildirmek suretiyle fesih hakkının kullanılabileceği kuralı da bu yönde düzenlenmiştir, bkz. Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 38.

[12] Esener, **İş Hukuku,** s. 220.

olarak görünüm kazanır[13]. Kural olarak sürekli borç ilişkilerini sona erdirmek amacıyla fesih hakkı kullanılır[14]. Fesih, bu ilişkiyi sonlandırmaya yönelen, ileriye dönük sonuç doğuran (*ex nunc)* bir bozucu yenilik doğuran hak olarak tanımlanmaktadır[15].

Sürekli borç ilişkilerinde hangi yolun izleneceğine ilişkin tartışmalar, TBK'nin yürürlüğe girmesiyle son bulmuştur. TBK m. 126'da "*ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir*" düzenlemesiyle, 818 sayılı BK'den farklı olarak[16] borç ilişkisinin ileriye etkili sona ereceği hüküm altına alınmıştır[17]. Aşırı ifa güçlüğü başlıklı TBK m. 138 ile de, sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı hallerde taraflardan birinin sürekli edimli sözleşmelerde fesih hakkını kullanacağı düzenlenmiştir.

---

[13] Sürekli borç ilişkisinde dönme sonucunda tasfiye ilişkisine girilmesi, ifa edilen edimlerin geri verilmesi oldukça zordur, içinden çıkılamaz bir tablo ortaya çıkabilir, bkz. Serozan, **Dönme**, s. 171; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 192.

[14] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 11. Sürekli borç ilişkilerinde fesih dışındaki sona erme biçimlerine dair görüşler hakkında bkz. Serozan, **Dönme,** s. 171, dn. 42 ve oradaki yazarlar. Borçlu temerrüdü ve haklı sebeple fesih arasındaki ilişki için bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 191 vd. Sürekli borç ilişkilerinin feshi ileriye etkili olduğundan, tarafların doğmuş bulunan alacakları ve borçları sona ermez, talep ve ifa edilebilirler, bkz. Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Tıpkı Bs., Ankara, Yetkin, 2014, s. 82. (Dönme)

[15] Saymen, **İş Hukuku**, s. 551; Ekonomi, **İş Hukuku,** s. 167; Serozan, **Dönme**, s. 121; Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı,** s. 15; Buz, **Dönme**, s. 81; Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 10; Remy Wyler / Boris Heinzer, **Droit du travail**, Bern, Stämpfli, 2014, s. 501; Marie-Noëlle Venturi-Zen-Ruffinen, **La résiliation pour justes motifs des contrats de durée**, Friburg, 2007, Knr. 182, s. 66; Süzek, **İş Hukuku**, s. 543; Emine Tuncay Senyen Kaplan; "İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:15, 2016, s. 313-354, s. 315.(Sınırlandırılma); Seracettin Göktaş, **Türk İş Hukukunda Haksız Fesih**, Ankara, Seçkin, 2020, s. 31.

[16] 818 sayılı BK'da feshin ileriye mi yoksa geriye mi etkili olacağı konusunda hüküm bulunmamaktaydı. Yargıtay, 1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile feshin etkisine yönelik kanun boşluğunu doldururken, MK m. 2/2'ye dayanmıştır. Ani edimli ilişkiler göz önünde tutularak düzenlenen hükümlerin sürekli borç ilişkilerine uygulanmasıyla adalete aykırı sonuçlar doğacağı gerekçesiyle feshin ileriye etkili sonuç doğuracağı sonucuna varılmıştır, bkz. YİBGK, T. 25.01.1984, 1983/3 E., 1984/1 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr). 6098 sayılı TBK m. 126 ile söz konusu boşluk doldurulmuş bulunmaktadır.

[17] Kılıçoğlu, **Borçlar Genel,** s. 933.

İş Hukuku sisteminde fesih hakkı, olağan fesih veya derhal fesih olarak iki farklı şekilde kullanılabilir[18]. Bozucu yenilik doğuran hak olarak ortak özelliklere sahip bulunmalarına rağmen derhal fesih ile olağan fesih, birbirlerinden iki farklı hukuki müessesedir. Dayandıkları temeller ve karşıladıkları ihtiyaçlar birbirlerinden farklılık gösterir. İki kavramın da ayrıntıları aşağıda açıklanacaktır.

1. Olağan Fesih Hakkı

Olağan fesih, sebebe bağlı olmayan, sürekli borç ilişkisinden kurtulma olanağı sağlayan[19] bir haktır. Olağan fesih hakkının doktrinde "süreli fesih", "bildirimli fesih", "feshi ihbar"[20] gibi diğer isimlerle de anılmasının temelinde, fesih beyanının hüküm doğurması için bir bildirim süresi gerekmesi yatar. Bu hakkın kullanılması sonucunda sözleşmenin sonlanması, bildirim anında gerçekleşmez. Olağan feshin düzenlendiği tüm sözleşme türlerinde, fesih beyanı ile feshin hüküm doğurma anı arasında bir zaman dilimi bulunur, bu süreye "bildirim süresi" veya "ihbar müddeti" adı verilir[21].

Bildirimin karşı tarafın hukuk alanına ulaşması sonucunda, bildirim süresi de işlemeye başlayacaktır. Beyanın ulaşma ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu kabul edilir; fesih hakkını kullanan tarafın kendi başına bu bildirimden dönebilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir[22]. Doktrinde, yer ve zaman açısından uygun olmayan fesih bildiriminin MK m. 2 uyarınca muhatapça reddedilebileceği savunulmuştur; örneğin gecenin ilerleyen saatlerinde uyandırılarak veya eğlence

[18] Her ikisinin de ortak özelliği bir sözleşmeyi bir tarafın irade beyanı ile sona erdirmesidir, bu yönüyle iş sözleşmesinin sona ermesine sebep olan diğer hallerden ayrılmaktadır, bkz. M. Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet 'İş' Akdinin Feshi**, İstanbul, 1955, s. 33 (İş Akdi).

[19] Genel hükümler bakımından fesih, sözleşmeye aykırılıktan doğmaktadır ancak olağan fesih hakkının temelinde böyle bir düşünce olmayıp bu hakkın kullanılması için borçlunun temerrüdü aranmaz, bkz. Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 17.

[20] Feshi ihbar ifadesi doktrinde eleştirilmiştir, bkz. Serozan, **Dönme,** s. 123.

[21] Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 180; Akyiğit, **Ders Kitabı**, s. 232.

[22] Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.**, s. 484; Süzek**, İş Hukuku**, s. 543; Ömer Ekmekçi / Esra Yiğit, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 3. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 556; Göktaş, **a.g.e.,** s. 33; Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 316. Bildirimin karşı tarafça öğrenilmesi anında mı yoksa varması anında mı hüküm doğuracağına yönelik İsviçre-Türk Hukukundaki tartışmalar hakkında bkz. Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı,** s. 15-16.

yerinden çağırılmanın üzerine yapılan fesih bildirimi geri çevrilebilir ve bu görüş uyarınca yapılan bildirim geçersiz sayılmalıdır[23].

Sürekli borç ilişkisinde olağan fesih yoluyla kural olarak kişilik hakkı korunmuş ve taraflardan birinin sözleşmeyle bağlı olma zorunluluğu ortadan kaldırılmış olur[24]. Öte yandan muhatap, fesih hakkının ileri sürülmesiyle, ilişkinin bir anda sona ermesinin doğuracağı olumsuzluklarla karşılaşır[25]. Dürüstlük kuralı gereğince muhatabın haklı menfaatleri korunmalıdır[26]. Menfaatin korunması için öngörülen yöntem, bildirim süresinde sözleşmenin ayakta kalmaya devam etmesi[27] ve feshe muhatap olan tarafın, olumsuz sonuçlarla ani olarak karşılaşmasının engellenmesidir[28]. Bildirim süreleri ve bu süre içinde tarafların iş ilişkisinin sona ermesine yönelik yapacakları hazırlıklar, muhatabında feshin yaratacağı olumsuz sonuçları giderme amacıyla düzenlenmiştir. İş sözleşmeleri bakımından, fesih bildirim süresinin önemi iki yönlüdür, işçinin feshinde işveren, işletmesinin gerektirdiği nitelikleri haiz yeni işçiyi bulmak için arayışa girecektir. İşçi ise geçim kaynağını sağladığı yeni bir iş bulmak zorunda kalacaktır.

TBK'de olağan fesih hakkı sürekli borç ilişkisi doğuran tip sözleşmelerin her biri için ayrı ayrı düzenlenmiştir, çünkü her bir sözleşmede tarafların farklılaşan ihtiyaçları gözetilmelidir[29]. İş sözleşmeleri bakımından da TBK m. 431 ve 432 hükümleri olağan fesih hakkına yer vermektedir. TBK'nin yanı sıra, İşK'de ve iş ilişkilerini düzenleyen diğer kanunlarda da olağan fesih hakkına yer verilmiş, bildirim

[23] Oğuzman, **İş Akdi**, s. 169; Saymen, **İş Hukuku**, s. 556; Nuri Çelik, **İş Hukuku**, 7. Bs., İstanbul, 1985, s. 158, dn. 22'deki yazarlar (İş Hukuku); Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 21.
[24] Nuri Çelik, "İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'a Armağan**, Ankara, 1997, s. 219-230, s. 219 (Fesih Hakkı); Göktaş, **a.g.e.,** s. 41. Belirsiz süreli sürekli borç ilişkileri bakımından olağan fesih kurumunun kabul edilmediği bir ihtimalde, TMK m. 23/2 hükmünün aynı fonksiyonu göreceği görüşünde, bkz. Demirsatan, **a.g.e.,** s. 236-237.
[25] Demirsatan, **a.g.e.,** s. 231.
[26] Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri**, İstanbul, Beta, 2014, s. 350-351 (İş Hukuku); Göktaş, **a.g.e.,** s. 35;
[27] Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 316, Demirsatan, **a.g.e.,** s. 233. Geçmişte Fransız mahkemeleri fesih bildiriminin, sözleşmeyi belirsiz süreliden belirli süreliye dönüştürdüğü yönünde kararlar vermekteydi, ancak daha sonra bu görüş değiştirilerek bildirimin yalnızca sözleşmenin sona ereceği zamanı tespit etme niteliği taşıdığı kabul edilmiştir, bkz. Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 50-51.
[28] Seliçi, **a.g.e.,** s. 112; Mustafa Kılıçoğlu / Kemal Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, İstanbul, Legal, 2007, s. 18 (İş Güvencesi); Göktaş, **a.g.e.,** s. 42; Demirsatan, **a.g.e.,** s. 231.
[29] Seliçi, **a.g.e.,** s. 150 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 14.

süreleri düzenlenmiş[30], işçinin kıdemi esas alınarak, kıdeme göre artan süreler öngörülmüştür[31]. Bildirim sürelerinin tarafların irade uyuşması yoluyla azaltılması mümkün olmayıp, bu hükümlerin nisbi emredici niteliği gereğince ancak uzatılabileceği kabul edilmiştir[32]. Yine toplu iş sözleşmeleriyle de hem işverenin fesih hakkını kullanmasına sınır getirilebilmekte, hem de bildirim süreleri artırılabilmektedir[33]. Doktrinde Engin, çalışma süresiyle paralel olarak artan bildirim sürelerinin, dürüstlük kuralının görünümü olduğunu belirtmektedir[34]. Böylece, feshin kişilik hakkını koruyan mekanizması reddedilmemekte, ancak iş ilişkileri bakımından feshin muhatabının özellikle de işçinin menfaatleri gözetilerek birtakım sınırlamaların öngörüldüğü bir sistem oluşturulmaktadır[35].

Olağan fesih hakkı, belirsiz süreli sözleşmelerin sona ermesine ilişkin eksikliği tamamlayıcı nitelik taşıdığından[36], kural olarak belirli süreli sözleşmelerde uygulama alanı bulmayacaktır[37]. Yargıtay, 2007 tarihli bir kararında 9 yıldır birer yıllık belirli

---

[30] İş ilişkilerini düzenleyen farklı kanunlardaki hükümlerin aynı esasta olduğu hakkında bkz. Çelik, **Fesih Hakkı**, s. 219.
[31] Göktaş, **a.g.e.,** s. 43.
[32] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 15.
[33] Çelik, **Fesih Hakkı,** s. 220-221.
[34] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 14-15.
[35] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 15; Fatma Burcu Savaş, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi**, İstanbul, Beta, 2012, s. 29.
[36] Saibe Oktay, "Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni", **İÜHFM**, C: 55, S:3, 1997, s. 209-234, s. 216; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 81; Seliçi, **a.g.e.,** s. 138; Christiane Brunner / Jean-Michel Bühler / Jean-Bernard Waeber / Christian Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 3e edition, 2004, s. 224.
[37] Saymen, **İş Hukuku**, s. 552; Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 14; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 894; Tankut Centel, **İş Güvencesi**, 2. Bs., İstanbul, Legal, 2020, s. 68 (İş Güvencesi); Kanundaki "*aksi kararlaştırılmadıkça*" ifadesi nedeniyle sürenin bitiminden önce bildirimde bulunulması koşuluna bağlanabileceği görüşünde, bkz. Ali Güzel, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010,** Ankara, Kamu-İş, 2012, s. 131-284, s. 145 (Değerlendirme 2010). Doktrinde belirli süreli iş sözleşmesinde fesih hakkının saklı tutulması halinde bunun azami süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur, bkz. Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi)", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. Yıl Toplantısı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 19-52, s. 41-42 (Sözleşmesel Kayıtlar); Polat Soyer, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008**, Ankara, Türk-İş, 2010, s. 11-85, s. 23 (Değerlendirme 2008); Süzek, **İş Hukuku**, s. 265. Doktrinde bir görüşe göre taraflar bağıtladıkları belirli süreli iş sözleşmesini bildirim süresine tabi kılabilirler, bkz. Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 34, Tunçomağ, **İş Hukuku**, s. 341. Buna karşılık tarafların, sözleşmenin sona ermesini bildirim şartına bağlamaları ile süreli fesih imkanına yer verilmesi birbirinden farklı mahiyette düzenlemelerdir, bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli,** s. 318.

süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan ve sözleşmede yer alan üç ay önceden bildirim halinde sözleşmenin feshedilebileceği kaydını, bir ihbar süresi olarak nitelendirmemiştir[38]. Bildirimli fesih hakkı belirli süreli iş sözleşmelerinde istisnai olarak uygulama alanı bulabilir[39]. TBK m. 430 uyarınca "*Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder."* Bu hüküm mehaz İsviçre BK m. 334'ten alınmıştır[40]. On yıldan uzun süreli olan hizmet ilişkisinin kişilik haklarını zedeleyebileceği[41] ve bu nedenle TBK m. 27'ye aykırılık oluşturabileceği[42] düşüncesiyle işbu düzenleme getirilmiştir. Hükümle kanun koyucunun amaçladığı, işçi açısından uzun süre sözleşmeyle bağlı kalma; işveren açısından da daimi olarak bu işçiyi çalıştırma yükümlülüğünden kurtarmaktır[43]. Bu nedenle emredici nitelik taşıdığı ve tarafların anlaşmayla bu hükmü bertaraf edemeyecekleri ileri sürülmüştür[44]. Doktrinde belirtildiği üzere söz konusu düzenleme TBK'de yer almakla birlikte İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde de uygulama alanı bulacaktır[45]. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk Hukukunda uygulama alanı olmaması ve altı aylık ihbar süresi gibi sistemimize yabancı unsurlar barındırması gibi sebeplerden ötürü, doktrinde bu düzenleme eleştirilmiştir[46].

---

[38] Y9HD, T. 30.05.2007, 2006/28188 E., 2007/17364 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Ünal Narmanlıoğlu, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007**, İstanbul, Beta, 2009, s. 107-166, s. 107 (Değerlendirme 2007).

[39] Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 173, Manav, **a.g.e,** s. 31, Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 316

[40] 1989 yılında yürürlüğe bu hüküm düzenlenmeden önce, bir tarafın hayatı boyunca süreceği kararlaştırılan veya on yıldan uzun süreli iş sözleşmelerinde bildirimli fesih hakkı yalnızca işçiye tanıyan bir düzenleme mevcuttu. Ancak 1912'den beri yürürlükte olan bu düzenleme, değişen şartlara ayak uydurmak amacıyla, profesyonel hayattaki girişim özgürlüğü esas alınarak, işverenin de bu hakka sahip olması gerekliliği düşüncesiyle değiştirilmiştir, bkz. İsviçre Federal Konsey'in Borçlar Kanunu'nun RO 1988 1472 sayılı değişiklik gerekçesi, s. 618.
https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10104045 (Çevrimiçi, Erişim tarihi: 29.03.2020)

[41] Brunner / Bühler / Waeber / Bruchez, **a.g.e,** s. 223, Knr.8, Savaş, **a.g.e,** s. 31.

[42] Uzun süreli sözleşmelerin hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamına alınarak yargıç tarafından sözleşmeye müdahale mi edileceği, yoksa kişilik hakkına aykırılık nedeniyle sonsuz sürenin kesin hükümsüzlük olarak mı değerlendirileceği (818 sayılı BK m. 19) veya geçersizliğin yalnızca kişilik hakkı zedelenen tarafça mı ileri sürülebileceği hakkındaki tartışmalar konusunda bkz. Oktay, **a.g.m,** s. 224 vd. İş sözleşmeleri bakımından yasa koyucu, TBK m. 430 ile hükümsüzlük yerine fesih hakkı tesisi yolunu tercih etmiştir.

[43] Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 40.

[44] Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 174.

[45] Alpagut, **Hizmet Sözleşmesi**, s. 931.

[46] Alpagut, **Hizmet Sözleşmesi,** s. 930-931; Savaş, **a.g.e**, s. 32; Erdem Özdemir, "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri ve 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş

2. Derhal Fesih Hakkı

Sürekli borç doğuran sözleşmelerde tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi derhal sona erdirebilme yetkisi, derhal fesih hakkı olarak açıklanmaktadır[47]. Ani edimli sözleşmelerde dönme hakkı kullanılırken[48], sürekli borç ilişkilerinde dönme[49] yerine derhal fesih hakkı geçmektedir[50]. Derhal feshin de olağan fesih gibi ileriye etkili sonuç doğurduğu ve bir yenilik doğuran hak niteliği taşıdığı kabul edilmektedir[51]. Derhal fesih hakkı hem belirsiz süreli, hem de belirli süreli sözleşmelerde kullanılabilir[52].

Olağan fesihten farklı olarak derhal fesihte, iş sözleşmesinin sona erme anı ile feshe yönelik irade beyanının ileri sürülme anı aynıdır. Bu hakkı ifade ederken "olağanüstü fesih" veya "bildirimsiz fesih" gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Anlaşılmaktadır ki bu hak, kanun koyucu tarafından olağan fesih yolundan farklı bir nedenle tanınmıştır. Muhatabın hazırlık yapması için bir süre verilmemekte[53], karşı tarafın kısa veya uzun olması fark etmeksizin bir süredir bağlı olduğu hukuki ilişki

İlişkilerine Etkisi", **Çalışma Mevzuatı Seminer Notları (26-30 Eylül 2012, Antalya),** İstanbul, 2012, s. 128 (Borçlar Kanunu).

[47] Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 93-94.

[48] Eren, **a.g.e.,** Knr. 3502, s. 1256; Savaş, **a.g.e.**, s. 10.

[49] Sürekli borç ilişkilerinin ifasına henüz başlanılmadığı hallerde dönmenin kullanılabileceği yönünde bkz. Seliçi, **a.g.e.,** s. 224; Demirsatan, **a.g.e.,** s. 229; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 199.

[50] Eren, **a.g.e.,** Knr. 3528, s. 1264; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel,** s. 933; Seliçi, **a.g.e.,** s. 157. İfa sürecine girilmiş sürekli borç ilişkilerinde ilişkinin çözülebilmesi için dönmenin kullanılmasıyla edimlerin iadesi tam olarak gerçekleştirilemeyecektir. Özellikle iş sözleşmelerinde iş görme, sadakat, gözetme borçları, işverenin yönetim hakkı, sosyal güvenlik ödemeleri gibi tüm asli ve yan edimlerin iadesi kural olarak mümkün değildir, ayrıca bkz. Savaş, **a.g.e.,** s. 14. Bir diğer görüşe göre ise dönmenin yerini fesih alacaktır, çünkü tarafların geçmişte ifa edilen edimlerin iadesine ve ilişkinin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesine yönelik menfaati kalmamıştır, bkz. Buz, **Dönme,** s. 320 vd.

[51] İş hukukunda derhal feshin ileriye etkisi hakkında, bkz. Max Grassli, **Die ausserordentliche Kündigung des Diensvertrags (Rücktritt aus wichtigen Gründen) nach schweizerischem Recht**, Dissertation, Bern, 1929, s.18-19 (naklen: Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s.38); CS-Gloor, **Art. 337,** Knr. 6, s. 735; Oğuzman, **İş Akdi,** s. 41; Göktaş, **a.g.e.,** s. 78.

[52] Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 175; Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 63. Doktrinde Altınok Ormancı, Türk Hukukunda derhal fesih hakkının tüm sürekli borç ilişkileri için genel bir hükümle düzenlenmediğini, bu nedenle düzenleme içermeyen bazı uyuşmazlıklar bakımından tip sözleşmelere ilişkin düzenlemelerin dayanak olarak kullanıldığını ifade etmiştir, bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 110-111.

[53] Oğuzman, **İş Akdi**, s. 37. Fesih sebebinin muhataba bağlı olmadığı hallerde dürüstlük kuralı gereğince söz konusu menfaat dengesinin gözetilmesi gerekeceği ve bir süre tanınabileceği yönünde bkz. Seliçi, **a.g.e.,** s. 157, dn. 165 ve orada belirtilen yazarlar.

hakkın kullanılmasıyla derhal sonlanmaktadır. Burada kural olarak feshin muhatabının korunması, menfaatlerinin göz önünde tutulması gibi bir amaç güdülmemektedir[54]. Menfaati göz önünde tutulan yegâne kişi, derhal fesih yolunu kullanan taraftır[55].

Derhal fesih, olağan fesih gibi sözleşmenin kurulmasıyla doğmayan, sebebe bağlı bir haktır[56] ve bu hakkın kullanılması bir haklı sebebin varlığına dayandırılır[57]. Hak sahibi, haklı sebep nedeniyle o hukuki ilişkiyi derhal sonlandırmak isteyecektir. Dürüstlük kuralı gereğince, derhal fesih hakkını kullanacak taraftan iş ilişkisini sürdürmesi beklenememelidir[58]. Demek ki, tarafın bağlı olduğu hukuki ilişkiden beklentisinin ortadan kalktığı bir halden bahsedilecektir. Bu nedenle, derhal fesih hakkının kökeninin dürüstlük kuralı olduğu kabul edilmektedir[59]. Sözleşme ilişkisi kendisi için çekilmez hale gelmiş kişiyi ilişkiye devam etmeye zorlayarak ondan borcunu ifayı talep etmek bir görüşe göre hakkın kötüye kullanılması oluşturacaktır[60].

Doktrinde, derhal fesihten feragatin geçerli olmadığı[61], bu hakkın sözleşmeyle bertaraf edilmesi yahut kullanılmasının engellenmesinin kesin hükümsüzlük sonucuyla karşılaşacağı, çünkü bu hakkın emredici nitelikte olduğu ifade edilmiştir[62].

---

[54] Seliçi**, a.g.e.,** s. 157; Serozan, **Dönme,** s. 117.
[55] Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 1245, s. 331.
[56] Seliçi, **a.g.e.,** s. 156; Demirsatan, **a.g.e.,** s. 251.
[57] Oğuzman, **İş Akdi**, s. 36; Serozan, **Dönme**, s. 122; Buz, **Dönme**, s. 81; Demirsatan, **a.g.e.,** s. 229, 251, 254.
[58] Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 1, 2006, s. 71-84, s. 72. (Haklı-Geçerli Neden); Atike Eda Manav, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Ankara, Turhan, 2009, s. 30 (Geçersiz Fesih); Çelik, **Fesih Hakkı**, s. 220, Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 12; Aktay /Arıcı / Senyen Kaplan, **a.g.e,** s. 193 vd.; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 795; Süzek, **İş Hukuku**, s. 691. İhbar süresi içinde ortaya çıkan sebepler nedeniyle de derhal fesih hakkı kullanılabilir, bkz. Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 53.
[59] Erdem Özdemir, "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Seminer),** İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 53-80, s.57 (Dürüstlük Kuralı); Hazal Tolu, **İş Sözleşmesinin Haksız Feshi,** İstanbul, 2017, s. 27; Demirsatan, **a.g.e.,** s. 259 vd. Alman hukukunda BGB § 626 ile düzenlenen derhal feshin temeli, § 242'de yer alan doğruluk ve güven kuralına (dürüstlük kuralına) dayandırılmaktadır, bkz. **MüKoBGB/Henssler**, § 626, Knr.1, 8. Auflage, 2020; Dönme hakkının da temeli dürüstlük kuralıdır, bkz. Serozan, **Dönme,** s. 245.
[60] Bu durumda '*clausula rebus sic stantibus'* un gündeme geleceği yönünde bkz. Oğuzman, **İş Akdi**, s. 36, dn.5 ve orada belirtilen yazarlar; Saymen, **Medeni Hukuk,** s. 287.
[61] Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 665, dn. 2217'deki yazarlar.
[62] Muhittin Astarlı, "İşverenin Fesih Hakkının Sınırlandırılması", **Emeğin Hukuku Kurultayı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 27-28 Mayıs 2015, s. 311-350, s. 314 (Sınırlandırma); Demirsatan, **a.g.e.,** s. 252, dn. 102 ve orada belirtilen yazarlar. Taraflar bazı hallerin haklı sebep niteliği taşıdığı konusunda düzenleme yapabilirler, bkz. Oğuzman, **İş Akdi,** s. 38-39; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 94, 117.

İş sözleşmesinde derhal fesih, Borçlar Hukuku kurallarından tamamen ayrılmamıştır. Ancak iş hukukunda bu hak, borca aykırılıktan[63], kötü veya eksik ifadan yahut yan borçların ifa edilmemesinden doğabileceği gibi, dış etkenler veya iş sözleşmesinin temeline oturduğu güven ilişkisinin çökmesi ile de doğabilir[64]. Bu bakımdan iş sözleşmesindeki derhal feshin yalnızca ifa engellerine dayanmayan, yan edim yükümlülüklerine aykırılık halinde de uygulama alanı bulan ve kendine özgü nitelikler taşıyan özel bir düzenleme olduğunu ifade etmekte yarar vardır[65].

Son olarak kusurun derhal fesih hakkı üzerindeki etkisinden bahsetmek gerekirse, doktrinde bu konuda farklı görüşlerin olduğu söylenmelidir. Bir görüş, karşı taraf daha ağır kusurlu olmadıkça kusuru bulunan tarafın fesih hakkını kullanamayacağını savunurken, diğer görüş, kusurun fesih hakkını ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir[66]. Ancak dürüstlük kuralı gereğince haklı sebebin meydana gelmesine kasten sebep olan taraf, haklı nedenle feshi ileri süremeyecektir[67].

B. Fesih Beyanının Özellikleri

1. Yenilik Doğurucu Niteliği

Bazı hakların kullanılması yoluyla, mevcut durum değiştirilebilir, bozulabilir yahut yeni bir durum ortaya koyulabilir. Bu işlevleri gösteren haklara yenilik doğuran hak[68] (*Gestaltungsrechte, droit formateur) a*dı verilir. Kavram, doktrinde Seckel tarafından "*hukuki ilişkiyi biçimlendiren ve bunu taraflardan birinin hukuki işlemi ile*

[63] Oğuzman, **İş Akdi,** s. 49.
[64] Alpagut, **Haklı-Geçerli Neden**, s. 75; Seliçi, **a.g.e.,** s. 35; Savaş, **a.g.e.,** s. 42; Süzek, **İş Hukuku**, s. 691; Söz konusu güven ilişkisi, sözleşme kurulmadan önce yaşanmış ancak bilinmeyen bir olay nedeniyle de çökebilir, krş. Oğuzman, **İş Akdi,** s. 46.
[65] Savaş, **a.g.e.,** s. 42-43.
[66] Oğuzman, **İş Akdi**, s. 47 ve orada belirtilen atıflar.
[67] 818 sayılı BK m. 154'e kıyasen, Oğuzman, **İş Akdi**, s. 47; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 159.
[68] Oğuzman, **Medeni Hukuk,** s. 109. Yenilik doğuran haklar yerine "*inşai haklar*" ifadesi de kullanılmaktadır ancak bu ifade eleştirilmiştir, zira bu haklar yalnızca bir işlemi kurucu görev görmemekte, içlerinden bazıları ilişkiyi değiştiren ya da fesih hakkı örneğinde olduğu gibi bozan etki de yaratabilmektedir, bkz. Ataay, **a.g.e.,** s.399; Ferit Saymen, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 551. (İş Hukuku)

sağlayan hak" olarak tanımlanmıştır[69]. Birçok yazar da bu tanımı genişletmiş, içeriğini benzer şekilde dolduracak yeni ifadeler eklemiştir[70]. Doktrinde Buz, yenilik doğuran hakların nitelikleri nedeniyle, kapsamı dar veya geniş tutan tanımların hepsinin doğruluk payı içerdiğini ifade etmektedir[71].

Yenilik doğuran hak, yöneltilen bir irade beyanı yolu ile kullanılır, beyanın karşı tarafa ulaşması ile mevcut hukuki durumda bir değişiklik meydana gelir[72]. İstenilen sonuca muhatabın katılımı olmaksızın, yalnızca hakkın kullanımıyla ulaşılabilir[73]. Yenilik doğuran hak sahibi, tek başına bir irade açıklamasıyla hukuki durumu karşı tarafın yararını gözetmeksizin dilediği şekilde değiştirebilmektedir[74]. Serozan, bu hakları açıklarken, kullanımda muhatabın iradesine ihtiyaç duyulmadığını, hak sahibinin[75] iradesiyle hakkın kullanıldığını, bu nedenle sözleşme tarafları arasındaki ilişkinin yatay olmaktan çıkıp dikey bir ilişkiye döndüğünü, bir nevi ast-üst ilişkisinin söz konusu olduğunu belirtmiştir[76].

Elbette her hak gibi yenilik doğuran haklar da dürüstlük kuralı kapsamında kullanılmalıdır. Dürüstlük kuralı, yenilik doğuran hakkın nasıl kullanılacağını somutlaştırmaya yardımcı olur ve yol göstericidir, öncelikle bir hakkın kapsamını

---

[69] Emil Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, FG der juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzendes Richard Koch, Berlin 1903, Sonderausgabe Darmstadt 1954, s. 12. (Naklen: Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s.55).

[70] Buz, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 55, dn. 2'deki atıflar.

[71] Buz, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 57.

[72] Oğuzman, **İş Akdi,** s. 42; Ataay, **a.g.e.,** s. 399; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 49. Fesih hakkı, yenilik doğuran dava hakkı değil, yenilik doğuran hak olduğundan irade beyanı yoluyla kullanılır, bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 187.

[73] Buz, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 60; Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 23.

[74] Kanundan doğan yenilik doğuran haklar bakımından bu gücün sözleşme ilkesinin istisnası olduğu yönünde, Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 65; Alp, **Ölçülülük,** s. 1525. Doktrinde Eren, karşı tarafın zararına sonuç doğuran, onun hukuk alanını etkileyen haklara "müdahale hakları" denildiğini ifade etmektedir, bkz. Eren, **a,g,e,** s. 64.

[75] Hakkı kullanan kişinin mutlaka hak sahibi olmasının zorunlu bulunmadığı, yetkisiz kişinin kullandığı hakkın icazet verilerek geçerli kılınabileceği yönünde, bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 203. Uygulamada sıkça karşılaşılan bir hal olarak, yetkisiz işveren vekillerinin temsilen kullandığı haklar askıda geçersiz olacaktır, örneğin, işten çıkarma yetkisi olmadığı halde işvereni temsilen fesih hakkını kullanan işveren vekilinin bu fiili ancak işverenin icazetiyle geçerlilik kazanacak, aksi halde fesih hakkı kullanılmış sayılmayacaktır, bkz. Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 288; İsviçre Federal Mahkemesine göre ise yetkisiz kimsenin işlemi, her durumda icazet verilerek düzeltilemeyecektir, bkz. TF, 4C.151/2003, T. 26.08.2003 (Naklen: Caruzzo, **a.g.e.,** s. 474).

[76] Serozan, **Dönme,** s. 45-46; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 69.

tespit etmek için kaynağını yorumlamayı, ardından hangi hallerde kötüye kullanımın ortaya çıkabileceğini anlamayı sağlayacaktır[77].

Yenilik doğuran hak, kural olarak kullanılmakla tükenir. Çünkü bu hak, karşı tarafın hukuk alanında[78] bir değişiklik yaratır ve bu nedenle kullanılmakla tükendiği kabul edilir[79]. Yenilik doğuran hak, bir amacın gerçekleştirilmesine yöneltilir. Henüz yerine getirilmemiş bir amacın gerçekleştirilebilmesi, bir hukuki durumdan öbürüne geçilmesi yenilik doğuran hakkın kullanılması ile mümkün olur. Sonuca ulaşıldıysa veya ulaşılma imkânı ortadan kalktıysa, hak varlık sebebini kaybeder[80]. Yenilik doğuran hak, hukuki işlemin kendisiyle bağdaşmıyorsa, bir hukuki işlem yardımıyla yenilik doğuran hak oluşturulamaz. Doktrinde, iş sözleşmesi bakımından dönme hakkının sözleşmeyle kararlaştırılamayacağı savunulmaktadır[81].

Doktrinde bir görüş tarafından fesih hakkının iş sözleşmesine bağlı fer'i bir hak niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür[82]. Buna karşılık, bir diğer görüşe göre yenilik doğuran hak, konusunu oluşturan hukuki işlem ya da hukuki ilişkiye bağlıdır, bu bakımdan tali niteliktedir ancak hukuki ilişki ile hak arasında fer'ilikten bahsedilemez[83].

Fesih hakkının yenilik doğurucu niteliği kabul edilmekle beraber, bu haklar içinde hangi kategoride değerlendirileceği tartışma konusu olmuştur. Doktrinde Vionnet, fesih hakkının somutlaştırıcı nitelikte bir yenilik doğuran hak olduğunu ileri sürmektedir. Yazar belirsiz süreli sözleşmelerde, süreyi belirleyici özelliğe sahip olmasıyla feshin somutlaştırma niteliği taşıdığını ifade etmiştir[84]. Ancak Baycık, bu görüşü eleştirerek, işverenin fesih hakkıyla değil, yönetim hakkıyla iş sözleşmesini

[77] Guillaume Vionnet, **L'exercice des droit formateurs**, Cenevre, Schultess, 2008, s. 255-256.
[78] Yenilik doğuran hakların mutlaka bir muhatabın hukuki durumunda farklılık yaratması gerekip gerekmediği hakkındaki tartışmalar için bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 71-73.
[79] Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 112; Buz, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 256, dn. 138 ve orada belirtilen yazarlar. Tek taraflı hukuki işlemle kullanılan bu haklar, muhataba varılmasından sonra artık geri alınamazlar, bu konudaki ayrıntılar için bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 257-258, Fesih hakkına yönelik istisnalara dair İsviçre hukukundaki görüşler için bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 182-183.
[80] Vionnet, **a.g.e.**, s. 83.
[81] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 14; Baycık**, Yenilik Doğuran Hak,** s. 72.
[82] Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 22.
[83] Buz, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 82.
[84] Vionnet, **a.g.e.,** s. 62.

somutlaştırdığını savunmaktadır[85]. Doktrinde olağan fesih[86] ve derhal fesih haklarının tek taraflı irade beyanı ile sürekli borç ilişkisini sonlandıran bozucu yenilik doğuran hak olduğu kabul edilmektedir[87].

Yenilik doğuran hakların ihlali söz konusu olmaz, muhatabın davranışı ile hakkın ihlal edilmesi mümkün değildir. Kural olarak olağan fesih hakkı da bu kapsamdadır. Bu hakların en önemli özelliği, dava edilmeye gerek olmaksızın doğrudan icra edilebilen haklar olmalarıdır[88].

2. Sebebe Bağlı Olup Olmaması

Sebebe bağlı bir yenilik doğuran hakkın kullanılması için, yenilik doğurucu sebebin gerçekleşmesi gerekmektedir[89]. Kural olarak işçi ve işverene tanınan derhal fesih hakkı, sebebe bağlı yenilik doğuran haktır[90]. Bu durumda hakkın kullanılabilmesi için dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmeyi sürdürmesi beklenmeyen bir sebebin ortaya çıkması[91] yahut kanun koyucunun önceden belirlemiş olduğu durumlardan birinin meydana gelmesi gerekmektedir. Derhal feshin temelinde her ne kadar muhatap yerine hak sahibinin korunması fikri yatsa da, bazı durumlar muhatabın korunmasını gerektirebilir. Doktrinde bu hakkın hangi sebebe dayanarak kullanıldığının bildirilmesi gerektiği ifade edilmiş, bu yükümlülük de dürüstlük kuralına dayandırılmıştır, nitekim muhatabın derhal fesihle değişen hukuki duruma yönelik dava açıp açmama kararını alabilmesi için bu sebebi bilmekte menfaati vardır[92].

---

[85] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 79.
[86] Doktrinde Saymen, olağan feshin değiştirici yenilik doğuran hak olduğu görüşündedir, bkz. Saymen, **İş Hukuku**, s.553.
[87] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 22; Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 34; Seliçi, **a.g.e.,** s. 133; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 193; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 29; Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 21; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 92.
[88] Buz, **Yenilik Doğuran Hak,** 67-68.
[89] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 340.
[90] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 374-375. Haksız feshin iş güvencesi sisteminde nasıl dönüştürüldüğü hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II-A-1-b.
[91] Yenilik doğurucu sebebin dürüstlük kuralından kaynaklandığı durumlarda, muhataptan bağımsız olarak hak sahibinin durumu değerlendirilerek, hakkın varlık koşullarını sağlayıp sağlamadığı ölçülecek, ardından bu hakkın kullanımı esnasında muhatabın durumu hakkın kullanımına bir sınır oluşturacak, tarafların arasında bu hakkın kullanımı nedeniyle bir çekişme yaşanırsa da karşılıklı haklı menfaatleri değerlendirilerek bir sonuca ulaşılacaktır, bkz. Vionnet, **a.g.e.,** s. 254-255.
[92] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 350-351; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 223; Göktaş, **a.g.e.,** s. 81.

Bununla birlikte söz konusu açıklamanın nasıl yapılacağına ilişkin tartışmalar sonucunda, bildirimin ancak muhatabın bunu talep etmesi halinde hak sahibi için bir yükümlülük teşkil edebileceğini, aksi halde hak sahibinin kullanımına aşırı bir sınırlama getirileceğini savunan görüş ağırlık kazanmıştır[93].

TBK m. 438 ve 439 ile, hem işçi hem de işveren açısından haksız feshin yaptırımının, fesih işleminin ayakta tutulması ve zararın giderimi yönünde olacağı öngörülmüştür. Haksız feshin, haklı bir feshe benzer şekilde sonuçlarını doğuracağının kabul edilmesi, doktrinde bu hakkın sebebe bağlı olup olmadığının tartışılmasına neden olmuştur. Bu durumda teknik anlamda tahvil ile tazminattan farkı olmayan bir sistem kurulmuş ve pozitif düzenlemeye kavuşturulmuş gibi görünmektedir. Bunun haricinde hakkın kendisi, sebebe bağlı olma niteliğini yitirmiş değildir[94].

Kural olarak olağan fesih hakkının doğumu için bir sebep aranmaz[95]. Ancak iş güvencesinin uygulama alanı bulduğu iş sözleşmelerinde, işveren için olağan fesih hakkı sebebe bağlıdır[96]. Yalnızca, derhal fesihten farklı olarak burada sebebin mevcut olmaması feshin haksız değil, geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Söz konusu geçersizlik ise kendine özgü bir özellik taşır. İş güvencesi sistemi yürürlüğe girdiğinden bu yana bu geçersizliğin niteliği, doktrini oldukça meşgul etmiştir, bunlara ilişkin açıklamalara aşağıda üçüncü bölümde yer verildiğinden, burada kısaca konunun tartışmalı olduğuna değinmeyi yeterli görmekteyiz.

Kural olarak iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından olağan fesih, sebebe bağlı olmayan haktır. Kişinin hakkını kullanırken birden fazla gerekçesi olabilir hatta kişinin sübjektif olarak o hakkı kullanma amacı tespit edilebilir. Sebebe bağlı olmayan yenilik doğuran hakların, herhangi bir sebep olmadığında dahi kullanılması mümkündür. Yenilik doğuran hakkın sahibine, amaçtan bağımsız olarak

---

[93] Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** s. 293; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 223. TBK m. 435'te düzenlenen haklı sebebi bildirme yükümlülüğünün de "*karşı tarafın talebi üzerine*" olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 354.

[94] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 375-377.

[95]Yenilik doğuran hakların bazılarının kullanılması için bir '*yenilik doğuran sebep* (*Gestaltungsgrund*)' gerekir, bu durum hakkın yenilik doğurucu niteliğini değiştirmemektedir, bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 77.

[96] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 362; Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 340; Süzek, **İş Hukuku**, s. 543.

aradaki hukuki statüyü özgürce değiştirme yetkisinin verildiği kabul edilir; bu yetkinin yenilik doğuran hakkın doğasında var olduğu söylenebilecektir[97]. Hak sahibi, sözleşme veya yasayla kendisine verilen yetkiyi aşmadıkça, kendisini memnun edecek amaç ve menfaatleri gerçekleştirmeye çalışmakta özgürdür. Bir kere korunan bir menfaatin varlığı söz konusuysa, hukuk düzeninin bu korumayı sonlandırdığı yere dek, sınırları dahilinde hak sahibi bu imtiyazın sağladığı korumadan yararlanabilecektir[98]. Elbette hakkın kanun koyucu tarafından tanınma amacı, bir sınır oluşturmakta ve dürüstlük kuralı bu değerlendirmeyi yaparken esas alınan bir kriter niteliği taşımaktadır[99]. Bir başka deyişle, bu kullanım sonucunda hakkın korumayı amaçladığı değer ile kazanılacak menfaatlerin yahut sonuçların uyuşmaması halinde bireysel yetkiye kötüye kullanım yasağı uygulanacağı ifade edilmektedir[100]. Hukukumuzda olağan fesih hakkıyla tanınan bu yetki oldukça geniş olmakla birlikte dürüstlük kuralına aykırılık halinde, feshin geçerliliği etkilenmemekte, koşulları oluştuysa tazminata hükmedilmektedir.

3. Şarta veya Süreye Bağlanması

Yenilik doğuran hakların kural olarak şarta veya süreye bağlanamayacakları ifade edilmektedir[101]. Bir görüşe göre hakkın şarta yahut süreye bağlanmasının kabul edilmemesinin sebebi, belirsizlik içinde kalan ve sonuçlarına katlanacak olan kimsenin hakkın muhatabı olması ve muhatabın hakkaniyet düşüncesiyle korunması gerekmesidir[102]. Şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan sürede, muhatabın belirsizlik içinde kalmaması sağlanmalıdır[103]. Hakkın kullanılmasıyla ne zaman etki doğuracağının tek taraflı olarak tayin edilmesi de aynı şekilde değerlendirilmekte ve hak sahibinin bu ikincil yetkisi dar yorumlanmaktadır. Kural olarak böyle bir yetkiyi açıkça kanun veya sözleşme tanımıyorsa, yenilik doğuran

[97] Vionnet, **a.g.e.,** s. 251.
[98] Vionnet, **a.g.e.,** s. 252.
[99] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 339, 345.
[100] Vionnet, **a.g.e.,** s. 253.
[101] Vionnet, **a.g.e.,** s. 317; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 259,.
[102] L'Huiller, **a.g.e.,** s. 241-242; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 260; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s 183.
[103] Eğer muhatap şarta bağlanmasına muvafakat ediyor yahut iradi şart söz konusu ise bu durumda şarta geçerlilik tanınır, bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 259; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 260.

hakkın, sahibine, süreye bağlama yetkisini tanımadığı kabul edilmektedir[104]. Eğer buna aykırı şekilde hakkın kullanımı süreye bağlanmışsa, hakkın kullanımıyla etkilerini derhal göstermesi gerektiği ifade edilmektedir[105].

Hâkim olan bu görüş karşısında, diğer bir görüş ise hakkı şarta bağlamanın mümkün olmadığını ancak bunun sebebinin hukuki güvenilirlik değil, irade özerkliği olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre hakkaniyet veya hukuki güvenilirlik kavramları zaten belirlenebilir somut kavramlar olmadıklarından, yenilik doğuran hakkın şarta bağlanmaması için sağlam bir zemin oluşturmamaktadırlar. Şarta bağlanmamanın gerekçesi, hak sahibinin irade özerkliği karşısında, muhatabın irade özerkliğinin de gözetilme ihtiyacından doğar. Şarta bağlama, muhatap bakımından irade özerkliğini zedelemektedir. Kanun veya hakkı düzenleyen hukuki işlem ile hak sahibine açıkça şarta bağlı kullanma imkânı tanınmamışsa, burada artık şartın muhataba empoze edilmesinden bahsedilir ve medeni hukukun irade özerkliği temeline oturmuş sistemine aykırı bir sonuca ulaşılır[106].

Yenilik doğuran hakların şarta veya süreye bağlanması konusundaki genel görüşlerden bahsedildikten sonra, konunun olağan ve derhal fesih hakları bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bazı hakların belirli bir süre sonunda etki gösterecekleri kanun koyucu tarafından öngörülmüş veya sözleşmeyle kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Bunlardan biri, olağan fesih hakkıdır. Olağan feshin hüküm ve sonuçlarını doğurması için kanunda belirlenen veya sözleşme yahut toplu sözleşme ile uzatılmış bildirim sürelerinin dolması gerekmektedir[107]. Olağan

[104] Vionnet, **a.g.e.,** s. 349-350.
[105] Vionnet, **a.g.e.,** s. 352.
[106] Vionnet, **a.g.e.,** s. 347-348.
[107] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 262. Doktrinde, olağan fesih hakkı kullanılırken, sürenin belirlenmesi konusunda hak sahibine zımni olarak yetki tanındığı kabul edilmektedir. Bu bakımdan, tarafların lehine olacak şekilde kanun koyucunun öngörmüş olduğu sürelerin uzatılması mümkün olacaktır. Ayrıca kanun koyucu gerek İş Kanunu m.17/3 ile gerekse TBK m. 432/3 ile bu sürelerin asgari olup tarafların isteği doğrultusunda artırılabileceğini öngörmüş bulunmaktadır. Buna karşılık derhal fesih hakkı bakımından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun sebebi değerlendirilirken, kanun koyucu tarafından hakkın süreye bağlanıp bağlanmadığına ve düzenlemenin mahiyetine bakmak uygun düşecektir. Eğer hakkın kendisi süreye bağlanmamışsa, bu yetkiyi zımnen hak sahibine tanımak mümkün olmayacaktır. Derhal fesih hakkının kullanılmasında tarafların yetkisi olmadığı, bu hakkın tanınma amacının içinde süreye yönelik bir belirlemenin yer almadığı ve artık çekilmez hale gelen bir sözleşmenin sona erdirilmesi için tanınmış bir hakkın artık süreye bağlanmasının söz konusu olmadığı ileri sürülmektedir. Sonuç olarak hak sahibine bu yetkinin tanınmasının belirleyici karakteri yine hakkın özünde yer almaktadır. Ayrıca bkz. Vionnet, **a.g.e.,** s. 351.

fesihte bildirim süresinin tanınma amacı, hâlihazırda mevcut olan sürekli borç ilişkisindeki tarafların, bu ilişkinin sonlanmasına yönelik hazırlık çalışmalarını yapmaları, işçinin yeni bir iş araması yahut işverenin yeni bir işçi araması gibi süreçlerde geçişe kolaylık sağlamaktır. Bu bakımdan olağan fesih hakkının süreye bağlanmasının, yenilik doğuran hakların süreye bağlanabilmesi istisnaları bakımından önem teşkil ettiği ortaya çıkmaktadır, hakkın mahiyeti süreye bağlanmasını elzem kılmaktadır. Derhal fesih hakkı ise kural olarak "derhal" kullanılmalıdır, ancak istisnai olarak 854 sayılı Deniz İş Kanunu[108]'nda açık düzenleme gereğince derhal feshin, gemi limana vardığında gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Diğer kanunlara tabi olanlar bakımından da hakkın kötüye kullanılması oluşturmadığı sürece hak sahibinin derhal fesih beyanının hüküm doğurmasını ileri bir tarihe erteleyebileceği ifade edilmiştir[109].

Olağan feshin şarta bağlanıp bağlanamayacağı[110] hususunda çoğunluk, muhatabın güvence ihtiyacının bulunduğu, fesihte açık ve kesin olmanın arandığı, bu nedenle de şarta bağlanamayacağını savunmaktadır[111]. Alman Hukukunda feshin şarta bağlanabilmesi için istisnai durumlar öngörülmüştür. Feshin muhatabının iradesiyle şartın gerçekleşmesi mümkün ise bu halde şart Federal Mahkeme tarafından geçerli kabul edilmektedir. Bu durumda feshin iradi şarta bağlı (*Potestativebedingte Kündigung*) yapıldığı kabul edilir[112].

Fesih bildiriminin şarta bağlanması kural olarak geçerli sayılmasa da, bazı hallerde muhatabın korunması için şartın gerçekleşmesiyle bildirim süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2008 tarihli bir kararında;

---

[108] RG T. 29.04.1967, S: 12586.
[109] Oğuzman, **İş Akdi,** s. 132; Seliçi, **a.g.e.,** s. 157-158; Savaş, **a.g.e.,** s. 35.
[110] Olağan fesih hakkının şarta bağlı olmaması açısından dönme ve derhal fesihten farklı olduğu yönünde bkz. Buz, **Dönme**, s. 84.
[111] Brunner / Bühler / Waeber / Bruchez, **a.g.e.,** 225; Seliçi, **a.g.e.,** s. 117 ve dipnot 51'de belirtilen yazarlar; Sabahattin Yürekli, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, 3. Bs., Ankara, Seçkin, 2016,.s. 183.
[112] Oğuzman, **Medeni Hukuk,** s. 112; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 259; Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 25; Göktaş, **a.g.e.,** s. 38; Seçkin Nazlı, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:5, S:2, 2018, s. 269-292, s. 278; Cevdet İlhan Günay, **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, 5. Bs., Ankara, Yetkin, 2013, s. 437; Değişiklik feshinin de iradi şart olduğu yönünde, bkz. Devrim Ulucan, "Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler", **Kamu-İş**, C: 4, S: 2, 1997, s. 231-249, s. 233 (Alman Hukuku); Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 261-262; Karş. bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 185, dn. 555.

"*Şarta bağlı fesih de kural olarak geçerli değildir. Zira yenilik doğurucu bir beyan olan fesih bildirimi, tek taraflı olarak karşı tarafın hukuk alanına müdahale anlamına gelmekte ve sürekli borç ilişkisinin gelecekteki kaderini belirlemektedir. Bu sebeple, fesih bildiriminden, iş ilişkisinin ne zaman sona ereceği yeteri kadar açıklıkla anlaşılması gerekir. Şarta bağlı feshin ayrık hali, işçinin iradi davranışına bağlı olan durumlarda, örneğin değişiklik feshinde kendini gösterir. Görev değişikliğini kabul etmeme, verilen uyarı üzerine aynı eylemi tekrar ettiği takdirde feshedileceği şartının bildirilmesi durumlarında, şarta bağlı fesih geçerli olacaktır. Şarta bağlı olarak geçerli bir şekilde iş sözleşmesinin feshedildiği durumlarda bildirim süresi, şartın gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacaktır.*[113]*"* Yüksek mahkeme, şarta bağlı feshe dair başka kararlarında bu görüşünü tekrar etmiştir. Doktrinde bu fesih, Alman Hukukundaki fesih türüne (*Aenderungskündigung*) benzetilmiştir[114]. 2015 tarihli bir başka Yargıtay kararında, işveren davacı işçiye değişiklik teklif etmiş, kabul edilmediği takdirde iş sözleşmesinin feshedileceğini bildirmiştir. Yargıtay, söz konusu bildirimi işçiye yapılan bir baskı olarak nitelendirmiş ve feshin geçersizliğine hükmetmiştir[115]. Doktrinde bu karar eleştirilmiş ve feshin işverence iradi şarta bağlandığı ifade edilmiştir[116].

C. Beyanın Şekli

Fesih iradesi açık, kesin ve belirgin olarak karşı tarafa bildirilmelidir[117]. Feshin muhatabına çelişkili ifadelerde bulunulmamalıdır. Muhatabın ilişkinin somut durumundaki değişikliği bilmek konusunda haklı menfaati bulunmaktadır[118]. Özellikle fesih beyanına maruz kalan tarafın, iş sözleşmesinde varlık sebebinin güven ve kişisel

[113] Y9HD, T. 15.09.2008, 2008/1011 E., 2008/23499 K.
[114] Sarper Süzek, "Değişiklik Feshi", **TİSK Akademi,** C: 1, S:1, 2006, s. 7-31, s. 7 (Değişiklik Feshi); Muhittin Astarlı, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 211-383, s. 334 (Değerlendirme).
[115] Y9HD, T. 03.12.2015, 2015/23866 E.,
[116] Astarlı, **Değerlendirme,** s. 335-337.
[117] Wyler/ Heinzer, **a.g.e.,** s. 501; Yürekli, **a.g.e.,** s. 184; Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 62; Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 179; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 556.
[118] Teklif veya tartışma yaratma amacıyla yapılan beyanların fesih sayılmayacağı yönünde, bkz. Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 20.

ilişki olduğu, işçi için özellikle ücreti gibi yaşamsal bir unsurun önemi göz önüne alınmalıdır. Bu nedenle dürüstlük kuralı gereğince iş güvencesi kapsamında olsun yahut olmasın, hangi hukuki yeniliğin meydana getirilmek istendiği muhataba belirtilmelidir[119].

İsviçre'de Federal Mahkeme, bu beyanın açık olmaması durumunda, yorumu muhatabın lehine, sahibinin aleyhine olacak şekilde yapmaktadır (*contra stipulatorem*). Doktrinde de, yorumun güven teorisi esas alınarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir[120]. Aynı husus, hangi tür feshin yapıldığı konusunda tereddüt yaşandığı hallerde de geçerlidir, bu durumda güven teorisine göre feshin türü tespit edilecektir[121]. Fesih iradesini açıklıkla beyan edemeyen tarafın bu davranışına bir sonuç bağlanmayacağı, bir etki doğurmayacağı ileri sürülmektedir[122].

İş sözleşmesinde fesih hakkını kullanacak taraf eğer tüzel kişi ise, bu durumda ancak yetkili olan kimse tarafından bu hakkın kullanılması gerekir[123]. Kural olarak temsil işlemindeki genel geçerlilik kuralları burada da uygulanacaktır[124]. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, eğer fesih iradesini beyan eden kimse bu yetkiye sahip değilse, bu durumda irade beyanının geçerli olması için yetkili olan kimse tarafından açık veya örtülü olarak onaylanması gerekir. Söz konusu onayın, muhatap bunu fark etmeden yapılması gerekmektedir. Temsilcinin feshi beyan etmede yetkisinin olup olmadığı veya ileri sürdüğü fesih beyanının geçerli olup olmadığına dair muhatabın şüphesi varsa, risk hak sahibinin üstündedir. Bu nedenle fesih beyanı geçerli sayılmamalıdır, çünkü işçinin geçerliliğinden haklı olarak şüphe duyduğu bir beyanın sonradan yetkili kimse tarafından "düzeltilmesi" söz konusu olmaz. Elbette yetkili

[119] Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 250.
[120] Brunner / Bühler / Waeber / Bruchez, **a.g.e.,** s. 224; CS-Gloor, **Art. 337d**, Knr. 5, s. 802; Wyler/ Heinzer, **a.g.e.,** s. 501, dn. 2319'daki Federal Mahkeme kararı.
[121] Mutlaka "fesih" ifadesi kullanılmasına gerek olmamakla birlikte muhatabın açıkça anlaması gerektiği yönünde, bkz. Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 1121, s. 288; Altınok Ormancı**, a.g.e.,** s. 174-175; Tolu, **a.g.e.,** s. 41; Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 20.
[122] Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 1124, s. 289; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 175; Göktaş, **a.g.e.,** s. 38.
[123] Caruzzo, **a.g.e.,** s. 473; Brunner / Bühler / Waeber / Bruchez, **a.g.e.,** 225.
[124] Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 22.

kimsenin daha sonradan yapacağı fesih beyanının kendisi, bir fesih iradesi olarak değerlendirilebilir[125].

Bazı durumlarda sona erdirme iradesi eylemlerle ifade edilir; bu durumda güven teorisi gereğince davranışın bir fesih iradesi olarak yorumlanması söz konusuysa, davranış "eylemli fesih" olarak nitelendirilir[126]. Yargıtay, bazı davranışlarla fesih iradesi ortaya koyulduğu hallerde, bunun işverenin feshi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir[127]. İşverenin iş sözleşmesini tek taraflı olarak askıya alması veya işçiyi belirsiz süreliğine ücretsiz izne çıkarması gibi durumlar bunlara örnek teşkil edebilir. Aynı varsayım, işçi açısından da geçerlidir; karşı tarafta sözleşmenin feshine dair kanaat oluşturan davranışlar, fesih olarak değerlendirilmektedir[128]. İşçinin ücretinin eksik ödenmesi yahut hiç ödenmemesi nedenleriyle işe gelmemesi gibi hallerde, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği kabul edilmiştir. Bir görüşe göre kanun koyucunun bildirimsiz, yazılı olmayan bir feshe geçerlilik tanımasının sebebi, ilişkinin sona ermesi için ilgili tarafa bir an önce kurtulmak konusunda yardımcı olmak istemesidir; haklı sebep oluşturan birçok durumda sözleşmeyi sona erdirmek bir zorunluluğa dönüşmüştür[129]. Bu nedenle haklı nedenin varlığı, bu fesih hakkını kullanmak için gerekli ve yeterli olmaktadır. İşverenin derhal fesih sebebinin açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi gerektiğinin sözleşmeyle kararlaştırılabileceği doktrinde ifade edilmiştir[130].

Kural olarak fesih şekle bağlı değildir, buna karşılık İşK m. 109'da, kanun kapsamında öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı ve imza karşılığı yapılması gerektiğine hükmedilmiştir. Doktrinde bu bildirimin bir geçerlilik değil, ispat şartı olduğu[131], keyfi olarak yapılan fesihlere karşı koruyucu nitelik taşıdığı ve imza

[125] TF, 4C.151/2003, T. 26.08.2003 (Naklen: Caruzzo, **a.g.e.,** s. 474)
[126] Süzek, **İş Hukuku**, s. 543; Tolu, **a.g.e.,** s. 42.
[127] Y9HD, T. 02.07.2010, 2008/26792 E., 2010/21578 K (www.calismatoplum.org); Y9HD, T. 17.02.2020, 2020/15110 E., 2020/2319 K.
[128] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 557; Göktaş, **a.g.e.,** s. 39.
[129] Saymen, **İş Hukuku,** s. 569.
[130] Göktaş, **a.g.e.,** s. 99.
[131] Oğuzman, **İş Akdi,** s. 169; Saymen, **İş Hukuku**, s. 554; Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**; s. 17; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 354-355; Süzek, **İş Hukuku**, s. 526; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 556. Bu kuralın çalışma hayatına dair bir düzen kuralı olduğu görüşünde, bkz. Fevzi Şahlanan, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku**

karşılığı yapılması sonucu ispatı kolaylaştırdığı da belirtilmektedir[132]. Bununla birlikte geçmişte Yargıtay, konuyla ilgili farklı kararlar vererek, kimi kararlarında geçerlilik, kimisinde ispat şekli olduğunu ifade etmiştir[133]. Belirtmek gerekir ki, hüküm gerekçesinde yazılılığın ispat yönünden getirildiği ifadesi yer almaktadır. Diğer kanunlarda da bu konuda yeknesak bir yaklaşım yoktur. TBK'de olağan fesih bakımından bir şekil şartına yer verilmezken, işverenin bildirimli feshini düzenleyen Deniz İş Kanunu m. 18 ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlar ile Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun[134], (kısaca "Basın İş Kanunu") tarafların fesih hakkını içeren m. 6/4 ve m. 7 uyarınca, bildirimlerin yazılı yapılması gerektiği öngörülmüştür.

Kanun koyucu İşK m. 19/1 ile yalnızca iş güvencesine tabi işçilerin sözleşmelerinin feshedilebilmesi için yazılılığı bir geçerlilik şartı olarak tanımlamıştır. Kural olarak geçerli neden oluşturan sebebin açıkça, yazılı olarak işçiye bildirilmesi gerekir, aksi halde fesih geçersiz olacaktır. Buna karşılık, 6098 sayılı TBK ile derhal feshi düzenleyen m. 435'te feshin yazılı yapılması zorunluluğu getirilmiş, sebebin de yazılı bildirimin içinde yer alacağı düzenlenmiştir[135]. Mehaz İsviçre BK m. 337'de yer alan "*muhatabın talebi üzerine*" fesih sebebinin bildirilmesi ifadesi, çeviri yapılırken kanuna alınmamıştır[136]. Bir görüşe göre, TBK m. 435 ile getirilen şekil şartı, geçerlilik şekli olarak değerlendirilmelidir[137]. İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından bu yönde bir kanun boşluğu olmadığı[138] yönündeki görüş uyarınca, taraflardan biri için

Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, Türk-İş, 2010, s. 129-187, s. 164-165 (Değerlendirme 2008)

[132] Brunner / Bühler / Waeber / Bruchez, **a.g.e.,** s. 225; Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 18.

[133] Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 17, dn. 60-61 ve oradaki kararlar; Göktaş, **a.g.e.,** s. 43.

[134] RG T. 20.06.1952, S: 8140.

[135] Yazılılık şartı ve TBK ile İşK ilişkisi hakkındaki geniş çaplı tartışmalar için bkz. "Genel Görüşme II", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, İstanbul, Legal, 2014, s. 118-146.

[136] Kübra Doğan Yenisey, "Türk Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi**", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, İstanbul, Legal, 2014, s. 78-110, s.101 (Genel Hizmet Sözleşmesi); Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 104; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 354.

[137] Polat Soyer, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:22, Haziran 2011, s. 12-21, s. 14(Sona Erme); Yürekli, **a.g.e.,** s. 201; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 799, 1027; İş güvencesi kapsamındaki işçilere uygulanamayacağı görüşünde, bkz. Gaye Baycık, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu", **Legal İSGHD**, C:9, S:35, 2012, s. 77-103, s. 85-86. (Borçlar Kanunu)

[138] Özellikle işçinin iş güvencesi kapsamında olduğu hallerde, derhal feshe muhatap olduğu durumlar bakımından sebebi bilmesinin evleviyetle mümkün olması gerektiği de savunulmaktadır, bkz. Talat

sözleşmenin devamını çekilmez kılan, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden hallerde, karşı tarafın şekil şartı marifetiyle korunması bağdaşmayacaktır[139]. Bir başka görüş, düzenlemenin mehaz kanundaki gibi değerlendirilmesinin en uygun çözüm olacağını savunmaktadır; böylece ancak muhatabın talebi üzerine fesih sebebi belirtilecektir[140]. Diğer bir görüş ise yazılı şekil şartı getirilmemekle birlikte sebeplerin yazılı bildirilmesi yönünde bir zorunluluk getirildiğini ifade etmektedir[141]. Belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın 2021 tarihli bir kararında, TBK kapsamındaki işçiler bakımından haklı feshin yazılı yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır[142].

Eğer TBK ile getirilen bu düzenleme bir geçerlilik şekli olarak kabul edilirse, haklı neden kavramının özelliğiyle ters düşecek biçimde dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir[143]. Derhal feshe muhatap olan tarafın kendi hukuka aykırı davranışının ardından şekle aykırılığı ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması oluşturabilir. Kanımızca hüküm lafzi yorumla geçerlilik şekli olarak kabul edilse dahi şekle aykırılığın ileri sürülmesi üzerine kişinin bu durumundan yarar sağlaması, hakkın kötüye kullanılmasının düzeltici işlevi vasıtasıyla engellenmelidir.

Toplu iş sözleşmeleri vasıtasıyla da fesih hakkının kullanılmasına ilişkin şekli sınırlamalar getirilebilir. Olağan fesih hakkının toplu iş sözleşmesiyle şekle bağlanması, öteden beri kullanılan bir uygulama olup; iş güvencesi olmayan işçiler bakımından feshin şekle ve sebebe bağlanması mümkündür. Derhal fesih hakkı için

---

Canbolat, "İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Seminer),** İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 82-134, s. 89; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1026.

[139] Gülsevil Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", **Legal İSGHD**, C:8, S:31, 2011, s. 913-959, s. 938-939 (Hizmet Sözleşmesi); Arzu Arslan Ertürk, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu Üzerindeki Etkisi", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar,** İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 49-113, s. 104 (Borçlar Kanunu); İş Kanununda bu yönde bir kanun boşluğu olmadığı hakkında bkz. Ünal Narmanlıoğlu, "Kanuna Aykırı Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)", **İÜHFM**, C:74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı, İstanbul, 2016, s. 551-569, s. 556 (Kanuna Aykırı Fesih); Kanun boşluğunun bulunmadığını savunan diğer görüş, İşK m. 109 gerekçesi ile yazılı bildirimin ispat şartı olarak öngörüldüğünü ifade etmektedir, bkz. Göktaş, **a.g.e.,** s. 88.

[140] Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 177; Göktaş, **a.g.e.,** s. 83.

[141] Savaş, **a.g.e.,** s. 172-173; Doğan Yenisey, **Genel Hizmet Sözleşmesi,** s. 102.

[142] Y9HD, T. 22.06.2021, 2021/6189 E., 2021/10549 K. (www.legalbank.net).

[143] Doğan Yenisey, **Genel Hizmet Sözleşmesi,** s. 102; Göktaş, **a.g.e.,** s. 89.

ise disiplin kurulu kararına bağlanması veya savunma alınmasının zorunlu tutulması gibi şartların kararlaştırılması durumunda, toplu iş sözleşmesinin normatif niteliği uyarınca, öngörülen yolun izlenmemesi feshin haksız sayılması sonucunu doğurmalıdır[144]. Doktrinde bir görüş, bu durumda feshin haksız sayılmasının, aynı zamanda geçersiz sayılacağı anlamına gelmemesi gerektiğini savunmaktadır[145].

II. OLAĞAN FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI İÇİN KULLANILAN SİSTEMLER

Özel hukuk ilişkilerinde kanun koyucunun düzenleme yapmadığı her alanda kural olarak sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği üstündür. Bu perspektiften bakıldığında, feshe kısıtlama getirilmeyen her durumda işveren, hiçbir sebep belirtmeksizin özgürce ve keyfi bir biçimde iş sözleşmesini yenilik doğuran fesih bildirimi ile bozabilir. Sonuçta olağan fesih hakkı, sözleşmeyi sona erdirmek bakımından tanınan bir özgürlük olarak betimlenmektedir. Buna rağmen, aşağıda değinilen görüşler, bu hakkın sınırlandırılması için farklı yöntemlerin gelişmesine yol açmıştır.

Öncelikle dürüstlük kuralı veya hakkın sosyal amacı vasıtasıyla fesih hakkının sınırları tespit edilmeye çalışılmıştır. Ancak bu yöntem, fesih hakkının doğumuna

[144] Toplu iş sözleşmesiyle getirilen sınırlamalara ilişkin Yargıtay kararlarının zaman içinde değişkenlik gösterdiği yönünde, bkz. Aziz Can Tuncay, "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994**, İstanbul, 1996, s. 35-62, s. 40-41 (Değerlendirme 1994); Bu sınırlamanın hakkın kullanılmasını aşırı derecede zorlaştırmaması gerektiği yönünde, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 740; Astarlı, **Sınırlandırma,** s. 316; Gülsevil Alpagut, "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001**, Ankara, Kamu-İş, 2003, s. 87-150, s. 121 (Değerlendirme 2001), Yazar, disiplin kurulu kararına başvurmama şartına ilişkin Yargıtayın yıllar içinde görüşünü değiştirdiğini de ifade etmiştir, **a.e,** s. 128.

[145] Doktrinde Tuncay ve Savaş Kutsal, disiplin kuruluna başvurma şartının yerine getirilmediği hallerde, haklı nedenin geçerli neden olarak değerlendirilebileceğini savunmaktadır, bkz. Aziz Can Tuncay / Fatma Burcu Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 6. Bs., İstanbul, Beta, 2017, s. 203 ; Aynı görüşte, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 739; Senyen-Kaplan ise haksız feshin geçerli feshe dönüştürülmemesi, geçerli fesih için bütün koşulların sağlanıp sağlanmadığına dikkat edilmesi gerektiği yönünde görüşünü ifade etmektedir, bkz. Senyen-Kaplan, **İş Hukuku**, s. 348.

engel olmadığından, kötüye kullanımın tespiti sonrasında iş ilişkisini eski hale döndürmeyi sağlayamamaktadır. Daha güçlü bir sınırlama mekanizması fikriyle geliştirilen iş güvencesi sistemi, çeşitli ülkelerin kendi ihtiyaçları ve istihdam politikaları doğrultusunda kurgulanıp, uygulamada çıkan uyuşmazlıklarla şekillendirilmiştir. Türk Hukukunda her iki sistem de pozitif düzenlemelerde yer bulmuştur.

A. İş Sözleşmesinde Fesih Hakkının Sınırlandırılması İhtiyacı

İş sözleşmesinin sona ermesinde olağan fesih yolunun izlenmesi, kural olarak sözleşme serbestisi prensibinin bir ürünüdür[146]. Bu prensip, bir sözleşmeyle sonsuza dek bağıtlanmanın mümkün olmaması sonucunda, kişiye istediği zaman bu hukuki ilişkiyi tek taraflı irade beyanı ile sonlandırabilme şansı vermektedir[147]. Böylece kişiler sözleşmeyi kurmak konusunda özgürlüğe sahip oldukları gibi, onu sonlandırmakta da özgür olacaklardır. Ancak kanun koyucu, bazı hukuki ilişkiler bakımından bu sonlandırma iradesini kısıtlayan bazı düzenlemeler yapma ihtiyacı duymuştur. Hangi düşünceyle bu hakka sınırlama getirildiğini anlamak, hakkı tanımlarken kullanılan "kurtuluş" fikriyle çelişip çelişmediğini çözmemizi sağlayacaktır.

İş Hukuku, özel olarak işçiyi koruma yönünde evrilmekle birlikte, daha genel perspektifte çalışma düzenini oluşturan ve koruyan bir hukuk dalıdır. Bu alanın gelişimi ve değişimi, birçok hukuk dalına göre daha hızlıdır ve içtihat-doktrin işbirliğinde ilerleyen bir süreç yaşanır. Yıllar içerisinde ileri sürülen görüşler ve verilen kararlarla, çeşitli yöntemler geliştirilerek çalışma barışına katkı sağlayacak bir ortam oluşturmaya çalışılmaktadır. Çalışma ilişkilerinin sağlıklı, iş yaşam dengesi sürdürülebilir olduğu toplumlarda, sosyal taraflar memnundur ve bu memnuniyet ile toplumsal düzen desteklenir. Toplumsal düzene en azından çalışma ilişkileri bağlamında katkı sağlayabilmek için modern, insani değerleri yüksek, temel hak ve

[146] Alpagut, **Haklı-Geçerli Neden**, s. 72.
[147] Demirsatan, **a.g.e.,** s. 228.

özgürlüklere saygılı bir çalışma yaşamı oluşturulmaya gayret gösterilmekte ve bunu bozma eğilimi olan eylemler tespit edilerek yaptırıma bağlanmaya çalışılmaktadır.

Düzeni sağlamak için en çok başvurulan yol, işverenin iş ilişkisinin kurulmasından sona ermesine kadar tüm süreçte keyfi kararlar almasını engellemek[148], özellikle ilişkiyi sona erdirme kararını almayı zorlaştıran, ilişkiyi ayakta tutmayı amaçlayan hukuk kuralları öngörmektir. Burada irade özgürlüğü, tarafların arasındaki menfaatler dengesini sağlamak amacıyla kısıtlanır. İş sözleşmesinin feshi aşamasında bir tarafın menfaati onu sonlandırmak yönünde iken, diğer tarafın menfaati sözleşmenin devamındadır[149]. Birbirinin tam tersi yönündeki bu menfaatlerin dengesini sağlamak ise elbette oldukça zorlayıcı bir çabayı gerektirmektedir.

İlişkinin sona ermesi yönündeki işveren iradesinin ileri sürülmesi ve hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaksızın hüküm doğurması, yarattığı sonuçlar bakımından sakıncalı bulunmuş; işverenin mülkiyet hakkı ve girişim özgürlüğünün, Devlete karşı sınırlandırıldığı gibi istihdam alanında da sınırlandırılması ihtiyacına değinilmiştir[150]. Doktrinde modern İş Hukukunda, çalışma barışı adına feshe karşı koruma sağlamanın en etkili önlem olduğu belirtilmektedir[151]. Lyon-Caen'e göre, olması gereken "*istihdam politikası ile bütünleşen farklı yasal bir fesih sistemi*" dir[152]. Elbette çalışma barışının sağlanması kimi zaman işçinin yahut işçi topluluklarının birtakım davranışlarına da sınırlamalar getirmeyi gerektirebilmektedir. Ancak iş ilişkisinin kendine özgü yapısı nedeniyle, sona erme aşamasında "karşılıklılık" kavramına başka bir sözleşmede olduğu gibi bakmamak, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshiyle, işçi tarafından (haklı neden olmaksızın) feshi arasındaki ayrımı belirginleştirmek gerekmektedir[153].

---

[148] Gilles Auzero / Dirk Baugard / Emmanuel Dockès, **Droit du travail**, 32e éd., Dalloz, 2018, s. 496; Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 317

[149] Billeter, **a.g.e.,** s. 27.

[150] Fesih hakkını kullanmadaki özgürlüğün, iş ilişkisindeki bağımlılık unsurunun yarattığı hiyerarşi ve otoriteden daha da rahatsız edici bulunduğu görüşünde, bkz. Gérard Lyon-Caen, (Çev: Ali Güzel), "Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, C:0, S:33, 1984, s.259-289, s. 269-270. (Genel İlkeler)

[151] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 956; Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 93; Süzek, **Askı Teorisi,** s. 11.

[152] Lyon-Caen, **Genel İlkeler**, s. 271-272.

[153] Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** s. 496.

Uzun süredir hakkın kötüye kullanılması doktrini, fesih hakkı da dahil olmak üzere işverenin yetkilerini sınırlandırmak amacıyla kullanılmaktadır[154]. Ancak feshe çok geniş bir özgürlük alanı tanıyıp, bunu yalnızca tazminat yaptırımına bağlamak, tek başına istenen ideal düzene ulaşmayı sağlamayacaktır. İş sözleşmesi bu yönüyle çok hassas bir yapıda olduğundan dayanıksızdır ve işverenin hiçbir sınırlamaya bağlı olmaksızın bu hakkı kullanması, işçilerin güvensizlik duymalarına sebep olmaktadır[155]. Bu nedenle birçok hukuk sisteminde iş güvencesi hükümleri düzenlenmiş ve fesih hakkının belirli bir sosyal amaç doğrultusunda kullanılması açıkça hükme bağlanmıştır.

Hukuk kuralı, toplumsal ilişkide, sosyal ihtiyaç duyulan bir noktaya değinmek için düzenlenir[156]. Sosyal amaç kavramı ise, kuralın yalnızca bireysel değil aynı zamanda toplumsal bir hedefe, sosyal ihtiyaca yöneldiğini ifade eder[157]. Bu nedenle, hukuk kuralının düzenlenmesinin altında bir sosyal amacın var olduğu kabul edilmektedir[158]. Bir hak olarak feshin sosyal anlamdaki önemi, kendisini özellikle iş hukuku alanında göstermekte, iş ilişkisinin sona ermesi herhangi bir hukuki ilişkinin sona ermesi gibi değerlendirilmemektedir[159]. Fesih hakkı bakımından da sosyal amacın tespitinde dürüstlük kuralı yol gösterici niteliktedir[160].

Bazı durumlarda hak, çizilen sınırlar içinde kullanılıyor gibi görünmekle beraber bu sosyal amaca aykırı kullanılabilmektedir[161]. Bu aşamada iş sözleşmesini diğer sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden ayıran hususlar, göz önüne alınmalıdır.

---

[154] Manuela Grévy, **La sanction civile en droit du travail**, Paris, LGDJ, 2002, s. 21.
[155] Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi,** Ankara, 1989, s. 9. (Askı Teorisi)
[156] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 81; Süzek, **Yorum**, s. 18, Yazar, bu ihtiyacı tespit etmek için sosyolojik yorum metoduna da başvurulabileceğini ifade etmiştir.
[157] Josserand, **L'esprit des droits**, Knr. 292, s.394; Rahmi Çobanoğlu, **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1964, s. 120-121.
[158] Adnan Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", **Adalet Kavramı**, 3. Bs., Ankara, 2013, s. 30 (Adalet); Gönensay, **a.g.e.,** s. 69.
[159] Esener, **İş Hukuku,** s. 221; Saymen, **İş Hukuku**, s. 536.
[160] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 152.
[161] Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 317

1. İş Sözleşmesinde İstikrar

İş sözleşmesi, tarafların belirli veya belirsiz bir süre boyunca devam edecekleri inancıyla kurdukları ve zamana yayılan edimlerden oluşan bir sözleşmedir[162]. Tarafların beklentisi, bu ilişkinin istikrarlı[163] olarak devam etmesi[164], dolayısıyla edimlerin bir süreye yayılarak yerine getirilmesidir[165]. İş sözleşmesini tanımlayan İşK m. 8'de süreye dair bir ibare yer almamakla birlikte, aynı amaçla getirilen TBK m. 393'de iş görmenin "*belirli veya belirli olmayan süreyle*" üstlenildiği belirtilmektedir.

Kanun koyucu sürekli borç ilişkilerinde kişilik hakkını korumak amacıyla sona ermeye yönelik hükümlere yer vermektedir. Bununla beraber istikrar unsuru gereğince, fesih hakkı kullanılırken sözleşmenin karşı tarafını koruma amacı göz önünde bulundurulmuştur[166]. Bu sözleşmelerde feshin etkisini gösterebilmesi için bir sürenin geçmesi gerektiği düşüncesi, yasalarda kendini "bildirim süresi" ya da "ihbar öneli" olarak göstermektedir. Kanun koyucu, verilen bildirim süresinde, feshin muhatabına, kendini yeni hukuki duruma hazırlaması için bir zaman tanımaktadır[167]. Böylece ilişkinin sona ereceğini önceden bilerek kendi halini ve şartlarını buna göre belirleyebilecektir. Bildirim süresiyle, tarafların bu ilişkinin sona ermesi nedeniyle yaşayacakları yalnızca maddi zararın tazmini değil, aynı zamanda maddi olmayan, sürece yönelik adaptasyon ihtiyacını karşılamak da amaçlanır. İşveren, örneklemek gerekirse feshi ihbarda bulunan işçi yerine, süre içerisinde işi görmek üzere yeni işçi arayacak; işçi ise kendisine verilen ihbar süresinde yeni iş arayışına girecek ve çalışma ilişkisinin sona ermesi halinde karşılaşabileceği sorunları bertaraf etmeye yönelik hazırlıkları yapabilecektir[168].

---

[162] Ekonomi, **İş Hukuku**, s. 78-79.
[163] İş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun biçimde ifa edilmesi yoluyla da istikrar unsuru desteklenmiş olacağı görüşünde, bkz. Güzel / Ugan Çatalkaya, **a.g.m.,** s. 43.
[164] Savaş, **a.g.e.,** s. 19. Sözleşmelerdeki istikrarın genel olarak taraflar arasındaki güveni oluşturduğu ve sosyal faydayı sağladığı yönünde, Cashin-Ritaine, **a.g.m.,** s. 325.
[165] İş sözleşmesinin belirleyici unsurlarından biri olduğu yönünde, bkz. Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 6.
[166] Seliçi, **a.g.e.,** s. 112.
[167] Pierre Tercier / Laurent Bieri / Blaise Carron, **Les contrats speciaux,** 5e éd., Cenevre-Zürih-Basel 2016, Knr. 3019, s. 406; Oğuzman, **İş Akdi**, s. 174; Seliçi, **a.g.e.,** s. 112.
[168] Esener, **İş Hukuku,** s. 221.

İş sözleşmesinin sürekliliğine duyulan ihtiyaç, yalnızca işçi için değil, işveren için de söz konusudur; sürekli değişen yeni ve deneyimsiz işçilerle çalışmak için harcanan eğitim ve adaptasyon zamanı göz önüne alındığında, işverenin de eğittiği ve güvendiği bir işçiyle uzun süren bir çalışma ilişkisinde olması işletme yararına olacaktır[169]. İşin süreklilik göstermesi, işletmenin de süreklilik göstermesi anlamına gelecektir[170]. İş sözleşmesindeki istikrar, işin ve işletmenin yararına olduğundan işi güvenceye alan düzenlemeler yalnızca işçiye değil, işverene de hizmet edecektir. Ancak, işletme yararı, iş ilişkisinin devamını gerektirdiği kadar işçinin işten çıkarılmasını da gerektirebilir. Doktrinde işletme yararı kıstasına dayandırılan işverenin fesih hakkının[171] girişim özgürlüğünden kaynaklandığı da ifade edilmektedir[172].

Diğer yandan, işçinin çalışmasını sürdürmesi, aynı zamanda geçimini sağlamasının da yolu olduğundan[173] işçinin menfaati iş sözleşmesinin istikrarlı bir şekilde devam etmesi yönündedir. Özellikle işsizliğin yoğun olduğu dönemlerde, her an işini kaybetme riski altındayken işçinin verimli çalışabilmesi söz konusu değildir. Fesih kararının keyfiliğe tabi olmaması, verimlilik açısından da önem teşkil eder[174].

Hiçbir sözleşmenin sonsuza dek taraflarını bağlaması amaçlanmamıştır. Ancak, işin kaybedilmesi işçi için en önemli rizikolardandır[175]. Bu nedenle iş sözleşmesi için sona erme olgusu, herhangi bir sürekli edimli sözleşmenin sona ermesiyle bir tutulmayacak kadar önem arz eder, çünkü kişi gelir kaynağını ve buna bağlı olarak hayatını idame ettirme gücünü kaybetmektedir. Bu yüzden amaçlanan, bu sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulmasıdır. Fakat belirtmek gerekir ki, işçinin bireysel olarak korunması amaçlanırken, daha geniş çapta sorunlarla karşılaşılabilir.

---

[169] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 53.
[170] Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, s.66. (Ultima Ratio)
[171] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 896.
[172] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 20.
[173] Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 325, Centel, **İş Güvencesi**, s. 11, Hande Bahar Aykaç, **İşverenin Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması,** İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 13.
[174] Aykaç, **a.g.e.,** s. 14; Metin Kutal, "İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması,** İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 15-32, s.26 (Feshe Karşı Koruma).
[175] Halid Kemal Elbir, **İş Hukuku**, 9. Bs., İstanbul, Filiz, 1987 s. 89.

İşverene getirilen kısıtlamaların katı olması, istihdama katılımda dezavantajlı kabul edilen bir kısım işçinin tercih edilmemesi sonucu doğurmamalıdır[176].

İstikrarı destekleyen uygulamalardan bir diğeri de, işçi açısından en ağır yaptırım olan fesih[177] yerine başka yollara gidilip gidilemeyeceğinin araştırılmasıdır. Dürüstlük kuralı uyarınca iş sözleşmesinin sürdürülmesi mümkün ve beklenilebilir ise, daha hafif ve elverişli araçlar kullanılmalıdır[178].

Bununla birlikte çalışmamız konusunu oluşturmayan ancak geniş anlamda iş güvencesine hizmet eden tüm kurumların, iş sözleşmesindeki istikrarı destekleme amacı taşıdıklarını da belirtmek gerekir. Sözleşmenin askıya alınması, manevi ifa imkansızlığı hallerinde fesih bildiriminin süre sonunda işlemeye başlaması, işyeri devrinde iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla yeni işverene geçmesi gibi kurumların tamamı, geniş anlamda iş güvencesine hizmet eder[179]. Bu nedenle yalnızca fesih değil, sözleşmelerde sona erme sonucu doğurabilecek diğer hallerin de İş Hukukunda sosyal kamu düzeni yoluyla farklı bir sonuca bağlanması ve ilişkinin sona erdirilmemesi temel alınmıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu sözleşmeyi mümkün olabildiğince ayakta tutmaya, sona erme hallerini de aynı şekilde işçi lehine yorumlamaya çalışmıştır[180].

2. Hassas Dengenin Korunması

Tam iki tarafa borç yükleyen bazı sözleşmelerde, taraflardan biri yapma yahut verme borcu gibi doğrudan parasal olmayan bir edimi yüklenirken, sözleşmenin diğer

[176] Gülsevil Alpagut, "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması,** İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 79-117, s. 81 (Feshe Karşı Koruma).
[177] İşten çıkarılmanın psikolojik ceza yönü hakkında bkz. Aykaç**, a.g.e.,** s. 13-14.
[178] Deniz Ugan Çatalkaya, **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, İstanbul, Beta, 2019, s. 469.
[179] Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 324; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar,** Ankara, Seçkin, 2002, s. 167 (Temel Haklar).
[180] İkalenin yargısal denetimi bu anlamda önemli bir örnek teşkil eder, nitekim tarafların yaptığı bozma sözleşmesinin aslında baskı altında yapılıp yapılmadığı, gizlenmiş bir işveren feshi olup olmadığı, işçiye makul yararın veya ek menfaatlerin sağlanıp sağlanmadığı istikrarlı bir şekilde Yargıtay tarafından denetlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bknz, Hasan Nüvit Gerek, "İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:4, 2011, s. 43 vd.(İkale).

tarafı para ödeme şeklinde bir edimi yüklenmektedir. Bu durumda kural olarak yapma veya verme borcunun, karşılığı olan para ödeme edimi ile arasında denge kurulduğu kabul edilir[181]. Ancak iş sözleşmesi için aynı dengenin kurulabilmesi mümkün olmamakta, bir tarafın emir ve otoritesi altında iş görülen bu ilişkide, taraflar eşit olarak kabul edilememektedir[182].

İş Hukukunun ayrı bir dal olarak ortaya çıkış amacı, ağır ekonomik koşullarda çok düşük ücretlere çalışan ve neredeyse hiç dinlendirilmeyen, iş güvencesi olmayan işçileri koruma altına almaktır[183]. Bu amaç doğrultusunda devletin özel hukuk ilişkisine müdahale etmesi, özellikle dezavantajlı konumda bulunan kişileri koruyucu normların düzenlenmesi gerekmiştir. İş ilişkilerindeki uyuşmazlıkların yapısı, taraflardan biri lehine olan yolu tercih etmeyi gerektirmiş, bu tercih de başlı başına dengeden uzaklaşılmasına sebep olmuştur[184]. Zaman içinde Borçlar Hukukunun temel prensipleriyle İş Hukukunun koruyucu sistemi arasında gelgit yaşanarak, deyim yerindeyse deneme-yanılma suretiyle boşluklar doldurulmaya ve bu hassas denge yeniden kurulmaya çalışılmıştır. Doktrinde Lyon-Caen'in belirttiği üzere, işçiye hak olarak tanındıktan bir süre sonra grev hakkına kötüye kullanma denetiminin uygulanması, işçi temsilcilerinin iş sözleşmesinin feshi yasaklandıktan sonra, bu hükmün aynen ifa yerine tazminat yaptırımına bağlanması ve feshe geçerlilik tanınması gibi hususlar, Medeni Hukuktan ne kadar ayrılmaya müsait olduğu ve alanın düzenlenme amacının altında yatan aykırılığı da sorgulatmıştır[185]. Bu nedenle yalnızca İş Hukukunun kendine özgü yolları kullanılarak bu ilişkide doğru sonuç bulunamamakta, çözüm ve denge arayışı sürekli bir biçimde devam etmektedir.

Fesih hakkı da bir Borçlar Hukuku kurumu olarak iş ilişkilerinde uygulama alanı bulmuş, ancak liberal sistemde öngörüldüğü haliyle kullanılması iş sözleşmesinin dayanıksızlığına yol açmıştır. Bu dayanıksızlık, kanun koyucuyu hakkın kullanım alanını denetlemeye ve daraltmaya yöneltmiştir. Her iki tarafın sözleşme kurulurken olduğu gibi, sözleşmeyi sona erdirirken de bir menfaatinin

[181] Topuz, **a.g.e.**, s. 49.
[182] Süzek, **İş Hukuku**, s. 20.
[183] Süzek, **İş Hukuku,** s. 19-20.
[184] Lyon-Caen, **Genel İlkeler,** s. 261.
[185] Lyon-Caen, **Genel İlkeler**, s. 262-263.

bulunması gerekir. İş sözleşmesinin sona ermesi için, bu sözleşmeyi kurarken hareket noktası kabul edilen menfaatin ortadan kalkması veya bu menfaatin önemli ölçüde temin edilememesi söz konusu olmalıdır. Feshin sosyal amacının işçi ve işveren için farklılık arz ettiği, feshe ilişkin hükümlerin iş kanununda bu denli detaylı düzenlenmesinin ise bu farklılıktan kaynaklandığı öne sürülmektedir[186]. İşçi için feshin amacının sözleşmeden özgürleşme olduğu kanaati mevcutken, işveren için ise işletmenin yararına yönelik olduğu kabul edilir[187].

Fesih hakkının kullanılmasında işverenin girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı gibi iki temel hakkın karşılıklı olarak bulunduğu, bunların çatışma halinde oldukları doktrinde ifade edilmiştir[188]. Hem sözleşmenin kurulmasında hem de sona erdirilmesinde görüldüğü üzere menfaatlerin dengelenmesi gerekliliği doğar[189]. İşverenin menfaati karşısında işçinin menfaatleri zedelenebilir, fakat burada dengeyi tehlikeye atan husus, fesih hakkını kullanan tarafın özgürlüğünün karşısında, muhatabın keyfiliğe maruz kalması, temel haklarının zedelenmesi ihtimalidir[190]. Bu nedenle aradaki dengeyi sağlamak için gerekenlerden biri de iş ilişkisinde işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasıdır[191]. Yalnızca kanun koyucu değil, sosyal taraflar da dengeyi sağlamak için fesih hakkını sınırlandıran düzenlemeler yapabilirler[192]; sözleşme veya toplu iş sözleşmesiyle feshi sınırlayan başka bir yöntem öngörülebilir[193]. Bu sınırlamalar elbette kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kişilik

[186] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s.5.
[187] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 82-83. İşveren bakımından kişisel özgürlükten öte işletmede yönetim özgürlüğünün önemli olduğu hakkında bkz. Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 18.
[188] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 27.
[189] Seliçi, **a.g.e.,** s. 33; Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 13; Aykaç, **a.g.e.,** s. 17; Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 80.
[190] Doktrinde, bu değerlendirme yapılırken, feshi gerektiren durumun kim tarafından riziko edildiğine bakılması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 180.
[191] Süzek, **Askı Teorisi**, s. 10.
[192] Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s. 19; İş güvencesinin kabul edilmediği dönemde söz konusu sınırlama hükümlerine uygun olmayan feshin sözleşmeye aykırılık sonucu doğuracağı yönünde, bkz. Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 79.
[193] Alpagut, **Feshe Karşı Koruma**, s. 82-83; Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 338-339; Süzek, **İş Hukuku**, s. 735; Baycık, emredici olarak kanun koyucunun düzenlememiş olduğu bir yenilik doğuran hakkı, işverenin cezai şart ödemesi yahut feshin geçersiz sayılması yönünde bir sözleşme hükmüyle sebebe bağlı hale getirmenin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 73.

haklarına aykırı veya hakkın kullanılmasını tamamen engelleyen bir nitelikte olmamalıdır[194].

Zaman içerisinde İş Hukuku çalışma koşullarının değişimi ile dinamik bir yapı kazanmıştır. Alışılageldik kurallar ve sorunlar varlığını korumakta, fakat özellikle 1970'lerin sonlarından beri ortaya çıkan esneklik ihtiyacı kapsamında yapılan düzenlemeler, gün geçtikçe daha farklı çalışma şekillerinin uygulanmasını gerekli kılmaktadır[195]. Endüstrinin ve teknolojinin gelişmesiyle de işyerinin neresi olduğundan ziyade nelerden ibaret olduğu, mesai kavramı yerine işçinin ulaşılabilir olmama hakkı olup olmadığı gibi yepyeni sorular gündemi meşgul etmeye başlamıştır. Pandemi nedeniyle fesih yasağı getirilmiş, kısa çalışma gibi sıklıkla başvurulmayan bir kurum, gündemin ortasına yerleşmiştir. Şu halde denilebilir ki, iş hukukunda denge arayışına duyulan ihtiyaç, çalışma hayatında gün geçtikçe değişen koşullara göre kendini sürekli olarak güncellemektedir. Bu nedenle doktrin ve içtihat bu güncellemeye ışık tutacak dayanaklar oluşturma görevini üstlenecektir.

3. Taraflar Arasındaki Güven İlişkisi

Sözleşmelerde taraflardan her biri, yüklendiği edimleri yerine getireceği konusunda muhatapta bir beklenti oluşturur[196]. Bu beklentinin kaynağı, tarafların birbirlerine duydukları güvendir; borç ilişkisi bu güven duygusunun üstüne kurulur[197]. Birbirleri ile etkileşime giren tarafların kurduğu güvene dayanan ilişki, dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklere göre ifa edilmelidir[198]. Sıkı güven bağı aynı

[194] Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı,** s. 74. Yargıtay, toplu iş sözleşmesiyle bildirim sürelerinin fahiş şekilde artırıldığına hükmettiği bir kararında, işverenin fesih hakkının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde sınırlandırıldığına, bu düzenlemeye dayalı ihbar tazminatı talebiyle artık amacın ve yasanın tanıdığı koruma sınırlarının aşıldığına hükmetmiştir, bkz. Y9HD, T. 12.06.2013, 2011/23579 E. 2013/18090 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr). Toplu iş sözleşmesi özerkliği ve bu konudaki tartışmalar için bkz., Süzek, **İş Hukuku**, s. 737; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 909 ; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 957 vd.

[195] Süzek, **Yorum**, s. 13; Süzek, **İş Hukuku**, s. 22.

[196] Antalya, **Borçlar Genel,** s. 127.

[197] Seliçi, **a.g.e.,** s. 34; Eli Bukspan, "The Notion of Trust as a Comprehensive Theory of Contract and Corporate Law: A New Approach to the Conception That the Corporation Is a Nexus of Contract", **2 Hastings Business Law Journal,** 2006, s. 229-230.

[198] Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 46.

zamanda tarafların karşılıklı güvenleri ve/veya menfaatleri veya amaçlarında da ortaklık olduğu anlamına da gelecektir[199]. Bu güven ilişkisi, yalnızca sözleşmenin asli edimlerinin ifasında değil, aynı zamanda yan edimlerin oluşmasında ve içeriklerinin belirlenmesinde önem arz edecektir[200].

Sürekli borç ilişkilerinde, edimler bir kere ifa edilmekle tamamlanmamakta, ifa sürekli hareketler silsilesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. Taraflar, birbirini tekrar eden hareketlerin beklentisi içine girmektedirler. Böylece bu ilişkilerde, ani edimli borç ilişkilerine göre daha sıkı bağlar oluşmaktadır[201]. Kişisel ilişkilerin yoğun olduğu sürekli borç ilişkilerinde, güven ilişkisi kendini daha çok gösterir. Kanun koyucu, bu güven duygusunun ilişkideki yoğunluğuna göre düzenlemelere yer verebilmektedir[202].

İş ilişkisinde işçi, işverene yalnızca iş görme borcunu sunmaz, aynı zamanda ona bağlı olacağını da taahhüt eder. Bu da oldukça yakın bir kişisel ilişki oluşturur, dürüstlüğün karşılıklı olarak önemini artırır. Güven ilişkisinin zedelenmesi sözleşmenin devamında önemli bir rol oynar[203]. Keza doğrudan doğruya borçlanılan edimle ilişkili olmasa dahi, alacaklı ile borçlu arasındaki kişisel ilişkide meydana gelecek bozukluk, borç ilişkisinin sona erdirilebilmesine sebep olabilir[204]. Güven ilişkisinin beklenmedik bir şekilde zedelenmesi, iş sözleşmesinin işlem temelinin çökmesine sebep olabilir[205]. Nitekim kanun koyucu bu ilişkinin sona erdirilmesine sebep olacak hallerin büyük bir çoğunluğunu dahi güveni sarsan yahut ortadan

---

[199] Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.**, Knr. 426, s. 157.

[200] Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 424, s. 156. Güven ilişkisinin yoğunlaştığı sözleşmelerde, yan edim yükümlülüklerinin ihlalinin de haklı feshe sebep olacak ağırlık taşıyabileceği hakkında, bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 151.

[201] Seliçi, **a.g.e.**, s. 34.

[202] Taraflardan birinin bu güven ilişkisinin çökmesine sebep olan davranışına karşılık, diğer tarafa bu ilişkiyle bağlı kalmaktan kurtulmanın yolunu açılmıştır. Bu yol, derhal fesih yoludur ve kaynağını dürüstlük kuralından alır. Seliçi**, a.g.e.,** s. 35; Cherpillod, **a.g.e.,** Knr. 235, s. 128; Özdemir**, Dürüstlük Kuralı**, s. 57. Buna karşılık diğer görüşe göre her borç ilişkisinde güven gerekir, sürekli borç ilişkilerinde özel bir güven bağı olması zorunlu değildir, bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 116 ve s. 114, dn. 319'daki yazarlar.

[203] Süzek, **İş Hukuku,** s. 604-605; Canan Erdoğan, **İş Hukukunda Şüphe Feshi**, Ankara, Yetkin, 2019, s. 9 (Şüphe).

[204] Seliçi, **a.g.e.,** s. 35.

[205] Güven ilişkisinin iş sözleşmesinde temel, esaslı nitelik taşıdığı yönündeki İsviçre Federal Mahkeme kararları için bkz. ATF 127 III 351 JdT 2001 I 369; ATF 124 III 25 c.3c, JdT 1998 I 127 (www.swisslex.ch)

kaldıran haller olarak belirlemiştir. Bu bile, başlı başına sözleşmedeki sıkı ilişkiyi ve güvene verilen önemi göstermektedir.

Birbirlerine güvenerek uzun süre yola birlikte devam eden sözleşme taraflarının borçlarını dürüstlük kuralı kapsamında ifa etmeleri gerekmekte, bu sayede haklı çıkarları korunmaktadır. Bununla birlikte taraflar arasındaki kişisel ilişki ve güvenin yoğunluğuna göre her somut olayda bu borçların sınırları ve ağırlıkları değişmektedir.

Görülmektedir ki iş sözleşmesini diğer sürekli borç ilişkilerinden ayrıştıran bu özellikler, bu ilişkide fesih hakkının sosyal fonksiyonunu da belirlemeye yardımcı olmaktadır. Fesih hakkının sınırlandırılması, çizilen bu sosyal çerçeve içerisindeki değerlerin korunmasına hizmet etmektedir.

B. Hakkın Kötüye Kullanılması Sistemi

İşçi ile işveren arasındaki ilişkiye kapitalizmin temel dinamiklerinin uygulanması nedeniyle, İş Hukukunun kendi alanını yaratma mücadelesi tam anlamıyla başarı sağlayamamakta, geleneksel kavramlara bağlılık sürdürülmektedir[206]. Liberal düşüncede fesih hakkının kullanımı için işverenin yahut işçinin bir neden ileri sürmesi gerekmese dahi bu hakkın kullanılması, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının genel uygulama alanı kapsamına girer ve hakkın kullanımında bu genel kaidelerin oldukça önemli bir yeri bulunmaktadır[207]. Hakkın kötüye kullanılması teorisine göre en mutlak haklar dahi mutlak değildir, sosyal amacına aykırı kullanılmama gereği nedeniyle görecelidir[208].

Doktrinde fesih hakkının sosyal amacından bahsedilirken, meşru sebebin (*motif légitime*) varlığı aranmış, bu durumda yalnızca sözleşme ilişkisinden kurtulma isteği yeterli bulunmamıştır[209]. Ancak iş güvencesi yokken yahut işçilerin bir kısmı bu

[206] Lyon-Caen, **Genel İlkeler,** s. 267.
[207] Geçmişte birçok hukuk sisteminde koruyucu hükümler bulunmadığında hakkın kötüye kullanılması teorisiyle sınırlama yapıldığı yönünde, bkz. Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı,** s. 80.
[208] Velidedeoğlu, **a.g.e.,** s. 333.
[209] Oğuzman, **İş Akdi**, s. 209, dn. 183; Billeter, **a.g.e.,** s. 57.

kapsamda değilken fesih hakkının meşru (veya makul) sebep olmaksızın kullanıldığı halleri tespit etmek kolay olmamaktadır[210]. İrade özerkliği sebebiyle tanınan bir sona erdirme hakkının kullanılma sebebini bildirme yükümlülüğü bile getirilmezken, hakkın kullanılma gayesinin sosyal amacın dışında olup olmadığını anlamak da şüphesiz çok zordur. Bu nedenle kanun koyucunun meşru sebepleri belirlemesi veya bu sebeplerin tespitinde yol gösterici olan ölçütlerin yargılama aşamasında ortaya koyulması önem teşkil eder. Farklı ülkelerde bu ölçütlerin tespiti için farklı yöntemler izlenmiştir.

1. Hakkın Kötüye Kullanıldığının Tespitine İlişkin İzlenen Yöntemler

a. Türk Hukuku - Genel Hükümlerle Sınırlama

Türk Hukukunda ilk defa 3008 sayılı İş Kanunu[211] ile olağan fesih ve derhal fesih birbirinden ayrılmış, farklı hukuki sonuçlara bağlanmıştır[212]. Kanunun 1937 yılında yürürlüğe girdiği tarihte, olağan feshi sınırlandıran bir hüküm mevcut değildi. Ancak 25.01.1950 tarihli ve 5518 sayılı Kanun[213] ile yapılan değişiklik ile 13. maddenin 5. fıkrasına *"işçinin sendikaya üye olması, temsilcilik ödevinin icaplarını yapması, şikayet mercilerine başvurması gibi sebeplerle işinden çıkartılması hallerinde ve genel olarak fesih hakkının kötüye kullanıldığı diğer durumlarda ayrıca ikinci fıkrada yazılı önellere ait ücretlerin üç misli tutarı tazminat olarak ödenir"* hükmü eklenmiştir. Kanun koyucu, o dönemde iş sözleşmelerinde fesih hakkının

[210] Doktrinde hakkın sosyal amacının tespitinin zorluğuna da değinilmiştir. Zaman içinde politik görüşlerin değişmesiyle, hakkın düzenlenme amacı da değişiklik gösterebilir, bkz. Billeter, **a.g.e.,** s. 26-27.

[211] RG T.:15.06.1936, S:3330.

[212] Olağan fesih, kanunun 13. maddesinde düzenlenmiş olup, işçinin kıdemine göre artan fesih bildirim sürelerine yer verilmiştir. Maddenin son fıkrasında "*İhbar şartına riayet etmiyen taraf, yukarıda yazılı mühletlere aid ücretlerin tutarile beraber ayrıca işin mahiyetine göre miktarı hâkim tarafından takdir edilecek bir tazminat dahi ödemeğe mecburdur*" düzenlemesi yapılmıştır. Bahsedilen tazminat ihbar süresine uyulmamasından ötürü düzenlenen ihbar tazminatıdır. Kanunda işin mahiyetine göre hakim tarafından bir tazminat daha belirlenebileceği öngörülmüştür. Doktrinde söz konusu tazminatın genel hükümler uyarınca bir maddi veya manevi tazminat talebi niteliğinde olabileceği ileri sürülmüştür, bkz. Ali Güzel, "3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, C: 0, S: 35-36, 1986, s. 165-222, s. 190 (İş Yasası).

[213] RG T: 31.01.1950, S:7420

işverence kötüye kullanıldığını uygulama yoluyla tespit etmiş ve hakkını kötüye kullanan işvereni bir yaptırımla karşı karşıya bırakmıştır[214]. Sendikaların arttığı bu dönemde, sendikal özgürlüklerin ihlal edilmesini önleme amacı taşıyan bu düzenlemenin önemine doktrinde de değinilmiş[215], mahkemelerin çekingen yaklaşımı nedeniyle genel hükümlere göre kötüniyetin tespiti zor olduğundan, hükümde örneklerin açıkça düzenlenmesinin isabetli bir tercih olduğu belirtilmiştir[216].

3008 sayılı Kanun'un yerini 1475 sayılı İş Kanunu aldığında, olağan fesih hakkının sınırlandırılması bakımından büyük bir değişikliğe gidildiği söylenemeyecektir. Kanunun 13. maddesinde, olağan fesihte hakkın kötüye kullanılmasına dair yaptırımın tekrar edildiğini görüyoruz. Hükümde "*işçinin sendika üyeliği*" veya "*işçinin şikayeti*" kötüye kullanmaya ilişkin durumlara örnek olarak verilmiştir[217], ancak kötüye kullanma, bu sayılanlarla sınırlı değildir[218]. 3008 sayılı Kanun döneminden farklı olarak, temsilcilik faaliyetleri bu düzenlemede sayılmamıştır[219]. İş kanunlarında sadece işveren aleyhine öngörülen kötüniyet tazminatı dışında işçinin fesih hakkını kötüye kullanmasına dair bir yaptırıma yer verilmemiştir[220]. 4857 sayılı İşK m. 17/6'da tazminat yaptırımı aynı şekilde öngörülmekle birlikte örnekler gerekçeye[221] taşınmıştır. Kanun koyucunun

---

[214] Güzel, **İş Yasası**, s. 191; İşçilerin özellikle sendikalara üyelik ve politik görüşleri nedeniyle feshe maruz kalmakta olduğu görüşünde, bkz. Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı,** s. 80.

[215] Hükmün örnekleyici niteliği gereği yargıca rehberlik ettiği kanaatinde, bkz. Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 92.

[216] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 98.

[217] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 566.

[218] Tunçomağ**, İş Hukuku**, s. 364; Elbir, **İş Hukuku**, s.100; Tuncay, **Değerlendirme 1994**, s. 41; Ali Güzel, "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993**, İstanbul, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, 1995, s. 74 (Değerlendirme 1993).

[219] İşçi temsilciliği yerine sendika işyeri temsilciliği düzenlemesinin getirilmesiyle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II-A-2-b.

[220] Fevzi Şahlanan, "Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması,** İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 143-159, s. 150 (Feshe Karşı Koruma); Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 393; İşçinin fesih hakkını kötüye kullanmasının kanun genel ifadesi içinde değerlendirilebileceği yönünde, Ekonomi, **İş Hukuku**, s. 187.

[221] "*İş Kanununun 19 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ondan az sayıda işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışan işçiler ile işyerindeki kıdemi altı ayın altında bulunan işçiler 19-22 nci maddelerde öngörülen koruyucu hükümlerden yararlanamayacaklardır. İşveren bu durumdaki işçilerin iş sözleşmelerini fesih hakkını kötüye kullanarak, sözgelimi işçi kendisi hakkında bir şikayette bulunduğu veya kendisi aleyhinde dava açtığı ya da şahitlik yaptığı için sona erdirmiş ise, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında bir kötü niyet tazminatı ödeyecektir. İşveren sözleşmeyi bildirim şartına dahi*

ifadesinden de anlaşılacağı üzere bu örnekler, hakkın kötüye kullanıldığı hallerin sınırlı bir sayımı değildir.

TBK m. 434 ile ilk defa Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından fesih hakkının kötüye kullanılabileceğine dair pozitif hükme yer verilmiştir[222]. Ancak bu düzenlemede de örneğe yer verilmemiştir. Aşağıda açıklanacağı üzere, mehaz kanun, somutlaştırma amacıyla kötüye kullanma hallerine yer verme ihtiyacı duymuştur. Hüküm TBK'ye alınırken örnekler kaldırılarak genel bir ifade kullanılmıştır[223].

Kanun koyucu, hakkın kötüye kullanıldığının nasıl tespit edileceğine ilişkin bir yol göstermemektedir. Doktrinde Süzek, bu konuyu ele alan "İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması" isimli doktora tez çalışmasında, Türk İş Hukukunda kötüye kullanım hallerinin oldukça nadir olarak tartışıldığını haklı olarak belirtmiştir. Yazar, nelerin kötüye kullanım teşkil edeceği ve nelerin meşru sebep olabileceği noktasında bir sınıflandırma yapmaya çalışmış ancak sınırlı bir sayımın mümkün olmadığını bizim de katıldığımız biçimde ortaya koymuştur[224]. Bu durumda, fesih hakkının kötüye kullanıldığı hallerin tespiti için başvurulan ölçüt, dürüstlük kuralı olmaktadır[225].

Süzek, işverenin ekonomik ve teknik gerekler nedeniyle fesih hakkını kullanması veya işçinin kusurlu olmasının meşru bir sebep oluşturabileceğini ileri sürmüştür. Meşru sebepler, haklı nedenle feshe sebep olmayacak ağırlıkta olan sebeplerdir ve kötüye kullanıma yol açmazlar[226]. Doktrinde Çelik de, işyerinde ekonomik zorunluluk olmadıkça işçilerin keyfi işten çıkarmalarının önlenmesi

---

uymaksızın sona erdirmiş ise, kötü niyet tazminatı yanında ayrıca bildirim süresine ilişkin ücret tutarında bir tazminat daha ödeyecektir."

[222] bkz. aş. Üçüncü Bölüm, III-A-2-b.

[223] Soyer, **Sona Erme**, s. 17.

[224] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 113 vd.

[225] Yazar çalışmasında, işletme yararı ile ilgisi bulunmayan işten çıkarmaların hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesini bir kıstas olarak incelemiştir. Bu görüş, işletmesel nedenler kavramının geniş yorumlanması sonucunda ortaya çıkmıştır. Olağan fesih hakkı mesleki menfaate dayanmalıdır ve mesleki menfaat yokluğu hakkın kötüye kullanılması sonucu doğurur, bkz. Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 84.

[226] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 111; Serkan Odaman, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011,** Ankara, Kamu-İş, 2013, s. 131-234, s. 144 (Değerlendirme 2011) .

gerektiğini ileri sürmüştür[227]. Doktrinde Çenberci, işçinin hak ve özgürlüklerinin kullanılmasını engelleme amacının bulunduğu bütün durumlarda, iş sözleşmesini sona erdirme hakkının kötüye kullanıldığı sonucunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir[228]. İşçinin şikayeti, dava açması, tanıklık yapması gibi haller nedeniyle sözleşmesinin feshedilmesi de kötüye kullanıma örnek verilmektedir. Yazarlar, işverenin feshi için meşru sebepleri olması gerektiğini savunmuşlardır. Sosyal gayeyi karşılamayan, işletmenin yararına yönelik olmayan fesih iradesi, fesih hakkının kötüye kullanılması sonucu doğuracaktır. İşveren açısından sosyal amaç, işletmenin daha iyi işletilmesi olarak kabul edilmiş, sözleşme ilişkisinden "kurtuluş" kapısı olmayı aşmıştır[229].

3008 sayılı İş Kanunundan bu yana Yüksek Mahkeme'nin verdiği kararlar, fesih hakkının kötüye kullanılmasının nasıl tespit edildiği bakımından önemini sürdürmektedir. Kötüye kullanımın doktrin ve içtihat yoluyla somutlaştırıldığı haller karine olarak yargıca yol gösterecektir. Yargıtay'ın bazı kararlarında, işverenin fesih serbestisi olduğu kabul edilmekle birlikte, feshe esas teşkil eden "makul ve meşru bir neden"in varlığı aranmıştır[230]. 1992 tarihli bir kararında bu nedenlerin neler olduğunu şu şekilde açıklamaktadır: *"...Makûl ve meşru sebepler, uygulamada ve doktrinde, teknolojide modernleşme nedeni ile makinaların azaltılması, yeteri kadar hammadde bulunmaması, pazar teminindeki güçlük nedeni ile malların satılamaması, üretimde rasyonalizasyon tedbirleri gibi durumlar ile işçinin şahsından ve davranışından doğan, örneğin; işçinin randımansız çalışması, işinde beceriksizlik göstermesi, mesleki yetersizliği, işini yerine getirmek için gerekli bilgileri öğrenme yeteneğinin azlığı gibi haller olarak kabul edilmektedir...[231]"* Kararda Süzek'in bu konudaki

[227] Nuri Çelik, "İşçinin Feshe Karşı Korunması", **Or. Prof. Reşat Kaynar'a Armağan**, İstanbul, 1981, s. 51-52.
[228] Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi,** 6. Bs., Ankara, 1986, s. 353.
[229] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 83.
[230] Y9HD, T., 17.09.2007, 2007/29103 E., 2007/26743 K.
[231] Y9HD, T. 24.09.1992, 1992/3164 E., 1992/10375 K., Kamu-İş 1990-1995 Yargıtay Kararları. Somut olayda işçinin yararlandığı bir toplu iş sözleşmesi bulunmaktadır. Bu toplu iş sözleşmesinde kanuni sebepler olmaksızın işçinin sözleşmesinin feshedilmesi durumunda işçiye çıkış tazminatı ödeneceği kararlaştırılmıştır. Yüksek mahkeme kararda, kanuni olmayan sebepler ifadesinin haklı olmayan sebepler değil, makul ve meşru olmayan sebepler olarak anlaşılması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.

çalışmasına atıf verilmiştir[232]. Bir başka kararda ise "*fesih, ekonomik krize dayandığına göre olayda kötüniyet unsuru gerçekleşmemiştir"* diyerek kötüniyet tazminatı yönünde hüküm veren ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur[233]. İşçinin davranışları nedeniyle feshin yapıldığı bir başka kararda da, işe geç gelme, erken çıkma gibi davranışların haklı sebep olmasa da meşru ve makul sebep olduğuna karar verilmiş, kötüniyet tazminatı talebi reddedilmiştir[234]. Görülmektedir ki, yargılama ile bir ölçüt getirilmeye çalışılmıştır, ancak istikrarlı bir uygulama olduğundan bahsetmek mümkün değildir[235].

Genel yaptırım dışında İşK ve diğer kanunlarda düzenlenmiş bazı hallerde iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin başka yaptırımlar da düzenlenmiştir. Bu hallerin hakkın kötüye kullanılmasının özel görünümleri olduğu kabul edilmektedir. Kanun koyucu ayrımcılık ve sendikal nedenlere dayanan fesihlerde korumayı etkinleştirmek amacıyla ayrı bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir. İşK m. 5'te belirtilen ayrımcılık halleri, feshe gerekçe teşkil edemez. Ayrımcılık yaratan bir sebebe dayanan fesih, kötüniyetli fesihtir[236]. Anayasa ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında öngörülen sendikal özgürlüklerin kullanılmasının engellenmesine yönelik fesihlerde de aynı şeyi söylemek mümkündür[237]. Böylece

---

[232] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 110, Sarper Süzek, "İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih", **A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, s. 565-586, s. 565 (Geçerli Fesih).

[233] Y9HD, T. 19.03.1996, 1996/4900 E., 1996/5688 K. (www.legalbank.net)

[234] Y9HD, T. 17.11.1992, 1992/14407 E., 1992/12561 K. Meşru ve makul neden arayışının iş güvencesine yönelik olduğu görüşüyle kararı değerlendirmesi için bkz. Metin Kutal, "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992**, İstanbul, 1994, s. 37-74, s. 44 (Değerlendirme 1992).

[235] Bir başka kararda ise Yüksek Mahkeme, "*işyerindeki ekonomik kriz, hammadde sıkıntısı, yeni teknolojilerin uygulanması, işçinin yetersizliği*" gibi sebepleri makul-geçerli sebep olarak sayıldığını ifade etmiştir, bkz. Y9HD, T. 22.01.2004, 2003/22636 E., 2004/534 K. Burada makul sebep veya geçerli sebep kavramları işçiyi feshe karşı korumaktan ziyade fesih hakkının kullanım alanını daraltan toplu sözleşme hükümlerini denetleme amacı taşımaktadır.

[236] Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Dergisi,** C:4, S:11, 2006, s. 63-81, s. 80 (Eşitlik İlkesi); Kübra Doğan Yenisey, "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:2, 2006, s. 60-65, s. 64 (Yargıtay Kararı); Aktay / Arıcı / Senyen Kaplan, **a.g.e.,** s. 182; Ugan Çatalkaya, **a.g.e**., s. 200; Göktaş, **a.g.e.,** s. 129.

[237] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 132 vd.; Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 98; Haluk Hadi Sümer, "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C: 2, İstanbul, Beta, 2011, s. 1623-1664, s. 1625 (Sendikal Neden); Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri**, 2. Bs., İstanbul, 2013, s. 162 (Toplu İş); Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 566; Süzek, **İş Hukuku**, s. 563; Göktaş, **a.g.e**., s. 135. Belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nun 5. maddesi mülga 2821 sayılı Kanunun 31. maddesindeki tazminatı saklı tutarak ayrımcılık tazminatının talep edilebileceğini

zaman içinde işçinin kişi olarak varlığının ön plana çıktığı, özellikle temel hak ve özgürlüklerin kullanılması nedeniyle yapılan fesihlere karşı korumanın artırıldığı anlaşılmaktadır. Yine de belirtmek gerekir ki doktrin görüşleri ve içtihat doğrultusunda tespit edilen başlıklar sınırlı sayıda olmayıp[238], dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak bir fesih, başka bir somut olayda başka bir görünümle de ortaya çıkabilecektir.

b. İsviçre Hukuku – Kötüniyetli Hallerin Kanun Koyucu Tarafından Belirlenmesi

İsviçre BK, liberal görüşün, dolayısıyla irade özerkliğinin yoğun etkisi altında şekillenmiştir. Bu kanunda iş ilişkilerine dair hükümlere de yer verilmiştir. Ancak zaman içinde bu sözleşmenin sona ermesindeki serbesti dürüstlük kuralına aykırılık ölçütüyle[239] sınırlandırılmış ve hakkın kötüye kullanımı yaptırıma bağlanmıştır. İsviçre'de günümüzdeki yasal düzenleme, oldukça tartışmalı bir sürecin sonunda oluşmuştur.

Geçmişte, İsviçre MK m. 2'ye dayandırılan talepler kantonal mahkemelerde dar yorumlanmaktaydı[240]. Hükmün uygulama alanı "son çare" olarak görüldüğünden, kısıtlı tutulmakta ve genişletilmemekteydi. Bu nedenle yargıçların dayanak olarak düzenlemeye başvurmak konusunda oldukça çekingen davrandıkları doktrinde ifade edilmiştir[241]. Federal Mahkeme de, çok uzun süredir hiçbir hatası tespit edilmeksizin işyerinde çalışan işçilerin feshe karşı taleplerinde dahi hakkın kötüye kullanılması

düzenlemiştir. Buna yol açan sebep ise, sendikal nedene dayanan ayrımcılığın, ayrımcılık halleri içerisinde özel bir görünüme sahip olması ve özel olarak korunması ihtiyacıdır.

[238] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 75, s. 680; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 201.

[239] Olivia Guyot Unger et al., **Le droit du travail au quotidien,** Federation des entreprises Romandes, Cenevre, Editions Slatkine, 2016, s. 573; Wyler/ Heinzer, **a.g.e.,** s. 531; Aubert, **Droit du Travail**, s. 105.

[240] Vaud kanton mahkemesi, 1981 tarihli bir kararında yönetim ile arasındaki ilişkinin düzeltilemediği ve anlaşmanın mümkün olmadığı bir ortamda iş sözleşmesi feshedilen ve bu nedenle zararını talep eden işçinin talebini reddetmiştir. Mahkemenin gerekçesine göre işverenin feshi geçerli bir sebebe dayanmaktadır, kaldı ki şu üç durumdan biri de yoktur ki bunlar, sebep gösterilmeksizin yapılan fesihler, ırkçı nedenlere dayanan fesihler veya karşı tarafı kızdırmak yahut intikam almak amacıyla yapılan fesihlerdir. Bu nedenle davacının talebi yerinde görülmemiştir, bkz. Roland Bersier, "La resiliation abusive du contrat de travail (art. 336 a 336b CO)", **SJZ**, 89/1993, s. 313.

[241] Bersier, **a.g.m.,** s. 314.

yasağını göz önünde bulundurmamıştır[242]. Feshe ilişkin koruma ihtiyacı zamanla artan bir ihtiyaç olarak gündemde kalmıştır.

Doktrinde ise kötüye kullanıma yaptırım uygulanması yönünde bir görüş oluşmuştur, ancak bu görüş içinde hangi yaptırımın uygulanması gerektiği konusunda fikir ayrılıkları vardır. İsviçre MK m. 2'de yer alan genel düzenlemenin, feshe ilişkin yaptırım bakımından yeterince güçlü bir temel teşkil etmediği ileri sürülmüştür[243]. Nitekim MK m. 2/2 uyarınca ya feshin geçersizliği söz konusu olacaktır ya da fesih iradesi ayakta tutularak tazminata hükmedilecektir. Özellikle MK m. 2/2'nin kötüye kullanımı korumayacağı yönündeki düzenlemesi katı bir biçimde yorumlanırsa, bu durumda feshin geçersiz olduğuna hükmedilecektir, bu yorumun irade özerkliğiyle oldukça çelişen bir sonucu doğurabileceği ifade edilmiştir[244].

Federal Konsey de, fesih hakkının kötüye kullanılmasına yönelik genel bir yaptırım ihtiyacına karşılık, ironik bir şekilde bu hususta yeterince içtihat oluşmamasını gerekçe göstererek, tercihini etki alanı oldukça dar olan düzenlemeler yapmaktan yana kullanmıştır[245]. Türk Hukukunda olduğu gibi İsviçre'de de özellikle sendikal hakların kullanımı işverenin sözleşmeyi feshetme sebeplerinin başında gelmektedir, ancak feshe sınırlama getiren ilk düzenlemeler, askeri yükümlülüklerin yerine getirilmesi veya hamilelik nedeniyle feshe ilişkin olmuştur[246]. Çeşitli kanun tasarılarının ve tartışmaların ardından, iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin düzenleme borçlar kanununda yapılan değişiklikle 1.1.1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir[247]. İsviçre BK'de 336, 336a ve 336b maddeleriyle sırasıyla hakkın kötüye kullanılması olarak kanun koyucunun öngördüğü haller,

[242] Federal Mahkeme, beş yıl hata yapmadan çalışan işçinin sözleşmesinin, 12 yıl önce verilmiş mahkumiyet kararını öğrendikten sonra feshedilmesini de hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmemiştir: ATF 111 II 242, JT 1986 I 78.
[243] Wyler/ Heinzer, **a.g.e.,** s.531.
[244] Zoss, **a.g.e.,** s. 106.
[245] Zoss, **a.g.e.,** s. 93-94.
[246] Tarihi gelişim için bkz. Zoss, **a.g.e.,** s. 80 vd. Yazar, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına yönelik fesihlere de koruma getirileceğini ancak özellikle işverenler tarafından fesih serbestisinin korunmasına yönelik baskıya maruz kalındığını belirtmiştir, bkz. **a.e.,** s. 81.
[247] Marianne Favre-Moreillon, **Les différents types de licenciements en Droit du travail,** Basel, Helbing Lichtenhahn, 2019, s.94; CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 5, s. 657-658.

ardından hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı olan tazminat ve nihai olarak feshe muhatap olan tarafın uyması gereken itiraz usulü düzenlenmektedir.

Federal Konsey, feshe ilişkin korumanın İsviçre MK m. 2/2'deki hakkın kötüye kullanılmasının temelini oluşturan unsurların somutlaştırılmasıyla düzenlendiğini ifade etmiştir[248]. Kanun koyucu, 336. maddede hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki 8 hale yer vermiştir. Maddenin birinci fıkrası mutlak emredicidir, işçi ve işverenin her ikisini birden feshe karşı koruma amacıyla karşılıklılık esasıyla *(le principe de la parité)* düzenlenmiştir[249]; ne işveren ne de işçi lehine yahut aleyhine sözleşme ile değişiklik yapılması mümkün değildir. İkinci fıkra ise nispi emredici nitelik taşır, hüküm işçi aleyhine değiştirilemez[250].

Kanundaki hallerin sınırlı olarak sayılmadığı kabul edilmektedir[251]. Öngörülmemiş diğer haller için İsviçre MK m. 2'deki genel prensiplerin uygulanabileceği ileri sürülmüştür[252]. Sayılan haller, kanun koyucunun politik tercihi olup, Federal Mahkeme'nin MK m. 2 uyarınca yorum yapması fesih hakkının etkinliğini ortadan kaldırmaz[253]. Nitekim fesih hakkı, korumaya değer bir menfaate dayanmıyorsa veya amacına aykırı bir şekilde kullanılıyorsa bu durumda kötüye kullanım söz konusu olacaktır, burada fesih ile sebep arasında nedensellik bağı tespit edilmelidir[254]. Buna karşılık kimi yazarlarca MK m. 2 kapsamında olaya özgü değerlendirme yapılması tehlikeli bulunmuştur. Bu görüşe göre Federal Mahkeme'nin güncel içtihadıyla hükümde yer almayan halleri kötüye kullanma olarak tespit etmesi,

---

[248] Message 1984, FF 1984 II 574, s. 610; Hukuki temellendirmeye yönelik eleştiriler için bkz. Zoss, **a.g.e.,** s. 138-141.

[249] Federal Konsey, 1967 tarihinde iş sözleşmelerinin düzenlendiği İsviçre Borçlar Kanunu'nun 10. bölümünün yeniden düzenlenme ihtiyacını ortaya koymuştu. Konseye göre, çalışanların işverenlere olan bağımlılık hali büyük ölçüde son bulmuştur, bu nedenle işverenlerin haklı menfaatlerinin de işçilerin menfaatleri için korumak gereklidir. Ardından bu prensipten uzaklaşılmış gibi görünse de, kanun tasarısının hazırlanması aşamasında yeniden gündeme gelmiştir. Bu nedenle feshe karşı korumaya yönelik düzenlemeler hem işçi, hem de işveren açısından öngörülmüştür, bkz. Alexandre Berenstein, "La loi sur la résiliation du contrat de travail", **Plädoyer**, Jg. 7, Nr. 1, St. Gallen.,1989, s. 52; Zoss, **a.g.e.,** s. 42-44.

[250] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 4, s. 657; Favre-Morellion**, a.g.e.,** s. 175.

[251] Wyler/ Heinzer, **a.g.e.,** s. 531; CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 70, s. 679; Caruzzo, **a.g.e.,** s. 518.

[252] ZK/Baumann, **Art. 2,** Knr. 354, s. 647; BK/Hausheer-Aebi-Müller**, Art. 2**, Knr. 81, s. 487; Wyler /Heinzer**, a.g.e.,** s. 645.

[253] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 645-646.

[254] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 7, s. 658; Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 645.

özellikle kişilik haklarına aykırılık gibi tanımlanması güç alanlarda hareket edilmesi hukuki güvenilirliği zedelemektedir[255].

İş sözleşmesinin işçiden yahut işyerinden kaynaklanan meşru sebeplerle feshedilmesi gerekir. Dürüstlük kuralına aykırılık ölçütü uyarınca, hakkın amacına uygun kullanılabilmesi için meşru sebeplerin varlığı aranmaktadır. Bu meşru sebebin tespiti için, işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin olup olmadığı incelenmelidir[256]. İşverenin kendi işletmesiyle ilgili yeniden yapılanma veya kapatma, küçülme gibi kararları alma yetkisi kendisindedir, korunmaya değer ekonomik menfaatinin olduğunu kendi tespit eder, ancak elbette İsviçre BK m. 336 kapsamında feshe ekonomik sebebin mi yol açtığı yoksa bunun görünüşteki sebep mi olduğu değerlendirilebilir[257].

İşçinin kişisel özelliklerinden kaynaklanan sebeplerin veya anayasal hakların kullanımının[258] feshe konu edilebilmesi için bu özelliklerin iş ilişkisini doğrudan etkilemesi gerekir. Federal Mahkeme'ye göre, temel hakkın kullanılması nedeniyle iş sözleşmesinden doğan bir borcun ihlali söz konusuysa veya işyerindeki çalışma düzeni esaslı şekilde etkileniyorsa, bu durumda fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilmemelidir[259]. İsviçre doktrininde, işverenin gözetme borcuna aykırılıktan doğan davranışlarının[260], korunmaya değer haklı menfaati olmayan durumların[261] veya fesih aşamasında çelişkili davranmasının[262] fesih hakkının kötüye kullanılmasına yol açabileceği ifade edilmiştir.

İsviçre BK m. 336'da sayılan yahut içtihatla kötüye kullanım olduğu tespit edilen hallerin varlığı, fesih serbestisini ortadan kaldırmaz ve feshin geçerliliği için objektif bir sebebin varlığı aranmaz[263]. İsviçre Hukukunda fesih hakkının kötüye

[255] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 73, s. 680.
[256] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 88, s. 684.
[257] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 90-91, s. 685.
[258] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr.34-38, s. 667-669.
[259] 4C.116/2004, Arrêt du 7 septembre 2004 1re Cour civile; Franz Werro, **Le droit des contrats**, 2. Auflage, s. 691.
[260] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 77, s. 681-682.
[261] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 76, s. 681.
[262] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 78, s. 682.
[263] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 9, s. 659; Favre-Morellion, **a.g.e.,** s. 175; Bersier, **a.g.m.,** s. 319; Zoss, **a.g.e.,** s. 277; Caruzzo, **a.g.e.,** s. 533; Wyler /Heinzer, **a.g.e.,** s. 659.

kullanılmasının yaptırımı kural olarak tazminattır[264]. İsviçre BK m. 336a hükmü ile yargıcın tüm koşulları göz önünde bulundurarak hükmedebileceği bir tazminatın ödenmesi öngörülmüştür. Bu tazminatın miktarı işçinin altı aylık ücretini aşmayacak şekilde tespit edilecektir[265]. 336b maddesinde ise tazminatın talep edilebilmesi için feshe muhatap olan tarafın yazılı olarak itiraz etmesi gerektiği düzenlenmiştir.

İsviçre Hukukunda her ne kadar fesih serbestisi olsa da, iş güvencesindeki "geçerli sebep"lere çok yaklaşan bir "meşru sebep" kavramının kabul edildiği görülebilmektedir. Kavramlar arasında fesih hakkının doğup doğmadığı noktasında farklılık oluşmaktadır. Federal Konsey, taraflardan birinin iradesine aykırı şekilde sözleşmenin uzatılması anlamına gelen işe iadeyi, yersiz ve kullanışsız bir uygulama olduğu görüşüyle reddetmiştir[266]. Son yıllarda özellikle sendika işyeri temsilcisi gibi özel durumu nedeniyle iş güvencesine ihtiyacı olan işçilere, farklı güvencelerin düzenlenmesi gerektiği de getirilen eleştiriler arasındadır[267].

2. Hakkın Kötüye Kullanılması Sistemiyle Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

İş Hukukunda sosyal kamu düzeni, işçinin çalışmasını bir malvarlığı olarak görmek yerine onu bir kişi olarak görmeyi gerektirir, bu nedenle kişilik haklarının, temel hak ve özgürlüklerin korunması gereksinimi ön plandadır[268]. Fakat yargı önüne gelen uyuşmazlıklarda zaman içinde görülmüştür ki, sürekli borç ilişkisinden kurtulma

[264] LEg m. 10 ile ise cinsiyet ayrımcılığı oluşturan fesihlerde istisnai olarak işçiye feshin geçersizliği ve işe iade yönünde dava açma hakkı tanınmıştır. Açıklamalar için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II-A-2-c.
[265] CS-Dunand, **Art. 336a**, Knr. 7, s. 689-690.
[266] Feuille fédérale 1984 II 574, s. 623. (Naklen: Karine Lempen / Rachel Salem, "Le droit à la réintégration suite à un congé de rétorsion", **Revue de droit du travail et d'assurance-chômage**, 2020, s. 98)
[267] Jean Christophe Schwaab, "La protection contre le licenciement abusif", **Revue de droit du travail et d'assurance-chômage,** 2010, s. 157. Doktrinde Dunand, İsviçre'deki iş hukuku sistemine hakim olan genel prensiplerin feshin geçersizliği ve işe iadeyle uyum içinde olmadığını, 1995'te yürürlüğe giren LEg m. 10 kapsamında öngörülen mekanizmanın dahi etkili bir işe iadeye fırsat veremediğini, bu nedenle de işçi temsilcileri için korumanın altı aylık tazminattan on iki aya uzatılması yönünde görüş bildirdiklerini ifade etmektedir, bkz. Jean-Philippe Dunand, "La Suisse et la 'liste noire' de l'Organisation internationale du travail (OIT)", **Festschrift für Wolfgang Portmann**, 2020, s. 143.(List Noire)
[268] Lyon-Caen, **Genel İlkeler**, s. 288.

olanağı sağlayan fesih hakkının kullanımı, bir başkasının temel hak veya özgürlüğünü kullanmasını engelleyebilmekte veya bu özgürlüğün kullanılması nedeniyle bir cezalandırma mekanizmasına dönüşebilmektedir.

Sosyal haklar kategorisi içinde yer alan hakların çalışma hayatında yatay düzeyde ihlal edilmesi önemli bir sorundur ve hafife alınmamalıdır[269]. Bu ilişkideki eşitsizlik, kişi ile devlet arasındaki ilişkideki eşitsizliğe benzetildiğinden, temel hakların iş ilişkisinde korunması ciddi bir şekilde ele alınmalıdır[270]. Belirtmek gerekir ki devlet ile kişi arasındaki durumun değerlendirilmesinden farklı olarak iş ilişkisinde, her iki tarafın temel hak ve özgürlükleri gözetilmelidir; çünkü işverenin sosyal olarak güçlü konumda bulunduğu ve kendi kararı üzerine yaptırım uygulayabildiği kabulüyle dahi, bu güce sahip olan işverenin de temel hak sahibi olduğu gerçeği gözler önündedir[271].

Türk Hukuku ve İsviçre Hukukunda yukarıda anlatıldığı üzere, bu koruma Medeni Hukukun genel kavramlarıyla sağlanmaya çalışılmıştır. Feshin geçerliliği sebebe bağlanmadığında, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile hakkı sınırlandırarak feshe karşı koruma sistemi geliştirilmiştir.

Bu yöntemin izlenmesinin sebebi, iş güvencesinin pozitif hukukta düzenlenmemesi veya belirli bir grup işçiyi kapsam dışı bırakmasıdır. Ancak iş güvencesinin kanun ile düzenlendiği ülkelerde de dürüstlük kuralı yoruma esas alınır. Örneğin Almanya'da, Feshe Karşı Koruma Yasası koruması[272] kapsamında olmayan işçilerin de yargıcın yarattığı hukuk yoluyla, "ikinci derecede" feshe karşı koruma

---

[269] Reyhan Sunay, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 23, S:1, 2015, 9-52, s. 26.
[270] Ertürk, **Temel Haklar**, s. 49.
[271] **MünchARB/Fischinger**, § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Band I, Knr. 8.
[272] Fesih hakkının yasal düzenleme ile sebebe bağlandığı durumlarda da hakkın sosyal amacı doğrultusunda kullanılabileceği bir sistem yaratılmıştır, bu nedenle hareket noktası fesih hakkının sosyal amacına uygun hareket edilmesi, dolayısıyla dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır, aynı görüşte, karş. Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 28. Feshe Karşı Koruma Yasası'nın, dürüstlük kuralının öngördüğü davranış yükümlülüğünü temel aldığı kabul edilmektedir, bkz. Waas, **a.g.m.**, s. 624. Örneğin Alman hukukunda sosyal bakımdan haksız feshin varlığı halinde feshe karşı koruma sistemi işletilmektedir. Feshin sosyal haklılığı ile kastedilen, makul, dürüst bir işverenin iş ilişkisini sona erdirirken elindeki sebepler ile işçinin menfaatlerini nasıl değerlendirdiğidir, bkz. Wilfried Berkowsky, **Die betriebsbedingte Kündigung,** 5. Auflage, Beck, Münih 2002, s. 48 (Naklen: Manav, **Geçersiz Fesih,** s.188)

kapsamına alınabildiği, bu şekilde iş ilişkisinde temel hak ve özgürlüklerin korunmasının dürüstlük kuralına dayanılarak sağlandığı ifade edilmiştir[273]. Alman Anayasa Mahkemesi, koruma kapsamı dışındaki kişilerin anayasal haklarının, mahkemelerce dürüstlük kuralı gibi özel hukuk ilkeleri vasıtasıyla korunması gerektiğini belirtmiştir[274].

Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumunun sebebi, anayasal normların ve temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerine nasıl etki edeceğine ve bu ilişkilerde korumanın kapsamına dair tartışmaların sonucudur. Bu konudaki görüşlerin gelişimine kısaca değinmek gerekir.

a. Genel Olarak

İnsanın layık olduğu asgari standartlar ve haklarının güvence altına alınması, onun onurlu bir hayat yaşaması için gereklidir[275]. Anayasalarda[276] ve uluslararası düzenlemelerde yer verilen insan haklarına "temel hak ve özgürlük" adı verilir, aslında bu isimlendirme onların niteliğini değiştirmez; bu haklar, insan olmaktan kaynaklanan, ahlaki değerlere dayanan haklardır[277]. Temel hak ve özgürlüğü

[273] Waas, **a.g.m.**, s. 626; Ulucan, **Alman Hukuku**, s. 237.
[274] Fazıl Sağlam, "Anayasa Hukuku Perspektifi ile İş Hukukunun Bazı Sorunlarına Bakış", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, İstanbul, Legal, 2014, s. 14.
[275] Sunay, **a.g.m.,** s. 15
[276] İnsan haklarının tanınması ve koruma altına alınması Anayasanın düzenlediği konuların başında yer alır, bkz. İbrahim Özden Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1**, 7. Bs., Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2013, s. 52; Ozan Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", **Prof. Dr. Erdal Onar Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, C:1, 2013, s. 435; Meltem Dikmen Caniklioğlu, "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, **DEÜHFD**, İzmir 2001, s. 462. Temel haklara yer vermeyen ve onları güvence altına almayan anayasaların bu niteliğinin eleştirisi için bkz. Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara, Orion Yayınları, 5. Bs., 2016, s. 118. (İnsan Hakları)
[277] Temel hak kavramı için bkz. Ertürk, **Temel Haklar,** s. 23 vd.; Dikmen Caniklioğlu, **a.g.m.,** s. 466. Bununla birlikte insan hakları kavramının daha geniş nitelikte olduğu ancak temel haklar kavramıyla anayasa aracılığıyla pozitif hukuka yansımış hallerinin ifade edilmek istendiği görüşünde, bkz. **a.e.,** s. 469. İnsan hakları hukukunda, Fransız hukukunda isimlendirildiği şekliyle kamu hürriyetleri (*des libertes publiques*) kavramı da temel hak ve özgürlükler anlamına gelecek şekilde kullanılmaktadır, bkz. Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri,** 7. Tıpkı Bs., Ankara, Yetkin, 2013, s. 14; Mahmut Gökpınar, "Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması", **TBB Dergisi**, S:120, Eylül-Ekim 2015, s. 17.

düzenleyen hukuk normu, insan hakkının güvenceye alınmasına ve devletin bu hakka dair sınırlandırmaları hangi kapsamda yapabileceğinin belirlenmesine hizmet eder[278].

Kişinin hak ve özgürlüklerinden bahsederken "*Kişinin kendi seçtiği amaç doğrultusunda kendi yargısına göre eylemde bulunma özgürlüğü*" anlaşılmalıdır, bu sayede temel hakların özündeki özgür olma hali daha iyi betimlenebilecektir[279]. Bununla birlikte kişinin özgürlüğü mutlak olmayıp, toplum içinde yaşamanın bir sonucu olarak korunan özgürlük alanı, başkalarının yine korunan özgürlük alanı ile çakışabilmektedir[280]. Temel hak ve özgürlüklerin pozitif düzenlemelerle somutlaştırılması ile hem bu uyuşmazlıklarda izlenecek yol belirlenir, hem de hakkın hangi hallerde ihlal edildiği anlaşılır.

Başlangıçta temel hak ve özgürlüklerin ihlalinden bahsedilebilmesi için ihlale yol açan eylem veya işlemin Devlet organınca gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmekteydi[281]. Hakların yalnızca kişi ve devlet arasındaki ilişkide geçerliliği, "*dikey etki*" olarak adlandırılmaktadır[282]. Buna karşılık zaman içinde diğer özel hukuk kişilerinin eylemlerine karşı da temel hak ve özgürlüklerin korunması ihtiyacı doğmuştur[283]. Çünkü geleneksel olarak temel hakların yalnızca devlet otoritesi nedeniyle ihlal edilebileceği görüşü, artık günümüzdeki yapı içerisinde reddedilmekte, özel hukuk kişilerinin de eylemleri ve işlemleri vasıtasıyla bu hakları ihlal edebileceği kabul edilmektedir[284]. Bu durumda tartışma, özel hukuk ilişkilerinde ortaya çıkan

---

[278] Fevzi Şahlanan, **Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 27 (Demokratik İlkeler); Dilara Dönmezkuş, "Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 17-18.

[279] Dikmen Caniklioğlu, **a.g.m.,** s. 467.

[280] Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 72.

[281] Zafer Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, 4. Bs., İzmir, 2000, s. 76.

[282] Dönmezkuş, **a.g.t.,** s. 22.

[283] Sunay, **a.g.m.,** s. 12; Murat Erdoğan, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu,** Ankara, Lykeion, 2019, s. 288 vd. (Bireysel Başvuru); Erdoğan, **İnsan Hakları,** s. 173; Ergül, **a.g.m.,** s. 437.

[284] Tuncay, **Eşit Davranma,** s. 62; Doktrinde "Yatay etki" ve "yatay uygulanabilirlik" arasında farklılık olduğu belirtilmektedir. Temel hakların yalnızca devlet ile kişi arasındaki "dikey uygulanabilirliği" değil, aynı zamanda özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde de uygulanması "yatay uygulanabilirlik"tir, bu konuda bir tereddüt yoktur. Buna karşılık karşılıklı hak sahibi olan kimselerin arasındaki ilişkiye nasıl etki edeceği, "yatay etki" olarak ifade edilmektedir, bkz. Deryck Beyleveld / Shaun D. Pattinson, "Horizontal Applicability and Horizontal Effect", **Law Quarterly Review**, 118, s. 623-646, s. 625-626.

ihlallere karşı bu korumanın nasıl sağlanacağı ve sorumluluğun kime atfedileceği noktasındadır.

b. Devletin Pozitif Yükümlülükler Kapsamında Sorumluluğu

Devlet, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kullanılmasını engelleyici düzenlemeler yapmamak ve haklara saygı duymak, bir diğer deyişle negatif yükümlülük altında değildir[285]. Hakların kişilerce kullanılmasını koruma ve gözetme ile birlikte, onları gerçekleştirmeye imkan sağlayan düzenlemeleri yapma ve yargı faaliyetine erişim hakkıyla, ihlal halinde bu durumun telafi edilmesi de devletin yükümlülüğü kapsamındadır. Devletin aktif bir hareketini gerektirmesi nedeniyle bu yükümlülüğe "*pozitif yükümlülük*" adı verilir[286]. Pozitif yükümlülükler, "koruma yükümlülüğü" ve "gerçekleştirme yükümlülüğü" olarak gruplandırılabilmektedir. Hakkın etkili bir şekilde kullanılmasını sağlayan mekanizmaların taraf Devletlerce getirilip getirilmediği bakımından AİHM'in geliştirdiği içtihat yol göstericidir[287]. AİHS kapsamında yer alan bir hakkın gerçekleştirilmesi için devletin belirli önlemleri alması gerekiyorsa, bu durumda taraf Devletin pozitif yükümlülüğünden bahsedilecektir[288]. 1982 Anayasası da birçok hükmüyle hem koruma hem de gerçekleştirme yükümlülüklerini öngörmüş bulunmaktadır. Özellikle bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği Anayasa Mahkemesi tarafından da incelenebilmektedir[289].

Pozitif yükümlülükler, Devletin tüm erkleriyle ilgili hakkı koruması ve gerçekleştirmesini sağlar[290]. Kural olarak kişiler arası ilişkilerde yani yatay düzeyde uygulamanın mümkün olması, Devletin bu bağlamdaki sorumluluğunu hafifletmez, nitekim kişilerin bireysel başvuru veya AİHM'e yaptığı başvurularda temel hak ve

---

[285] Oya Boyar, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Ed.: Sibel İnceoğlu),** İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 54.(Yatay Etki); Sunay, **a.g.m.,** s. 28.
[286] Dönmezkuş, **a.g.t.,** s. 30;
[287] Boyar, **Yatay Etki**, s. 55.
[288] Boyar, **Yatay Etki**, s. 72-73; Ergül, **a.g.m.,** s. 457.
[289] Boyar, **Yatay Etki**, s. 77-78.
[290] Dönmezkuş, **a.g.t.,** s. 118.

özgürlüğü etkili bir biçimde koruyamaması nedeniyle Devletin sorumlu olduğuna yönelik karar verilmektedir[291]. Ancak kişiler arasında temel haklara ilişkin uyuşmazlıklarda korumanın etkili biçimde sağlanması, anayasal normların yatay düzeyde etki ettiğinin kabulünü gerektirmiştir.

Özel hukuk ilişkilerinde temel hakların çatışmasına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü, özel hukuk ile kamu hukukunun etkileşimini gerektirir. Özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde temel hak ve özgürlüklerin nasıl korunacağı ve bu bağlamda Anayasa hukukunda yer alan kavram ve kuramların özel hukukta nasıl etki doğuracağı sorunu, doktrinde "yatay etki", "üçüncü etki", "üçüncü kişi etkisi" gibi çeşitli isimlerle adlandırılan kavramların geliştirilmesine yol açmıştır[292]. Çalışmamızda bu bağlantıya değinirken, kavram birliği olması açısından "yatay etki" ifadesini kullanacağız.

c. Yatay Etki Doktrini

Anayasal normların yatay düzeyde etki etmesi, bu normların kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda da uygulanması anlamına gelir. Ancak bu etkinin kabulü, başlı başına özel hukuktaki hak çatışmalarını çözümlemeye yetmemiştir. Geçmişten günümüze temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk uyuşmazlıklarında nasıl yorumlanacağı ile ilgili çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Anayasal normların özel hukuka doğrudan etki edeceğini kabul eden görüş, zaman içinde bu etkinin ancak dolaylı olabileceği yönünde evrilmiştir. Bazı sistemlerde ise yatay etki halen kabul edilmemektedir.

[291] Sunay, **a.g.m.,** s. 29-30. Devletin koruma yükümlülüğüne ilişkin Alman hukukçu Canaris'in görüşleri hakkında bkz. Ergül, **a.g.m.,** s. 454-455.
[292] Şahlanan, **Demokratik İlkeler,** s. 28; Osman Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, İstanbul, Beta, 2000, s. 17; Kamil Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul, Legal, 2006, s. 47; Ergül, **a.g.m.,** s. 438.

(1) Doğrudan Yatay Etki

Alman Hukukunda yirminci yüzyılın ortalarından başlayarak, temel hakları düzenleyen normların üçüncü kişilere etkisi (*Drittwirkung der Grundrechte*)[293] olduğu kabul edilmiş, temel hakların tüm hukuk sistemi için temel norm veya düzenleyici niteliği göz önünde bulundurularak hüküm kurulmaya başlanmıştır[294].

Bu etkinin kabulü ve gelişiminde iş hukukunun önemli bir yeri vardır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin kararlarında, temel hakların vatandaşlar arası ilişkilerde doğrudan etkili olduğu belirtilmiştir[295]. Mahkemenin Birinci Daire başkanı olarak uzun süre görev yapan Nipperdey, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği kararlarda iş ilişkileri bakımından bu görüşün hayata geçirilmesinde aktif rol oynamıştır[296]. Nipperdey, temel hakların kamu veya özel hukuka tabi olması fark etmeksizin tüm hukuki ilişkilerde kesin bir şekilde etki doğurucu nitelikte normlar olduğu görüşündedir[297]. Mahkeme, BGB ile düzenlenmeyen ancak Anayasa ile güvence altına alınan hakların, "*yayılma etkisi*" ile iş ilişkilerinde doğrudan uygulanabilirliğine hükmetmiş, bu anlamda temel haklar teorisinin kapsamını geliştiren kararlar vermiştir[298].

Zamanla başka yazarlar da Anayasa'da yer alan hakların doğrudan uygulanmasının mümkün olduğu görüşünü savunmuşlardır. Burada ise üçüncü kişilere

---

[293] Kavram, "üçüncü etki", "yatay etki" gibi diğer şekillerde de kullanılmaktadır, bkz. Tolga Şirin, **Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru),** İstanbul, On İki Levha, 2013, s. 349-350; Alman hukukundaki güncel kullanım için bkz. Ergül, **a.g.m.,** s. 439; "Drittwirkung" ifadesini AİHM, bir başka özel hukuk kişisinin müdahalesine karşı kişinin korunmasını anlatmak için kullanmaktadır, bkz. Sunay, **a.g.m**, s. 30.

[294] Kanadoğlu, **a.g.e.,** s. 18.

[295] Alman Federal İş Mahkemesi, **Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts Band 1**, s. 185. (Naklen: Serozan, **Dönme**, s. 214).

[296] Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 64; **MünchARB/Fischinger**, § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Band I, Knr. 4; Ergül, **a.g.m.,** s. 444.

[297] Tuncay, **Eşit Davranma,** s. 65; Oya Boyar, **Anayasa ve Özel Hukuk**, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 86 (Özel Hukuk). Ayrıca kendisinin bu alanda yaptığı çalışma için bkz. Hans Carl Nipperdey, **Grundrechte und Privatrecht**, Scherpe Verlag, 1961.

[298] **MünchARB/Fischinger**, § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Band I, Knr. 7; Alman Anayasası'nın 2. maddesinde düzenlenen "kişiliği geliştirme hakkı"nın, kişinin işe alınmaması ve işi görememesi nedeniyle değerlendirilmesi hakkında, BAG, T. 10. 11. 1955 - 2 AZR 591/54 (Berlin).

etki görüşünden farklı olarak Anayasa normlarının özel hukuk normları ile birlikte, özel hukukun doğrudan doğruya kaynağı olarak uygulanması gerekliliği, hukukun bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir[299].

Doğrudan yatay etki, başka bir ara düzenleme gerektirmeden vatandaşların özel hukuk ilişkilerinde temel hakları dava konusu etmelerini öngörür[300]. Türk Hukukunda da bazı yazarlar, 1982 Anayasası'nın 11. maddesinin "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*" düzenlemesiyle doğrudan etki görüşünü savunmuşlardır[301]. Ancak doğrudan yatay etkinin ve dolayısıyla doğrudan talep hakkının uygulanması, özel hukuk kişilerinin eşitliği, irade özgürlüğü ve hak sahibi oluşları bakımından eleştirilmiştir. Bu nedenle doğrudan etkinin kabulüyle tarafların irade özerkliği çatışır[302]. Getirilen bir diğer eleştiri doğrudan etkiyle yargıçların, yasama organı yerine geçmesine imkan sağladığı yönündedir; yargıcın, temel hakların sınırlarını ve nasıl kullanılacağını belirlemesi fikri kuvvetler ayrılığı prensibiyle uyumlu bulunmamıştır[303].

Türk Hukukunda Devlete temel hak ve özgürlüklerin korunması görevini yükleyen Anayasa hükümleri neticesinde doğrudan etkinin kabulünün mümkün olmadığı, ancak sendikal özgürlüklere ilişkin bazı düzenlemelerin doğrudan etki doğurabilecek şekilde düzenlendiği de savunulmaktadır[304].

---

[299] Boyar, **Özel Hukuk**, s. 93 vd.
[300] Gören, **a.g.e.,** s. 9; Dönmezkuş, **a.g.t.,** s. 56.
[301] Tunçomağ, **İş Hukuku**, s. 9; Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 10. Bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s. 125, bu görüşle yazarların aslında ifade etmek istediklerinin dolaylı etki olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Ergül, **a.g.m.,** s. 443.
[302] Eleştiriler için bkz. Ergül, **a.g.m,** s. 444-445; Eğer özel hukukta bir yetkinin kötüye kullanımı söz konusuysa doğrudan etkiden bahsedilebilir, bkz. Boyar, **Yatay Etki,** s. 57.
[303] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 50; Boyar, **Yatay Etki,** s. 58; Dönmezkuş, **a.g.t.,** s. 83-84.
[304] Sezgi Öktem Songu, "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", **DEÜHFD**, C:15, Özel Sayı, 2014, s. 609-650, s. 623-624 (İfade Özgürlüğü).

(2) Dolaylı Yatay Etki

Doğrudan yatay etkinin bu eleştirilere maruz kaldığı sırada Alman Anayasa Mahkemesi'nin ünlü "Lüth kararı"[305], temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerinde nasıl uygulanacağına dair yol gösterici olmuştur. Mahkeme, bu kararda yer verdiği ifadelerle "*Anayasanın temel hak ve özgürlükleri insan onurunun korunmasına dayanan bir 'objektif değerler sistemi' üzerine inşaa ettiğini*" kabul etmiştir[306] ve bu sistem uyarınca Anayasa'da temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümler, özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanabilir nitelikte değillerdir. Çünkü bir tarafın temel hak ve özgürlüğüne yönelik iddiasına karşılık, karşı tarafın da aynı türden bir iddiası bulunacak ve bu iki hak çatışacaktır. Bu nedenle özel hukukta korumanın sağlanabilmesi için dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması, kişilik hakları gibi genel nitelikteki normlara ihtiyaç duyulmaktadır. Mahkeme Lüth kararında genel kuralları, "*temel hakların özel hukuka giriş noktası*" olarak betimlemiştir[307]. Günümüzde çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler, genel normların içeriğinin doldurulmasında kullanılarak, özel hukuk ilişkilerine dolaylı olarak etki etme fırsatı bulmaktadır[308]. Nitekim dürüstlük kuralı gibi kuralların işaret ettiği objektif davranış modeli, hukuki bir davranış olmayıp bir değer yargısıdır ve bu değer yargısını oluşturan sisteme Anayasa'da işaret edilmektedir[309]. Alman Hukukunda yargıçların, tarafların menfaatlerini değerlendirirken dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi genel hükümlerin uygulanması yoluyla temel hak ve özgürlüklere başvurduğu; doğrudan etkisi bulunmayan bu hakların, yorum ile dolaylı etkiye sahip olduğu[310] ve

[305] Kararın ilgili bölümünün Türkçe çevirisi için bkz. Boyar, **Özel Hukuk,** s. 21-25.
[306] Gören, **a.g.e.,** s. 78; Kanadoğlu, **a.g.e.,** s. 19; Ergül, **a.g.m.,** s. 451.
[307] Ernst Hirsch, "Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri", **Türkiye Barolar Birliğinin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler**, Ankara, Sevinç, 1972, s. 3-13, s. 9; Boyar, **Özel Hukuk,** s. 23; Kanadoğlu, **a.g.e.,** s. 20. Doktrinde ise Dürig'in bu görüşü savunduğu ve geliştirdiği hakkında, bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 65-66; Boyar, **Yatay Etki,** s. 58.
[308] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 503-504; Serozan, **Dönme,** s. 216, 444, 445; Gören, **a.g.e.,** s. 77-78; **MünchARB/Fischinger**, § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Band I, Knr. 10; Ergül, **a.g.m.,** s. 454.
[309] Boyar, **Özel Hukuk,** s. 23.
[310] Waas, **a.g.m.,** s. 607; APS/Preis, **Grundlage J,** Knr. 63; Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar,** s. 35.

yargıçlara özel hukuku Anayasaya uygun olarak yorumlama görevi verildiği[311] doktrinde ifade edilmektedir[312].

Türk doktrininde Kaneti'ye göre, Medeni Hukukun en önemli özelliklerinden biri, yargıcın boşluk doldurması yoluyla hukuk yaratmasıdır ve bu boşluk Anayasaya uygun yorumla doldurulacaktır[313]. Kanunlar, Anayasal normların doğrudan etkisi altındadır, özel hukuk uyuşmazlıklarında yasaların yorumu, kişilerin üzerinde dolaylı bir etki doğmasına sebep olur[314]. Doktrinde belirtildiği üzere özel hukuk ilişkilerinde temel haklara ilişkin uyuşmazlıklarda yine özel hukuk karakterli bir çözüm tercih edilmektedir[315]. Taraflar arasındaki çatışmanın çözümünde yapılan bu yorum, temel hak ve özgürlüklerin getirdiği değerler esas alınarak yapılır. Örneğin bir işçinin politik görüşünü açıklaması sonucunda iş sözleşmesinin feshedilmesinde ifade özgürlüğünün dolaylı etkisi, bu hakkın amacı doğrultusunda kullanıp kullanılmadığını belirlemede rol oynayacaktır. Özellikle sendikal özgürlüklerin bu sayede korunduğu ve hatta işe iadeye yönelik bir düzenleme olmadığı dönem ve sistemlerde bile, sendikal fesihlerde tazminatın yeterli bir yaptırım olarak görülmemesi sonucuna, bu yorum yoluyla varıldığı söylenebilecektir[316]. Elbette uygulamada görülen bu ihlaller sonucunda, yasama faaliyeti ile sendikal haklar, iş ilişkilerinde ileri sürülebilecek şekilde somutlaştırılmış, daha güçlü bir koruma getirilmiştir. Ancak diğer hak ve özgürlükler bakımından dolaylı yatay etki önemi haizdir ve iş ilişkilerindeki koruma, bu değerleri esas alan yorum yoluyla mahkemelerce sağlanabilecektir.

Türk Hukukunda doktrinde çoğunluk, temel hakların ancak dolaylı etki edebileceğini kabul etmektedir[317]. Temel haklar ve ilkeler, Anayasa'nın üstünlüğünün kabulüyle özel hukuk ilişkilerine uygulanır, ancak bu uygulama medeni hukukun

---

[311] Yargıcın bu yorumlama görevini yapmaması durumunda temel hakkı ihlal edeceği, bu karara karşılık Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun mümkün olduğu da belirilmektedir, bkz. Kanadoğlu, **a.g.e.,** s. 20.
[312] Boyar, **Özel Hukuk,** s. 26-27; Boyar, **Yatay Etki**, s. 59.
[313] Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", **İÜHFM**, C:53, S:1-4, 1990, s. 199-211, s. 208-209.
[314] Şahlanan, **Demokratik İlkeler**, s. 33-34; Dönmezkuş, **a.g.t.,** s. 48.
[315] Dönmezkuş, **a.g.t.,** s. 98.
[316] Ergül, **a.g.m.,** s. 452.
[317] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 503-504; Serozan, **Dönme,** s. 216, 444, 445; Gören, **a.g.e.,** s. 77-78; Öktem Songu, **İfade Özgürlüğü,** s. 619-620; Ertürk, **Temel Haklar,** s. 37; Kanadoğlu, **a.g.e.,** s. 31; Kaneti, **a.g.m.,** s. 209.

temel kavramları ve onların yorumlanması[318] yoluyla olacaktır. Yorumlanacak kural ne kadar geniş bir takdir yetkisi tanıyorsa, temel hakları esas alacak yorum özel hukuk ilişkisine o kadar sirayet edecektir. Açıkça takdir yetkisi tanıyan kuralların yanısıra doktrinde belirtildiği üzere "haklı sebep" veya "durumun gereği" gibi yargıcın içini doldurması gereken kavramların yorumunda da anayasaya uygun yorum yapılacaktır[319].

Alman Anayasa Mahkemesi, taraflardan birinin güçsüz konumda bulunduğu özel hukuk ilişkilerinde menfaatinin korunması ihtiyacına işaret ederken, öncelikle yasama organına bunu gerektirecek düzenlemeleri yapması, eğer söz konusu düzenlemeler yoksa yargı organının genel ilke ve kuralları objektif değerler sistemine uygun düşecek biçimde yorumlaması gerektiğine hükmetmektedir[320]. Alman Federal İş Mahkemesi 2001 tarihli bir kararında, Feshe Karşı Koruma Yasası kapsamı dışında kalan bir işçinin talebine yönelik yorum esnasında, temel hak ve özgürlüklerin korunması görevinin önem teşkil ettiğini açıkça ifade etmiştir[321]. İş hukukunda her uyuşmazlık konusu açık bir kanun hükmüyle yaptırıma bağlanmadığından, yargılama ile yerleşmiş uygulamalar yaratılması ve uygulamaların genel düzenleyici normlara dayandırılması, pratik öneme de sahiptir[322]. Türk İş Hukukunda, işçinin temel hak ve özgürlüklerini kullanması nedeniyle yapılacak fesihlere yönelik genel bir düzenleme yapılması yoluna gitmek yerine, hakkın kötüye kullanılması incelemesiyle[323] bir içtihat oluşturulmuştur.

---

[318] Dolaylı etkiyi eleştirenler, öncelikle dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması gibi kavramların içeriğini anayasal değerler ile doldururken yargıçların anayasal değerleri özel hukuktan tamamen ayrı bir varlıkmış gibi düşünmesi sonucu doğduğunu ifade etmektedirler. Aslında tüm bu haklar ve genel ilkeler, bir bütünün parçası, hukukun tamamı olarak düşünülmelidir, bkz. Boyar, **Özel Hukuk,** s. 88. Bir diğer eleştiri ise hakkın kötüye kullanılması yasağı, iyi niyet, ahlaka uygunluk gibi genel kuralların "içini doldurma" ihtiyacı bulunmadığı, bu kuralların halihazırda sosyal davranış kurallarına başvurmayı sağlayan kurallar olduğudur. Bu görüşe göre davranış normları, yargıca yasamaya benzer nitelikte bir fonksiyon sağlamaktadır ancak kanun koyucunun sınırları da aynı yasama organınınki gibi anayasa normlarıyla çizilmektedir, bkz. Walter Leisner, **Grundrechte und Privatrecht**, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Erstes Heft, Münih 1960 (Naklen: Boyar, **Özel Hukuk,** s. 91-92)

[319] Kaneti, **a.g.m.,** s. 33-34; Şahlanan, **Demokratik İlkeler,** s. 34; Kanadoğlu, **a.g.e,** s. 32-33.

[320] Boyar, **Özel Hukuk,** s. 37.

[321] BAG (2. Senat) T. 21.02.2001, AP No:12 BGB § 242 Kündigung.

[322] **MünchARB/Fischinger**, § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Band I, Knr. 11.

[323] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 146; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 169; Çenberci, **a.g.e.,** s. 353.

(3) Yatay Etkiyi Reddeden Görüş

Temel hakkın özel hukuk ilişkisinde ihlal edilmesi durumunda dahi sorumluluğun Devlete ait olduğunu iddia eden görüş, yatay etkiyi reddetmektedir[324]. Alman Hukukunda gelişen yatay etki doktrininin, kuvvetler ayrılığı ve kanun ile koruma hususundaki keskin bakış açısı nedeniyle Fransa'da taraftar bulmakta zorlandığı iddia edilmektedir. Fransız Hukukunda temel hak ve özgürlüklerin korunması doğrudan yasama organının faaliyeti ile yapıldığından, anayasa ve uluslararası düzenlemelerin yatay etkisine ihtiyaç duyulmadığı belirtilmektedir[325]. Kanun koyucu, tarafların arasındaki sözleşmeyi bir kanun gibi gördüğünden, yargıcın bu sözleşmeye müdahale etme yetkisini oldukça sınırlamıştır. Fransız Hukukunda taraflar arasındaki uyuşmazlıkta yargıcın dengeleyici role sahip olduğunun oldukça yakın bir tarihte kabul edildiği doktrinde ifade edilmektedir[326]. Bununla birlikte geçmişte verilen bazı kararlarda yargıçların, Fransız Anayasası'nın başlangıç bölümünde belirtilen insan haklarına atıf yapmak yerine, örneğin aile hukukunda ayrımcılığı engellemek için "kamu düzeni", sendikal nedenle fesihlere karşı "hakkın kötüye kullanılması yasağını" kullandığı görülmektedir, bu bakımdan dolaylı yatay etkiye benzer bir yöntemin nadiren de olsa izlendiği dikkati çekmektedir[327].

d. Anayasal İlkelerin İş İlişkisinde Dolaylı Yatay Etkisi

Anayasanın üstünlüğü gereğince tüm hukuk normlarının anayasaya uygun olması gerekir. Bu üstünlüğü tamamlayacak şekilde devlet organları anayasa ile bağlıdırlar; devletin yargı erkini yerine getiren kamu görevlileri olmaları sıfatıyla

[324] Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, (çev. Julian Rivers), Oxford University Press, Repr. 2004, s. 356. (Naklen: Boyar, **Yatay Etki**, s. 58)
[325] Oliver Beaud, "Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande", **Jus Politicum**, No:10, Mart 2014, s. 1; Boyar, **Özel Hukuk,** s. 58.
[326] Boyar, **Özel Hukuk,** s. 64.
[327] Beaud, **a.g.e.,** s. 6-7.

yargıçların verecekleri kararlar anayasaya uygun olmalıdır[328]. Yargıç, temel hak ve özgürlükler ile birlikte diğer anayasal normları ve ilkeleri de uyuşmazlıkların çözümlenmesinde yorumlarına dahil eder[329]. Bu normlar da yatay etki kapsamında değerlendirilerek, özel hukukunun mahiyetine uygun dönüşüm geçirerek işlev kazanmaktadırlar. İş sözleşmesinin feshinde eşitlik ilkesi ve ölçülülük ilkesi, yargılama faaliyetinde sıklıkla yorumlara esas alınan iki ilkedir. Bu kısımda, bu ilkelere ve iş sözleşmesinin feshinde yargıçlar tarafından nasıl yorumlandıklarına değineceğiz.

(1) Eşitlik İlkesi - Eşit Davranma Borcu

1982 Anayasası'nın 10. maddesi, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu güvence altına almıştır. 2016 yılında yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun[330] üçüncü maddesinde de herkesin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit olduğu düzenlenmiştir. Eşitliği sağlamak Anayasa ile Devlet'e bir ödev olarak yüklenmiş olsa bile, burada bahsedilen mutlak bir eşitlik değildir, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, bir görüşe göre göreli eşitliğin pozitif hukuk kuralına dönüşmüş halidir[331].

Kural olarak özel hukuk ilişkilerinde sözleşen tarafların eşit olduğu kabul edilmekle birlikte, her sözleşmede herkesin eşit olduğunu ifade etmek, adalete ve hakkaniyete uygun olmayan bazı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Sosyal eşitsizliğin yer aldığı ilişkilerde zayıf tarafın korunması gerekliliği[332], zamanla daha belirgin hale gelmiştir. İş Hukuku da bu ihtiyacın yoğun olarak hissedildiği ilişkilerin

[328] Şahlanan, **Demokratik İlkeler**, s. 33; Sevimli, **a.g.e.**, s. 48; Dönmezkuş, **a.g.t**., s. 27-28.
[329] Doktrinde Tunçomağ, sosyal devlet ilkesinin de MK m. 2'deki dürüstlük kuralı gibi özel hukukun temel ilkelerini somutlaştırdığını ifade etmiştir, bkz. Tunçomağ, **İş Hukuku**, s. 8.
[330] RG. T. 20.04.2016, S: 29690.
[331] Hukukta göreceli eşitlikten bahsedilebileceği görüşünde, bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 8.
[332] Baysal, **Uyarlama,** s. 12.

kurulduğu bir alanı kapsamaktadır[333]. Yine de İş Hukukunun gelişim sürecinde, işçinin bireysel olarak korunmasından çok daha önce kolektif haklar güvence altına alınmıştır. İşçinin insan olarak değer görmesi ve iş ilişkisi içinde birey olarak varlığının önem kazanması oldukça yeni bir gelişme olarak değerlendirilmektedir[334]. Örneğin Fransız Hukukunda işçinin temel hak ve özgürlüklerinin incelendiği ilk dava 1980 yılında görülmüş, işyerinde eşit davranma, "*eşit işe eşit ücret*" gibi prensiplerin yerleşmesi 90lı yıllar ve sonrasında gerçekleşmiştir[335].

Anayasal eşitlik ilkesi, kural olarak işverenleri de bağlamaktadır[336], ancak iş uyuşmazlıklarına özgü ihtiyaçların karşılanması için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde, eşit davranma borcuna yer verilmiştir[337]. Anayasal eşitlik ilkesinin genel esaslar içinde yer almasına paralel olarak eşit davranma borcu da İş Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer almaktadır[338]. Doktrinde eşitliğin işverene yüklenmiş bir borç olmasının yanı sıra, aynı zamanda işçi açısından bir temel hak niteliği taşıdığı da ifade edilmiştir[339].

Eşit davranma borcunun pozitif hukuk kuralı ile düzenlenmesinden önce borcun hangi hukuki temele dayandığı hususunda bir görüş birliği yoktur[340]. MK m.

---

[333] Ertuğrul Yuvalı, **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Ankara, Turhan, 2012, s. 33.
[334] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 273 ve dn. 23'teki yazarlar.
[335] Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 702, s. 849.
[336] Mesut Gülmez, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:25, 2010/2, s. 237; Dar anlamda eşit davranma borcunun kaynağının Anayasa m. 10 olduğu ve İşK m. 5 ile yalnızca ayrım yasaklarının düzenlendiği yönünde, bkz. Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara, Yetkin, 2008, s. 62-65 (Eşit İşlem); Gaye Burcu Yıldız, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, C:1, İstanbul, 2010, s. 837-876, s. 841 (Ayrımcılık).
[337] Sarper Süzek, "Eşit Davranma Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:12, Aralık 2008, s. 24-38, s. 25 (Eşit Davranma); Devrim Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", **DEÜHFD**, C:15 Özel Sayı, 2014, s. 369-384, s. 372-373 (Eşitlik İlkesi); Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 721-722; Ayrımcılık yasağı ile sınırlı olarak düzenlendiği yönünde, bkz. Çelik /Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 437; Süzek, **İş Hukuku**, s. 493; Hande Bahar Aykaç, "Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II (Ed.: Tankut Centel)**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 47-133, s. 52; Doktrinde bu borcun hukuk sistemimize Alman hukukundan alındığı ifade edilmektedir, bkz. Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi**, s. 66. Bununla birlikte eşitliğe ilişkin tek düzenleme 5. madde olmayıp, Kanunun 12 ve 13. maddelerinde de sözleşme tiplerine göre ayrımcılık yasakları düzenlenmiştir, bkz. Kübra Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", **Legal İSGHD**, S.7, 2005, s. 973-1003, s. 974 (Orantılılık).
[338] Doğan Yenisey, **Orantılılık,** s. 974-975, Gülmez, **a.g.m.,** s. 239-240.
[339] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 163; Süzek, **İş Hukuku,** s. 468-469.
[340] Görüşler için bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 48 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, s. 60.

2/1'in, dar anlamda eşit davranma borcunun kaynağı olduğu ileri sürülmüştür[341]. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin de eşit davranma borcuna dair ilk kararlarını, dürüstlük kuralı ve işverenin gözetme yükümlülüğüne dayandırdığı belirtilmektedir[342]. Doktrinde eşit davranma borcuyla, dürüstlük kuralının[343] da nihai olarak ulaşmaya çalıştığı adalet ve hakkaniyetin amaçlandığı ifade edilmektedir[344]. Eğer bu borç dürüstlük kuralına dayandırılırsa, haklı ve objektif nedenlerin yokluğunda işveren, eşit durumdaki işçilere farklı davranmayacaktır[345]. Kanımızca birbirlerine kaynak teşkil etmekten ziyade, eşit davranma borcu ile dürüstlük kuralının adalet ve hakkaniyete ulaşma çabası içinde olan, benzer nitelikte davranış kuralları olduklarını ifade etmek daha uygun düşecektir. Dürüstlük kuralı ile taraflardan hakkını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken beklenen davranış modeline benzer bir şekilde, eşit davranma borcunda da işverene yüklenen bir davranış modeli vardır. İşveren, işin niteliği gerektirmedikçe, eşit durumdaki işçilere farklı muamelede bulunmayacaktır. Eğer farklı muamele, işçiler arasında ayrımcılık yapılması ile sonuçlanıyorsa bu durumda hukuk düzeni bu eylemi korumayacaktır.

Doktrinde Tuncay, Türk Hukukunda eşitlik ilkesini düzenleyen anayasa hükmünün, doğrudan hukuki temel olarak alınabileceği görüşünü savunmuştur[346]. Eşitlik ilkesi ve ardından işverenin eşit davranma borcu incelendiğinde görülmektedir ki, devletin eylem ve işlemlerinde insanlara gösterilmesi gereken eşit davranış ile işverenin eşit davranma borcu paralel olmakla birlikte aynı nitelikte değildir. Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi, Devletin tüm bireylere eşit değeri vermesi anlamına gelir. Dikey ilişkide vatandaşa özellikle kamu hizmetinden yararlanmada eşit davranılması gerektiğine işaret eder[347]. Eşit davranma kavramı ise eşitlik ilkesinin

---

[341] Ekonomi, **İş Hukuku**, s. 157; Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi**, s. 66-67; Aksi görüşte, bkz. Canan Ünal, **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 454.

[342] Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 44. Doktrinde Tunçomağ, eşit davranmanın karşılıklı sadakat esasıyla sıkı ilişki içinde olduğunu savunmaktadır, bkz. Tunçomağ, **İş Hukuku**, 16.

[343] Buna ilişkin eleştiriler hakkında bkz. Yuvalı, **a.g.e.,** s. 38, dn. 114.

[344] Tuncay, **Eşit Davranma,** s. 9; Süzek, **İş Hukuku**, s. 468; Yuvalı, **a.g.e.,** s. 39; Ertürk, **Temel Haklar**, s. 98; Yıldız, **Eşit İşlem,** s. 60. Doktrinde ifade edildiği üzere işverenin eşit davranma borcunun dayandırılmak istendiği temeller arasındaki ortak nokta, adalet düşüncesidir, bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 107.

[345] Tuncay, **Eşit Davranma,** s. 45; Aynı görüşte, Melda Sur, "İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.37, Yıl: 2017, s. 33-51, s. 39 (Eşitlik).

[346] Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 108 vd.

[347] Michel Miné, **Droit des discriminations dans l'emploi et le travail**, Éditions Larcier, 2016**,** s. 65.

belirli bir alanda, sınırlı bir şekilde uygulanmasıdır; örneğin işverenin bir işyeri veya işletme ölçeğinde eşit davranma borcu olduğundan söz edilebilir[348]. Belirtmek gerekir ki, bu borcun mutlak olarak uygulanması yahut tüm işçilere aynı muamelede bulunulması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Genel anlamda eşit davranmadan bahsedebilmek için objektif olarak belirlenmiş ölçütlere göre tespit edilen gruplar[349] arasında karşılaştırma yapılması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir[350]. Benzer davranış, aynı veya benzer nitelikteki işçiler için geçerli olacaktır[351]. Nitekim benzer olmayanlar arasında farklı muamele yapılmasını gerektiren sebeplerin varlığı halinde, eşit işlem yapılmayacaktır[352]. Kanımızca anayasal eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu yoluyla, diğer bir deyişle dolaylı etkiyle[353], ilişkinin özelliklerine uygun düştüğü biçimde uygulama alanı bulmaktadır[354].

İşK m. 5, ayrımcılık yasaklarını açıkça öngörmekle birlikte işverenin örneğin yönetim hakkını kullanma gibi hallerde nasıl davranacağını göstermemektedir. Bu doğrultuda eşit davranma borcu işverene yol gösterir; aralarında benzerlik bulunan işçilere eşit davranılması, hakkın olması gerektiği gibi kullanılması anlamına gelecektir. Örneğin aynı durumdaki işçilerden bir tanesi diğerlerine nazaran hızlı, düzenli, tertipli bir şekilde iş görüyorsa, kimsenin talip olmadığı yahut diğerlerinin savsakladığı işlerin sürekli ona verilmesi, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edebilecek[355] ve çalışma barışını bozabilecektir. Özellikle yönetim hakkı ve fesih hakkının somutlaştırılması bakımından eşit davranma borcu ile dürüstlük kuralı, zor kararların objektif bir biçimde alınması ve keyfilikten kaçınılmasına yarayan ölçütler oluşturmaktadır.

---

[348] Miné, **a.g.e.,** s. 66-67.
[349] Bu grupların belirlenmesi açısından işyeri kavramına ihtiyaç duyulduğu yönünde, bkz. Doğan Yenisey, **İşyeri**, s. 103.
[350] Doğan Yenisey, **Orantılılık,** s. 984.
[351] Süzek, **İş Hukuku,** s. 473.
[352] Tunçomağ**, İş Hukuku**, s. 251**;** Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 724.
[353] İlkenin doğrudan uygulanması durumunun yaratabileceği olumsuz sonuçlar hakkında bkz. Dönmezkuş, **a.g.t.**, s. 143.
[354] Doktrinde Yıldız, maddenin iş hukukunda da olduğu şekliyle uygulanması gerektiği görüşündedir, bkz. Yıldız, **Ayrımcılık,** s. 871.
[355] Tuncay, **Eşit Davranma,** s. 159-160.

Kimlerin benzer nitelikte olduğunu tespit etmek kolay değildir. Her işçinin aynı kıdeme, yeteneğe, performansa, eğitime vb. diğer ölçütlere sahip olmaması nedeniyle farklı davranışta bulunmak, eşit işlem borcunun bir görünümü haline gelir[356]. Bazı koşullar benzerliği tespit etmeyi kolaylaştırır, örneğin toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ücret zamlarının yapılması noktasında, artık benzer durumda olan sendika üyesi veya dayanışma aidatı ödeyen işçiler için belirlenen ücret zamlarının uygulanacağı açıktır. Böyle bir koşul bulunmuyorsa, işveren açısından tüm işçilere eşit derecede menfaat sağlamak yükümlülüğü bulunmamaktadır. Doktrinde Doğan Yenisey, burada işverenin "*keyfi ve sübjektif nedenlerle ayrımcılık yapmama yükümlülüğü*" olduğunu belirtmiştir[357]. Önemli olan, sözleşme özgürlüğü ile eşitlik ilkeleri arasında makul bir dengenin kurulması, eşit değerde işleri görenlere eşit davranışta bulunulması vesilesiyle çalışma barışını sağlayacak bir ortam yaratılmasıdır[358].

Doktrinde eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı kavramlarının arasında bir nedensellik bağı bulunduğu, bazı yazarlara göre birbirlerini tamamlayan nitelikte oldukları, bazılarına göre ise aynı kuralın olumlu ve olumsuz yönlerini ifade ettikleri belirtilmektedir[359]. Kavramların sürekli birlikte anılmaları, kimi zaman bir diğerini anlatmak amacıyla kullanıldıkları gözlemlenmektedir[360]. Bununla birlikte, eşit davranma borcunun niteliği itibariyle hem dar anlamda eşit davranma yükümlülüğü, hem de ayrımcılık yasaklarını içeriğinde barındırması nedeniyle birçok bileşeni içerdiği ifade edilmektedir; bir yandan eşit davranma borcuyla işverenin yönetim hakkı sınırlanmakta, diğer yandan ayrımcılık yasaklarıyla temel hak ve özgürlüklerin korunması sağlanmaktadır[361].

Eşit davranma borcu, işverene iş sözleşmesiyle yüklenmiş bir borç olduğundan, bu borcun iş sözleşmesinin başlamasından sona ermesine dek ifa edilmesi

---

[356] Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 121; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 723.
[357] Doğan Yenisey, **Orantılılık**, s. 979.
[358] Fevzi Demir, "İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi", **Legal İSGHD**, C:11, S:41, 2014, s. 15-25, s. 18 (Tazminatlar).
[359] Eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı kavramlarını bir bütünün parçası ve aralarındaki ilişkiyi de bölünemez bir ilişki olarak nitelendiren görüş için bkz. Gülmez, **a.g.m.,** s. 219.
[360] Ünal, **a.g.e.,** s. 49.
[361] Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi**, s. 66.

gerekir. İşveren dürüstlük kuralı kapsamında, yönetim hakkını kullanırken ortada farklı davranmayı gerektirecek haklı sebepler yoksa, işçilere farklı davranmamalı, objektif olmayan ve keyfi uygulamalardan kaçınmalıdır[362]. Bununla birlikte iş sözleşmesinin feshi aşamasında işverenin eşit davranma borcunun olup olmadığı tartışma konusudur[363]. İşverenin bu borcu fesih aşamasında nasıl uygulayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Fesihte eşit davranma borcunun var olduğu kabul edilmekle birlikte[364], bu borcun fesihte mutlak bir biçimde uygulanamayacağı da ileri sürülmektedir[365]. Bu görüşe göre, tek bir işçinin sözleşmesinin feshedilmesi halinde eşit davranma borcunun uygulama alanı yoktur. Birden fazla işçinin iş sözleşmesinin feshinde de, sübjektif özelliklerin aynı olması imkanı bulunmadığından, yine eşit davranılması mümkün olmayacaktır. Fesih hakkının kullanılmakla tükenen bir yenilik doğuran hak olması vesilesiyle eşit davranma borcunun uygulama alanına girmediği de iddia edilmiştir[366]. Doktrinde Süzek'e göre, olağan fesih hakkının dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı biçimde kullanımı, hakkın kötüye kullanılması oluşturacaktır[367].

Doktrinde Doğan Yenisey'in belirttiği üzere, eşit davranma borcu kapsamında farklı muamelenin haklılaştırılması daha kolaydır, ancak temel hak ve özgürlüklerle

---

[362] Tunçomağ, **İş Hukuku**, s. 16; Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi,** s. 66-67.

[363] Kaya, **a.g.e.,** s. 249; Yuvalı, **a.g.e.,** s. 182. Derhal fesihte uygulama alanı olup olmadığı hakkındaki görüşler için bkz. **a.e,** s. 201-203.

[364] Aziz Can Tuncay, "Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:1, İstanbul, Beta, 2011, s. 725-770, s. 762 (Irk ve Etnik Köken); Sur, **Eşitlik**, s. 41; Tankut Centel, "Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 36, 2016, s. 9-16, s. 16 (Metal Sektörü). Ancak ayrım yasakları veya temel hak ve özgürlüklerin ihlali olduğu durumlarda söz konusu tespitin yapılabileceği yönünde, bkz. Ertürk, **Temel Haklar**, s. 112.

[365] Tunçomağ, **İş Hukuku,** s. 256; Nuri Çelik, "İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:4, 2006, s. 5-12, s. 5 (Eşit Davranma); Gülsevil Alpagut, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", **Bankacılar Dergisi,** S: 65, 2008, s. 89-110, s. 96 (Esaslı Değişiklik); Emine Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **TBB Dergisi**, Özel Sayı, 2017, s. 225-268, s. 259 (Eşitlik); Ayrımcılık yasakları ile sınırlı olduğu yönünde, bkz. Polat Soyer, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008**, Ankara, Türk-İş, 2010, s. 11-85, s. 53 (Değerlendirme 2008); Yuvalı, **a.g.e.,** s. 183; Ulaş Baysal, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", **Legal İSGHD**, S:25, 2010, s. 59-99, s. 85-86 (Eşit Davranma).

[366] Görüşler için bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 207-208.

[367] Yazara göre söz konusu fesih, ayrımcılık tazminatına hak kazandırmamakla birlikte, duruma göre geçersiz, haksız veya kötüniyetli fesihten kaynaklanan hukuki sonuçlar doğacaktır, bkz.. Süzek, **İş Hukuku**, s. 493, 616.

bağlantısı nedeniyle ayrım yasakları kapsamında yer alan farklı davranışın haklılaştırılması oldukça zordur[368]. İşverenin, bir departmandaki işgücü fazlalığı nedeniyle işçilerin bir kısmının sözleşmesini feshederken, aralarından kıdemi daha az olan işçileri tercih etmesiyle[369], aralarından kadın olanları yahut farklı bir dine mensup olanları tercih etmesi arasında ciddi bir fark vardır. İlkinde işyerinde daha kıdemli olan işçilere öncelik tanıma ve farklı davranışın haklılaştırılması yönetim hakkı kapsamında incelenirken, ikincisinde doğrudan bir grubun elimine edilmesi, işçilerin kişisel özelliklerinden kaynaklanan sebeplerin feshe konu edilmesi sonucunu doğuracak, böylece fesih hakkı kullanılırken dürüstlük kuralına aykırı davranılması gündeme gelecektir. İş güvencesinin yürürlükte olmadığı dönemde doktrinde Tuncay, olağan fesih hakkı bakımından işverenin esas niyetinin sendikalı olma, kadın olma gibi sebeplere dayanması durumunda veya işverenin kendi koyduğu "ilk giren son çıkar" gibi kurallara uyulmaması durumunda olağan fesihte eşit davranma borcuna aykırılık sonucu doğacağını ileri sürmüştür[370].

Fesih aşamasında mutlak olarak eşit davranmanın mümkün olmadığı görüşündeki yazarlar dahi, kötüniyetli fesihlerin hariç tutulması gerektiğini savunmaktadırlar[371].

(2) Ölçülülük İlkesi – Dürüstlük Kuralı

Kural olarak temel hakların kullanılmasında özgürlük esas, sınırlamalar ise istisna kabul edilmekle birlikte[372]; sınırlamaların devlet müdahalesiyle doğrudan

[368] Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi,** s. 67.
[369] 1992 tarihli bir kararda toplu iş sözleşmesinde yer alan "ilk giren son çıkar" düzenlemesine uyulmadığı gerekçesiyle kötüniyet tazminatı talep eden ve işyerinde daha önce disiplin cezası da almış olan işçinin talebi değerlendirilmiştir. Yargıtay bu kararda, iş sözleşmelerinin feshinde aynı yıl işe alınan işçilerden, aralarında 1-1,5 ay gibi kısa süreli kıdem farkı bulunanlara işverence dikkat edilmemesinin, toplu iş sözleşmesinde yer alan 12 aylık ücret tutarındaki kötüniyet tazminatını gerektirmeyeceği yönünde hüküm kurmuştur, bkz. Y9HD, T. 10.121992, 1992/5438 E., 1992/13474 K. (Naklen: Kutal, **Değerlendirme 1992**, s. 49-50).
[370] Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 216; İşverenin kendi koyduğu kurala uymaması halinde sözleşmeye aykırılıktan bahsedileceği yönünde, bkz. Aykaç, **a.g.m**., s. 84.
[371] Çelik, **Eşit Davranma,** s. 6; Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi,** s. 69; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 727.
[372] Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke Midir?", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:7, S:1, 2017, 1-74, s. 4.

uygulanması, her koşulda hukuka uygun bir sonuca ulaşılmasını sağlayamamaktadır[373]. Bu nedenle yapılacak sınırlamanın ölçülü olup olmadığının tespitine, ölçülülük denetimi adı verilmektedir. Ölçülülük, özellikle temel haklar alanında bir hakkın sınırlandırılmasının belirli koşullara bağlanmasını sağlayan bir Anayasa ilkesidir. Bu denetim yoluyla hakkı sınırlandırmak için kullanılan aracın, amaca uygun olup olmadığı değerlendirilmektedir[374]. Ölçülülük ilkesi hem kanun koyucunun normları düzenlemesinde, hem de yasaların uygulanmasında dikkate alınır[375].

Ölçülülük ilkesi öncelikle Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihadıyla geliştirilmiş[376], 2001 yılında yapılan değişiklikle[377] 1982 Anayasası'nın 13. maddesiyle de hukukumuzda pozitif düzenlemeyle kabul edilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, ölçülülük denetimini üç alt başlığa ayırmış ve bu alt başlıkların her birinin ölçülülük denetimine temel teşkil eden ilkeler olduğunu kabul etmiştir. Ancak doktrinde savunulduğu üzere bu ilkelere yönelik tespite geçmeden, söz konusu sınırlamanın öncelikle meşru bir amaca dayandığının anlaşılması gerekmektedir[378]. Meşru amacın varlığından sonra, başvurulan aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli olması (*elverişlilik*), aracın amaca ulaşmak için gerekli olması (*gereklilik*) ve araçla amacın ölçüsüz olmaması (*orantılılık – dar anlamda ölçülülük*) bakımından değerlendirme yapılmaktadır[379].

---

[373] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.**, s. 30 vd.

[374] Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları:506, 1982, s. 113; Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 187; Öner Eyrenci, "Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Seminer),** İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 34-52, s. 34 (Ölçülülük); Metin, **a.g.m.,** s. 6.

[375] Metin, **a.g.e.,** s. 20.

[376] Temel hakların sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sağlam, **a.g.e.,** s. 112 vd.; İsmail Köküsarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, Ankara, Adalet, 2020, s. 207 vd.; 1882 yılında Prusya Yüksek İdare Mahkemesinde görülen Kreuzberg davasıyla ölçülülük denetimi yapılmaya başlanmıştır, bkz. Michel Fromont, "Le principe de proportionnalité", **AJDA**, juin 1995, s. 156 vd; Jean-Marc Sauvé, "Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés?", **Les cahiers portails**, No: 5, 2018/1, s. 9-21, s. 10.

[377] 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, RG. T:17.10.2001, S: 24556.

[378] Metin, **a.g.e.,** s. 23; Köküsarı, **a.g.e.,** 216; Boyar, **Yatay Etki**, s. 94; Metin, **a.g.m**, s. 7.

[379] Sağlam, **a.g.e.,** s. 114; Meşru amacın öncesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşünde, bkz. Metin, **a.g.e.,** s. 189. Meşru amacın varlığının elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerini de kapsadığı, bu kavramların birbirleriyle bütünlük arz ettiği görüşünde, bkz. Köküsarı, **a.g.e.,** s. 218.

Ölçülülük ilkesinin, yalnızca devlet ile birey arasında değil, aynı zamanda özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde de uygulama alanı bulduğu kabul edilmektedir[380]. Özel hukuk ilişkilerinde temel prensip irade serbestisi olsa da, ekonomik yönden güçlü olan sözleşme tarafının diğer tarafa karşı sözleşme koşullarının oluşturulması, uygulanması ve sona erdirilmesi sürecinde gücü elinde bulundurduğu belirtilmektedir[381]. Yenilik doğuran hakkın tek taraflı irade beyanıyla yarattığı yeni durum, iradelerin uyuşmasına imkan bırakmayan bir yetki kullanımına dönüşmektedir. Sırf bu güç dengesinin kurulabilmesi açısından sosyal hukuk olarak adlandırılan hukuki düzenlemeler getirilmiş, başlı başına iş hukuku bu düşünceyle şekillendirilmiştir[382].

Ölçülülüğün özel hukuka yansıdığı kabul edilen bir başka işlevi, tarafların iradelerini bir bakıma sınırlamasıdır. Kamu hukukunda ölçülülük değerlendirmesi yapılırken temel hakkı sınırlayan davranışta bulunan veya kararı veren kamu gücünün bir hakkı yoktur, ancak özel hukukta müdahaleyi yapan da bir başka hak sahibidir. Bu durumda çatışan hakların dengelenmesine ihtiyaç duyulur. Doktrinde bu aşamada, dar anlamda ölçülülük değerlendirmesine başvurulduğu, bir tarafın iradesi sonucu ortaya çıkan hukuki işlemin gerekli olup olmadığına bakılmaksızın yalnızca orantılılığın tespit edildiği ifade edilmektedir[383]. Orantılılık alt ilkesinin kullanımı yoluyla tarafların menfaatlerinin ölçülmesi ve değerlendirmesi yapılmaktadır[384]. Bu noktada söylenebilecektir ki orantılılık, yarar ile zararı karşılaştırarak, bir yandan hakkın kullanılmasını tamamen engellemeksizin dengeyi sağlama girişimidir[385]. Alman Anayasa Mahkemesi ve AİHM, orantılılık alt ilkesine klasik anlayışta yer vermemiş,

[380] Mustafa Alp, "Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-", **Yasa Hukuk Dergisi,** C: 17, S: 205, Ocak 1999/12, s. 1519-1534, s. 1520 (Ölçülülük). Doktrinde ölçülülüğün özel hukukta bir ilke olarak kabulü tartışmalara neden olmuştur. Bir yanda, özel hukuka hakim olan temel prensiplerin ve pozitif düzenlemelerin buna gereksinim bırakmadığı düşüncesiyle birlikte diğer yanda ölçülülük ilkesinin tüm hukuk düzeni için geçerli olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Ayrıca bkz. Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 49 vd.; Doktrinde özel hukukta uygulamanın orantılılık alt etkisinin dahil edilmesi ve yatay etki vesilesiyle ortaya çıktığı belirtilmektedir, bkz. Köküsarı, **a.g.e.,** s. 208.
[381] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 52.
[382] Süzek, **İş Hukuku**, s. 2; Alpagut, **Belirli Süreli,** s.27.
[383] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 57.
[384] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 179; Metin, **a.g.e.,** s. 37.
[385] Alp, **Ölçülülük,** s. 1523.

bu değerlendirmeyi ilerleyen dönemlerde yapmaya başlamışlardır[386]. Böylece ölçülülük denetimi, yargı organı tarafından, hakkın kullanımı sonucunda karşı tarafın uğradığı zarara göre yapılan eylemin ölçülü olup olmadığının belirlenmesine[387] ve bir dengeleme aracına[388] dönüşmüştür. Belirtilen gerekçelerle ölçülülük ilkesinin özel hukuk ilişkilerinde temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından uygulama alanı bulduğu ifade edilmektedir[389].

Günümüzde Fransız Hukukunda ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlükleri garanti altına alma rejiminin en önemli mekanizmalarından biri olarak sayılmaktadır[390]. Fransız İş Kodu'nun 1121-1. maddesinde temel hak ve özgürlüklere işin mahiyetine ilişkili olmayan ve ölçüsüz bir müdahale getirilemeyeceği düzenlenmiştir. Fransız Yargıtay'ının yaklaşımının, AİHM'in değerlendirmelerini andırdığı ve işçinin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahaleleri sınırlandırma niteliğinde olduğu doktrinde ifade edilmiştir[391]. Fransız İş Hukukunda ölçülülük ilkesi, disiplin yaptırımlarının denetlenmesi açısından oldukça önemli bir yer edinmiştir. İşçinin kusurlu eylemine hangi yaptırımın uygulanacağına dair işveren kararı, 1982 yılından bu yana ölçülülük ilkesi ile denetlenmektedir[392]. Belirtmek gerekir ki yargıcın yaptığı denetim, alınan kararın yerindeliği niteliğinde değildir; yalnızca işverenin aldığı kararla amaçladığı sonuca ulaşıp ulaşmadığı denetlenmektedir. Doktrinde 1982 yılında yapılan değişiklikle yasakoyucunun "*mürekkebini kamu hukukuna batırdığı*" ve idareye yapıldığı gibi işverenin açık takdir hatası olup olmadığının sorgulandığı ifade edilmiştir[393].

---

[386] Köküsarı, **a.g.e.,** s. 212.
[387] Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", **DEÜHFD**, C:15 Özel Sayı, 2014, s. 681-707, s. 690 (Orantılılık).
[388] Doktrinde Amerikan hukuk sisteminde özel hukuktan doğan ve kamu hukukunu etkisi altına alan "dengeleme ilkesi"nin, orantılılık alt ilkesi benzer işlev gördüğü ve dengelemenin özel hukuk ilişkilerine uygulanmasının daha uygun düştüğü ifade edilmektedir, bkz. Köküsarı, **a.g.e.,** s. 230-231; Dengeleme ilkesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **a.e.,** s. 236 vd.
[389] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 51.
[390] Sauvé, **a.g.m.,** s. 13.
[391] Jean Mouly / Jean Savatier, "Droit disciplinaire", **Répertoire de droit du travail**, Dalloz, 2019, Knr. 63.
[392] Güzel / Ugan Çatalkaya, **a.g.m.,** s. 46; Mouly / Savatier, **a.g.m.,** Knr. 143.
[393] Mouly / Savatier, **a.g.m.,** Knr. 296.

Yüksek Mahkeme feshi bir disiplin yetkisi olarak görmekte ve bu yetkinin temel hak ve özgürlüklere müdahale ile sonuçlandığı durumlarda, ölçülülük ilkesi ile sınırlandırmaktadır. Ancak disiplin yaptırımlarının denetimine müsaade eden hüküm, iş sözleşmesinin feshini kapsam dışı bırakmıştır. Bir diğer deyişle İş Kodu m. 1333-3 uyarınca bu düzenlemeler, iş sözleşmesinin feshinde uygulama alanı bulmayacaklardır. Fesih halinde buna özgü hükümler uygulanarak fesih yetkisi denetlenecektir.

Bu ilkenin özel hukukta nasıl bir kaynağı olduğu tartışma konusu olmuştur. Doktrinde bir görüş, ölçülülük ilkesinin çıkış noktasının dürüstlük kuralı olduğunu ileri sürmektedir[394]. Bir başka görüş ise bu ilkeyi dürüstlük kuralına dayandırmanın mümkün olmadığını ifade etmektedir[395]. Üçüncü bir görüşe göre, dürüstlük kuralı, tarafların borçlarını ve haklarını şekillendirmede rol oynar, bu sayede bir hakkın nasıl kullanılacağını tespit etmek için objektif bir ölçüte dayanılmasını sağlar. Hakkın bu objektif ölçütün dışında kullanılması ise kötüye kullanım sonucunu doğurur. Ölçülülük ilkesinde karşılıklı hakların veya menfaatlerin amaca aykırı kullanımı yoktur, ancak her iki tarafın da kullanımı sonucu ortaya çıkan hukuki durumun adalet düşüncesine aykırı bir orantısızlık doğurmaması amacıyla bir değerlendirme yapılmaktadır, böylece dürüstlük ve ölçülülük arasında ilişki bulunsa da farklı kavramlar olduğu kabul edilmelidir[396].

Ölçülülük ilkesinin doğrudan ve Kamu Hukukunda olduğu biçimiyle uygulanması yerine özel hukuka uyumlaştırılarak uygulanması gerektiği ifade edilmiştir[397]. Ölçülülük, oranlılığı kapsamına alan bir ilke olsa da, kural olarak hak-kamusal menfaat çatışması bakımından işlevsel bulunmaktadır. Bu ilkenin

---

[394] Eyrenci, **Ölçülülük,** s. 36; Serozan, **Medeni Hukuk,** Knr. 12, s. 283-284; Ş. Esra Baskan, **İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi**, İstanbul, Legal, 2021, s. 42-43 (Ultima Ratio); Alman hukukunda ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılığın özünün BGB **§** 242'deki doğruluk ve güven kurallarına dayandığı ileri sürülmektedir, bkz. Alp, **Ölçülülük**, s. 1523-1524.

[395] Erhan Birben, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi** (Yayınlanmamış doktora tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 45 (Naklen: Ugan Çatalkaya, **a.g.e.**, s. 112).

[396] Alp, **Ölçülülük**, s. 1521; Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 50; Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 113-114. Fransız İş Kodu'nda ölçülülük ilkesinin açık ve dürüstlük kuralından ayrı bir şekilde düzenlenmesi nedeniyle ayrı kavramlar olduğu görüşündedir, bkz. **a.e.,** s. 115. Kanımızca Fransız Hukukunda bu iki ilkeyi birbirinden ayıran yaklaşımın, dolaylı yatay etkiyi kabul etmeyen görüş ile bağlantısı vardır.

[397] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 185; Alp, **Ölçülülük,** s. 1526.

uygulanması, yatay değil, dikey etki kapsamında görülmektedir[398]. Konumuz bakımından ortadaki çatışma, hak-hak çatışmasıdır ve işverenin nihai amacı kamu değil işletme yararıdır. Böylece işverenin kendi hakkını kullanmasına, işletmesi yararına karar almasına imkan tanınır[399], oysa dikey ilişki bakımından kamu gücünün hakkı yoktur.

İşverenin fesih hakkı bir yenilik doğurucu nitelik taşısa dahi nihai olarak "hak"tır. Bu hakkın karşısında ise işçinin başka bir hakkı bulunmaktadır. Bu iki hak arasında, diğer tüm haklarda olduğu gibi çatışma olabilir ve bu çatışmanın çözülmesi gerekir. İşverenin işletmesi için yararlı olacak meşru amacı veya menfaati yoksa, zaten hakkın doğru ve olması gerektiği gibi kullanıldığından bahsedilemez. Hakkın kullanılmasının elverişsiz veya gereksiz olması durumlarında da o hakkın dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanıldığından bahsetmek mümkün değildir. Dar anlamda ölçülülük değerlendirmesi sonucunda bir hakkın kullanılması ya ölçülü, ya da ölçüsüz bulunacaktır. Bu durumda hakkın kullanımına ya müsaade edilir, ya da bir sınır çizilmiş olur.

İşverenin fesih hakkını kullanırken nasıl davranması gerektiğine yönelik değerlendirme bakımından kanımızca ölçülülük ilkesi ve üç alt ilkesi bağlamında yapılan denetim yeni ve farklı bir şey değildir. Fesihte ölçülülük ilkesinin uygulanmasının, işverenin bu hakkı kullanmayı tercih etmesinin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığını değerlendirmek anlamına geldiği ifade edilmektedir. Roma hukukundan bu yana gelen özel hukuk geleneğinde, "ölçülü olma", kendisini genel davranış kurallarına işaret eden normlarda bulmaktadır. Kanımızca dürüstlük kuralı, ölçülü olmayı ve muhataba en az zarar veren yolu seçmeyi bünyesinde barındırır[400]. Alman Anayasa Mahkemesi de, taraflardan birinin dengeyi bozacak şekilde güçlü

[398] Köküsarı, **a.g.e.,** s. 506.
[399] İşverenin derhal fesih yetkisini bir ceza olarak değerlendiren Yargıtay, bazı kararlarında derhal feshin haksızlığını ölçülülük ilkesine dayanarak tespit etmektedir, bkz. Y9HD, T. 11.06.2015, 2014/9573 E., 2015/21437 K.; Y9HD, T. 26.02.2015, 2015/263 E., 2015/8255 K.; Y9HD, T. 07.03.2017, 2015/8606 E., 2017/3304 K. Doktrinde, pratik uyuşum ilkesi denilen bu yöntemle, çatışan değerler tartılarak adil bir çözüm bulunmaktadır, bkz. Metin, **a.g.e**., s. 195. Derhal fesih hakkının dürüstlük kuralı ile ilişkisine ve geçerli feshe dönüştürülmesinin yarattığı olumsuz sonuçlara ileride yer verileceğinden, burada yalnızca ilkenin karara dayanak teşkil ettiğini belirtmekle yetineceğiz.
[400] Aynı görüşte bkz. Alp, **Ölçülülük İlkesi,** s. 1524 ve dn. 34'teki yazarlar.

olduğu özel hukuk ilişkilerinde, ölçüsüzlük yasağı etkisini bünyesinde barındıran medeni hukukun genel hükümlerinin (içlerinde BGB § 242 de sayılmıştır) tamamlayıcı olarak etki ettiğini kabul etmektedir[401]. Bu yorum, dolaylı yatay etkinin bir sonucudur. Oysa, uygulama ile bugün gelinen noktada ölçülülük ilkesi yalnızca iş güvencesi olan işçiler için uygulanmakta ve onların korunması için doğrudan etki gösterecek şekilde mahkemelerce yorumlanmaktadır. İş güvencesi hükümlerinde işverenin fesih hakkı ile işçinin çalışma hakkı arasındaki dengenin ölçülülük ilkesi ile kurulduğu kabul edilmektedir. Doktrinde baskın görüş, bu ilkenin dayanağının dürüstlük kuralı olduğunu savunmaktadır[402].

Ölçülülük denetiminde, kamu gücünün kanunla kendine tanınan alanda hareket etmesine rağmen, vatandaşın temel hak ve özgürlüklerine ölçüsüz müdahele sonucu doğuran işlemleri sınırlandırılmaktadır[403]. Bu tanım dahi dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ile işaret edilen denetime paralel nitelikte olduğunu göstermektedir. Nitekim özel hukuk ilişkisinde kişinin hakkı vardır, bu hakkı kendine tanınan alan içinde kullanır; buna karşılık kullanımla ortaya çıkan sonuç ölçüsüzdür. Bu ölçüsüzlük, kimi zaman menfaatler dengesinin sarsılmasından, kimi zaman sosyal amaca aykırılıktan, kimi zaman çelişkili davranıştan doğar. Bu nedenle ölçülülük denetimi, özel hukukta hakkaniyet arayışının yalnızca bir bölümünü oluşturabilmektedir. Kanımızca daha geniş bir değerlendirme imkanı varken, denetim yalnızca bu alana hasredilmemelidir. Örneğin, bugün anlaşıldığı haliyle ölçülülük denetimi ile iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin temel hak ve özgürlükleri korunamamaktadır. Çünkü işverenin fesih hakkının sebebe bağlı olmadığı kabul edilmekte ve son çare ilkesinin gereklilik denetimine işaret ettiği ifade edilmektedir. Ancak, fesih hakkının kullanımının gerekli olup olmadığı sorgulanamadığından, müdahalenin ölçüsüzlüğü sonucuna varılamamaktadır. Ölçülülük gibi anayasal bir ilkenin yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçiler için uygulanması, deyim yerindeyse anayasal bir ilkenin yalnızca işçilerin bir grubu, bir kesimi için uygulanması anlamına gelir ki, bu durum özellikle işyerinde temel hakları güvence altına almak bakımından

[401] Kanadoğlu, **a.g.e.,** s. 21.
[402] Özdemir, **Dürüstlük Kuralı**, s. 59; Eyrenci, **Ölçülülük**, s. 36;
[403] Alp, **Ölçülülük**, s. 1519.

elverişli bir sonucu doğurmaz. Zaten güvenceden yoksun kimseler, daha da güvencesiz bırakılmış olmaktadırlar.

İş güvencesinden yararlanmayan bir işçi için işverenin fesih hakkını kullanması her ne kadar sebebe bağlı olarak addedilmese de, hakkın kötüye kullanımı sistemi de feshin keyfiliğinin engellenmesi amacıyla değerlendirme yapmaya olanak tanımaktadır. Bu sistem yoluyla, fesih hakkını kullanan işverenin yani hak sahibinin, objektif menfaat yokluğu veya menfaatler arasında ciddi bir orantısızılık veya yetkisini meşru bir amaç doğrultusunda kullanıp kullanmadığı, çelişkili davranıp davranmadığı, bir diğer deyişle kötüye kullanıp kullanmadığı irdelenmektedir. Dürüst, makul, orta zekalı bir işveren, işçinin sözleşmesini fesheder miydi, bu sorunun cevabı uyarınca yargıç feshin keyfi olup olmadığını belirleyecektir[404]. Alman hukukunda da, fesih kararının soğukkanlı ve mantıklı bir işverence objektif bir nedene dayanarak alınması ("*ruhig und verständig urteilender Arbeitgeber*") gerektiği kabul edilmektedir[405]. Dürüstlük kuralının işaret ettiği ideal davranışa işaret eden bu tanım, içeriğinde objektif ve orantılı değerlendirmeyi barındırmaktadır.

Hakkın kötüye kullanılmasını zarara indirgeyen görüş, günümüzde kabul görmemektedir. Yalnızca zararın varlığına bakılarak değerlendirme yapılması, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının kapsamını daraltıcı bir yorum olur. Bugün kabul edilen çoğunluk görüşüne göre, zarar ortaya çıkmasa dahi hakkın amacına uygun kullanılmaması, kötüye kullanılma sonucunu doğuracaktır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasının denetimi bakımından da hakkın muhatabının zarara uğraması şart değildir. Nitekim kanun koyucu, fesih hakkının kötüye kullanımının yaptırımını düzenlerken zarar koşulunu aramamıştır[406]. Örneklemek gerekirse hamile olduğu için iş sözleşmesi feshedilen işçi, ertesi gün başka bir işyerinde çalışmaya başlayabilir. Bu durumda gelir kaybı yaşamayacağından, bir zararı oluşmaz. Ancak hamilelik nedeniyle iş sözleşmesinin feshi, hakkın sosyal amacına aykırılığı

[404] Savaş Taşkent, "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 21, Mart 2011, s. 15-24, s. 18 (İlkeler).
[405] APS/Vossen, **KSchG § 1**, 5. Aufl. 2017, Knr. 69
[406] Engin**, İşletme Gerekleri,** s. 17; Ercan Akyiğit, **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, C:1, 3. Bs., Ankara, Seçkin, 2008, s. 760 (Şerh); Mehmet Nusret Bedük, "İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:1, İstanbul, Beta, 2011 (Kötüniyet), s. 921-967, s. 926.

dolayısıyla kötüye kullanımıdır. Kişinin hamileliği, kadın olmaya bağlı cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle yapılan fesih, meşru amacı olmayan bir fesihtir. Bu nedenle bu feshin korunmaması gerekir.

Ancak zararın bir kriter olarak aranmaması, zararın ortaya çıktığı hallerde menfaatlerin dengelenmesi için dürüstlük kuralına başvurulmayacağı anlamına gelmeyecektir. Yukarıda hakkın kötüye kullanılması başlığı altında daha detaylı değerlendirildiği üzere, menfaatler arasındaki orantısızlık yahut menfaat yokluğu, hakkın kötüye kullanımının görünümlerinden yalnızca bir grubunu oluşturur. Bu nedenle dürüstlük kuralının özel hukuk ilişkilerinde ölçülülük denetimini de kapsadığı ancak ondan daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilecektir. Bu nedenle adil, dürüst, orta zekalı bir işverenin "olması gereken" objektif davranışı belirlenecek, temel hak ve özgürlüklere sözleşme ilişkisinde yapılan müdahalenin oranlılığı, dürüstlük kuralı vasıtasıyla tespit edilecektir. Özetle görüşümüz, Anayasal ölçülülük ilkesini iş hukukundaki bir grup işçiye doğrudan uygulamak yerine, fesih nedenlerinin tespiti yahut gerçekleşmesinde menfaat değerlendirmesi bakımından aynı işlevi gören MK m. 2'nin olağan veya derhal tüm fesihlerde uygulama alanı bulması yönündedir.

3. Kötüye Kullanımın Somutlaştırılması

İsviçre-Türk Hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının nasıl tespit edildiği yukarıda açıklanmıştı[407]. Bu durumda hakkın nasıl kullanılması gerektiğine dair tespit, dürüstlük kuralının işaret ettiği davranış modeli esas alınarak yapılacaktır.

İş sözleşmesinin feshi bakımından konuyu inceleyen Süzek, hakkın kötüye kullanılmasının zarar veya kusur gibi sübjektif ölçütlere bağlanmaması gerektiğini, hakkın "*objektif iyi niyet kuralları*" olarak adlandırdığı ve dürüstlük kuralı esas alınarak belirlenecek davranış kurallarına göre kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, kanımızca "objektif iyi niyet kuralları" ifadesini "dürüstlük kuralı" anlamına

[407] bkz. yuk. Birinci Bölüm, II-D.

gelecek şekilde kullanmaktadır. Buna göre taraflar, kişisel görüş ve inançları esas alınmaksızın, aynı koşullarda bulunan dürüst, namuslu ve makul bir kişinin davranacağı şekilde davranışta bulunmalıdırlar[408]. Doktrinde Süzek, bu davranış modelini esas alan objektif iyi niyet kuralları ölçütünün, çeşitli ülke hukuklarında kullanılan feshin sosyal amacı, işletme yararı gibi diğer ölçütleri de kapsayacak genellikte olduğunu belirtmiştir[409]. İlgili hukuk sistemi hangi ölçütü belirlemiş olursa olsun, aslında fesih hakkının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılması engellenmek istenmektedir. Ancak bu davranış modeline uygun davranıp davranılmadığı somut olaya özgü değerlendirme yapmayı gerektirir ve hangi hallerin kötüye kullanım olduğunu sınırlı biçimde saymak mümkün değildir. Her bir başlığın altında çok sayıda örnek verilebilir. Birçok hak da birbiriyle bağlantılı olup, keskin çizgilerle ayrılması mümkün değildir. Ancak genel hakkın kötüye kullanılması yasağında olduğu gibi fesih hakkının kötüye kullanılmasında da uygulamada sıklıkla karşılaşılan örnekler, somutlaştırma faaliyeti açısından yardımcı olmaktadır.

a. Kişisel Özellikler Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi

(1) İş Sözleşmesinin *Intuitus Personae* Niteliği

Sözleşmelerin özelliği gereği taraflar arasında bir ilişki kurulur, ancak bu ilişkinin kurulması her durumda tarafların kişilik özelliklerinin önem taşımasını gerektirmez. Bir satım sözleşmesinde tarafların kişiliği kural olarak önem taşımayacaktır. Ancak, bazı sözleşmelerde kişisel özellikler ön plana çıkar; iş sözleşmesi de bu sözleşmeler içerisinde önemli bir yere sahiptir[410].

Sözleşmelerin kişisel ilişkiler meydana getirme niteliği, *intuitus personae* olarak adlandırılır. İş sözleşmesi bakımından işçinin kişiliğinin önem taşıdığı[411],

[408] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 86. İşverenin iyi bir aile babası gibi hareket etmesi gerektiği görüşünde, bkz. Esener, **İş Hukuku,** s. 235-236; Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 94.
[409] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 86; Süzek, **İş Hukuku,** s. 561.
[410] Ekonomi, **İş Hukuku,** s. 78; Süzek, **İş Hukuku**, s. 244.
[411] Ulucan, **Alman Hukuku**, s. 232; Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 42; Akyiğit, **Ders Kitabı**, s. 34.

işverenin de kişiliğinin önem taşıma unsurunun sözleşmeyle kararlaştırılabileceği[412], bu nedenle de *intuitus personae* niteliğinin var olduğu kabul edilmektedir[413]. Kişisel özelliklerin önem taşıdığı sözleşmelerde aradaki güven bağının kuvvetlendiği ve olası kişisel değişikliklerin sözleşmeyi de yakından etkileyeceği, bu değişikliklerin fesih için haklı neden oluşturabileceği kabul edilmektedir[414].

İş ilişkisinde kişisel özelliklerin ön planda olması[415], tarafların hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi ihtimalini de beraberinde getirmektedir[416]. Böylece bu niteliği haiz olmayan bir ilişkiden farklı olarak dürüstlük kuralının yeni yükümlülükler oluşturmasına, mevcut yükümlülükleri şekillendirmesine herhangi bir sözleşmeden daha çok ihtiyaç duyulmaktadır[417]. Böylece iş sözleşmesinde işçinin sadakat borcu, işverenin de gözetme borcu gibi, dürüstlük kuralından doğan borçlar olduğu kabul edilmektedir[418]. Gününün büyük bir çoğunluğunu işverene hasretmiş olan işçinin kişi olarak korunması, kişi unsurunun öne alınması bu borcun kaynağına dair temellerden biridir[419].

İşverenin işçiyi gözetme (koruma) borcu, işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığını korumak, aynı zamanda onurunu ve gururunu gözetmek, işçinin kişisel özelliklerine, varlığına saygı duyarak bunun gerektirdiği şekilde davranmak gibi başka

---

[412] Doktrinde bir görüşe göre kişisel özelliğin önem taşıması için gerçek kişinin varlığı zorunlu değildir; tüzel kişinin de kişisel özelliklerinin öneminden bahsedilebilir. Nitekim know-how, piyasadaki rekabet gücü, bilinirliği, ünü, saygınlığı gibi unsurlar tüzel kişiyle (veya gerçek kişiyle) sözleşme yapılması için sebep teşkil ediyorsa burada *intuitus personae* den bahsedilecektir, özellikle kredi sözleşmeleri, franchise sözleşmeleri gibi sözleşmelerin kurulması aşamasında örneklenen unsurlara önem verilmektedir, bkz. Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 418, s. 152-153. Kanımızca iş sözleşmesi için de aynı durumun mevcut olacağı söylenebilir, hiçbir işçi düzenli ödeme yapmadığı bilinen bir işverenle iş ilişkisi kurmak, yöneticilerin mobbing uyguladığına dair duyum aldığı bir işyerinde çalışmak istemeyecektir. Bu bakımdan tüzel kişi işverenin özellikleri de irdelenmektedir.

[413] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 96; Ugan Çatalkaya, **a.g.e.**, s. 227.

[414] Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 417, s. 152; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 148.

[415] Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 43.

[416] Ali Güzel, "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin 'Intuitus Personae' Niteliği Üzerine Yeniden Düşünmek", **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İstanbul, 1996, s. 182 (Intuitus Personae).

[417] Vigneau, **Good Faith,** s. 602. Doktrinde Eren, işgörme edimini "kişisel edim" olarak tanımlamış ve kişisel edimlerin ifasının, kişilik haklarına, ahlaka, dürüstlük kuralına aykırı biçimde istenemeyeceğini savunmuştur, bkz. Eren, **a.g.e.,** Knr. 296, s. 110.

[418] Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 44.

[419] İlhan Ulusan, **İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu**, İstanbul, Kazancı, 1990, s.2; Sözleşme serbestisinin kötüye kullanılması riskine karşı kişiliğin korunması gerektiği yönünde, bkz. Manfred Rehbinder / Jean-Fritz Stöckli, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, **Berner Kommentar**, Ed.2, 2014, Knr. 4, s. 125.

sözleşmelerde olmayan yan edim yükümlülüklerin oluşmasını sağlamıştır. Dürüstlük kuralı, gözetme borcunun içeriğinin belirlenmesi ve yorumlanmasında çok etkilidir[420]. İşverenin hem İş Kanunu ve yönetmelikler, hem de toplu iş sözleşmeleri ile sorumlulukları belirlenmiştir, bu nedenle dürüstlük kuralına ihtiyaç kalmamıştır denilse de, gözetme borcunun içeriğinin belirlenmesi için işçinin işverene duyduğu güveni esas alarak, işçinin haklı çıkarlarını gözetmek için dürüstlük kuralına ihtiyaç duyulmaktadır[421].

Gözetme borcu kapsamında işçinin kişiliğinin, sağlığının, onurunun korunması, aynı zamanda işçi bakımından temel hak da teşkil etmektedir. Çünkü kişi, zamanını, aklını, vücudunu, şahsi değerlerini bir işverenin işine adadığı zaman tüm bu şahsi değerleri sosyal alanda var olur ve sosyal alanda bunların zarara uğraması tehlikesi de ortaya çıkar. Bu sebeple işveren, işçinin kişisel değerlerini, sağlığını, onurunu korumak amacıyla elinden geleni yapmakla yükümlüdür[422].

İşçinin kişilik haklarının korunması, işverenin gözetme borcu kapsamındadır. Doktrinde, bazı hallerde işçinin kişiliğini koruma borcu gibi işverenin kendi yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle kötüniyetli feshin ortaya çıkabildiği, bu nedenle işçinin korunması ihtiyacının doğduğu ifade edilmektedir[423]. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında, mobbing nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin kötüniyetli addedilmesi için, psikolojik tacizin işçinin hastalık veya verim düşüklüğüne sebep olması ve bunun üstüne işverenin gerekli önlemleri almadan fesih yoluna gitmesi gerektiği belirtilmiştir[424]. Aslında burada işveren, işçinin işçinin yetersiz davranışına, kendi gözetme borcuna aykırı davranarak sebep olmaktadır, ki bu durumda da fesih hakkını, dürüst olmayan yoldan elde etmeyerek kötüye kullanmaktadır.

---

[420] Ekonomi, **İş Hukuku,** s. 154. Gözetme borcunu açıklayan tüm görüşler, gözetme borcunun dürüstlük kuralı ile olan ilişkisini farklı şekillerde de olsa kabul ederler çünkü dürüstlük kuralı temel olarak güven ilkesine dayanır ve gözetmenin bir borç olarak benimsenmesinin özü de bir tarafın otoritesi altındayken onun tarafından gözetileceğine duyulan güvene dayanmaktadır, bkz. Ulusan, **a.g.e.**, s. 6.
[421] Ulusan, **a.g.e.,** s. 5.
[422] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 84; Doğan Yenisey, **Genel Hizmet Sözleşmesi**, s.92.
[423] Caruzzo, **a.g.e.,** s. 518., CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 73, s. 680.
[424] ATF, 4C.320/2005, T. 20.03.2006.

İş ilişkisinde önemli bir anlaşmazlık olsa dahi, işverenin işçinin kişiliğini koruma borcunun devam ettiği kabul edilmektedir. Anlaşmazlığı çözmek yolunda adım atmaksızın işveren doğrudan sözleşmeyi feshederse, bu feshin kötüye kullanım teşkil edebileceği doktrinde ileri sürülmüştür. Buna karşılık işveren, diğer işçilerle problem yaşayan işçinin iş sözleşmesini, birkaç defa kendisini uyardığı ve bunun üzerine bir değişiklik olmadığı gerekçesiyle feshedebilir. Burada artık kötüye kullanma yoktur çünkü anlaşmazlık artık basit bir fikir ayrılığının ötesine geçerek iş ortamında huzursuzluğa dönüşmüş ve işveren gözetme borcu gereğince gerekli uyarıları yapmıştır[425].

İşçi için sadakatli davranma, işverenin haklı menfaatlerini koruma[426], iş ilişkisi devam ederken işveren ile rekabete girmeme gibi yükümlülükler, sadakat borcundan doğmaktadır[427]. Sadakat olmadan güvenin sağlanamaması neticesinde, bu borcun iş ilişkisinin özünü oluşturduğu söylenmiştir[428]. Sadakat borcu öylesine önemlidir ki, ihlali halinde işverene derhal fesih için haklı neden oluşturduğu kabul edilmiştir[429]. Türk İş Hukukunda sadakat borcunun varlığı uzun süredir kabul edilmekle birlikte, kanunda açıkça yer almamaktaydı. İsviçre BK m. 321a'dan iktibas edilen TBK m. 396 ile açık düzenlemeye kavuşturulmuştur[430].

Kanun koyucu sadakat borcunu düzenlerken, içeriğini tanımlama yolunu tercih etmemiştir, bu durumda borcun çerçevesinin çizilmesi bakımından doktrindeki tanımlamalara[431] ve Yargıtay kararlarına başvurma ihtiyacı doğmaktadır. Nitekim

---

[425] Wyler/ Heinzer, **a.g.e.,** s. 536.
[426] Brunner / Bühler / Waeber / Bruchez, **a.g.e.**, s. 56; Arslan Ertürk, **a.g.e.**, s. 31.
[427] Hasan Kayırgan, "İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:20, S:1, 2014, s. 459-478, s. 462, 465.
[428] Mustafa Alp, **Çalışanın İşverenini ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi – Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu (Whistleblowing),** İstanbul, Beta, 2013, s. 115. (Whistleblowing)
[429] Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s.133; Kayırgan, **a.g.m.,** s. 464.
[430] İsviçre Borçlar Kanununda hükmün nihai şekli 1971 değişikliği ile oluşmuştur, bunun öncesinde 1911 tarihli İBK'da yalnızca işçinin yüklendiği işi özenle yapma borcu düzenlenmekteydi, bkz. CS-Dunand, **Art. 321a**, Knr. 4, s. 54.
[431] Ekonomi, sadakat borcunu "*işçi işverenin işi ve işyeri ile ilgili menfaatlerini korumak, onun menfaatlerine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak borcu altındadır*" olarak ifade etmiştir, bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s. 128. Süzek'e göre "*işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticari ve mesleki bakımından zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu*"dur. Süzek, **İş Hukuku,** 360; Arslan Ertürk'e göre ise "*aralarındaki iş ilişkisi gereğince işçinin, işverenin*

borcun taşıdığı önem nedeniyle sadakat kapsamında işçiden hangi davranışların beklenmesi veya beklenilmemesi gerektiği tespit edilmeli[432], sadakat borcu sınırsız bir borç olarak değerlendirilmemelidir[433]. Hem olumlu hem de olumsuz davranış yükümlülüklerinin bir arada bulunduğu borcun[434] kapsamı, iş görme borcuyla doğru orantılı olarak ve dürüstlük kuralı[435] vasıtasıyla belirlenecektir[436].

Kişisel ilişkilerin kurulması, aynı zamanda sözleşmenin sonlandırılması aşamasında tarafların kişilik hakkını korumayı ön plana alan bir sistemin getirilmesini de zorunlu kılacaktır[437]. Bu nedenledir ki, *intuitus personae* unsuruna birtakım sınırlamalar getirilerek işverenin keyfi uygulamalarının ve bu anlamda yaratılacak hukuka aykırılığın önüne geçilmeye çalışılmıştır[438]. Hatta doktrinde Güzel, pozitif hukuk kurallarıyla bu unsura fazla bir alan bırakılmadığı görüşündedir[439]. Ancak özellikle işverene getirilen objektif yükümlülükler bakımından uygulamaların kişiselleştirilmesinin önüne geçilmesi, iş ilişkisinin kişisel ilişki kuran niteliğini tek başına bertaraf etmez. İşçinin kişisel özelliklerinin esas alınmasının istenmediği haller, kanımızca işverence bu durumların kötüye kullanılmasının engellenmek istendiği ayrım yasakları gibi hallerdir[440].

---

korunmaya değer menfaatlerini, doğruluk ve güven ilkesinin gerektirdiği şekilde ve kendisinden beklenilebilecek makul ölçülerde koruması ve bu menfaatlere zarar verecek davranışlardan kaçınması"dır, bkz. Arslan Ertürk, **a.g.e.,** s. 144.

[432] Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde geçmişte, sadakat borcu mutlak ve iş görme ile eşdeğer sayılan nitelikte bir borç olarak görülmekteydi, Ancak zaman içinde bu anlayış, işçinin temel hak ve özgürlüklerinde ciddi bir sınırlama doğurduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu noktadan sonra her iki hukuk sisteminde de zamanla bu borcun nisbi niteliği kabul edilmiş ve sadakat borcunun sınırlarının daha dar olması gerektiği öne sürülmüştür. İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde bu gelişmelere etki eden esaslı unsurlardan biri işçilerin haklı menfaatleri, özellikle temel hak ve özgürlüklerinin gözetilmesi ihtiyacıdır bkz. Alp, **Whistleblowing,** s. 117-119; CS-Dunand, **Art. 321a**, Knr. 17, s. 58.

[433] Kayırgan**, a.g.m.,** s. 460.

[434] Fevzi Demir / Gönenç Demir, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", **Kamu-İş**, C:11, S:1, 2009, s. 1-37, s. 2; Philippe Caruzzo, **Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations**, Cenevre, Schulthess, 2009, s. 40; Alp, **Whistleblowing**, s. 116, CS-Dunand, **Art. 321a**, Knr. 13-14, s. 57.

[435] Doktrinde MK m.2'nin sadakat borcuna çerçeve çizen bir nitelik taşıdığı ifade edilmiştir, bkz. Caruzzo, **a.g.e.,** s. 40; Arslan Ertürk, **a.g.e.,** s. 28; Demir / Demir, **a.g.m.,** s. 2.

[436] Arslan Ertürk, **a.g.e.,** s. 223.

[437] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s.11.

[438] Doktrinde Engin, *intuitus personae* ve *intuitus rei* işlevsiz kaldığında feshin ortaya çıktığını ifade etmektedir, bkz. Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 26.

[439] Güzel, **Intuitus Personae**, s. 182.

[440] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 227.

İşçinin kişisel özellikleri nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, onu ayırt eden birtakım niteliklerin feshe konu edilmesidir. Bu niteliklerin neler olduğunun sınırlı olarak sayılması mümkün değildir[441]. Ayrımcılık yasağı, feshe konu edilemeyecek kişisel özellikleri belirlemede önemli bir rol oynamaktadır.

(2) Ayrımcılık Yasağı

Birleşmiş Milletler kapsamında kurulan Ayrımcılığın Önlenmesi ve İnsan Haklarının Korunması Alt Komisyonu, özel olarak ayrımcılığa dair sorunlarla ilgilenmek için kurulmuştur. Ancak komisyon, erken dönemlerinde ayrımcılığın tanımını yapma konusunda fikir birliğine varamamıştır. Buna karşılık, ayrımcılık ile farklılaştırma arasındaki ayrımı açıklamıştır. Komisyona göre farklılaştırma uygulaması, kendi kapsamına uygun amacı doğrultusunda hareket edildiğinde veya toplumsal yarar sağladığında haklılaştırılabilir, buna karşılık ayrımcılık, istenmeyen, gerekçesiz ve haksız bir sonuç ortaya çıkarır ve hukuka uygun hale getirilmesi mümkün değildir[442]. Farklılaştırma yahut farklı davranma, ancak hukuki temelden yoksun ve haksızsa ayrımcılık olarak değerlendirilebilir[443]. Ayrımcılıktan bahsederken, birden çok unsurun bir arada olduğu gözlemlenir, öncelikle kişinin aleyhine bir davranış veya uygulama bulunmalı, bu uygulama veya davranış haksız olmalı ve aynı zamanda hukuk sisteminin yasakladığı hukuka aykırı bir temele dayanmalıdır[444]. Bu unsurlar, *farklı davranış*, *açık bir etki* ve *etkinin yasaklanmış bir alanda doğması* olduğu ifade edilmektedir[445].

Birleşmiş Milletler'in imzaladığı Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi de ayrımcılığın tanımını vermemektedir. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve

[441] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 186.
[442] Li Weiwei, "Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law", Research Notes 03/2004, **Norwegian Centre for Human Rights,** Oslo 2004, s. 8 (Çevrimiçi: https://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/china/avpublisert/china-old-documentation-only/publications/0304.pdf , Erişim Tarihi: 24.09.2020)
[443] Miné, **a.g.e**, s. 48.
[444] Miné, **a.g.e.,** s. 49.
[445] Weiwei, **a.g.m.,** s. 8.

Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi gibi ayrımcılığın spesifik alanlarına yönelik çalışmalarda özel tanımlara yer verilse de, genel bir tanım yapılmanın zor olduğu görülmektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi'nde[446] birinci maddede ilk defa özel olarak çalışma alanında ayrım ifadesi tanımlanmıştır[447]. Buna göre karşılaşılan uygulamada eşitliği ortadan kaldıran ya da bozan her türlü ayrılık gözetimi, ayrı tutma veya üstün tutma, ayrım olarak kabul edilecektir[448]. Ayrımcılık yalnızca bir hak ihlali olmayıp aynı zamanda insan onuruna karşı bir eylem niteliği de taşımaktadır[449]. AİHS'in 14. maddesi uyarınca ayrımcılığa karşı korunma hakkı, bir meta-hak olarak diğer temel haklardan yararlanma bakımından farklılık gözetilmemesini de garanti altına almaktadır[450].

Türk Hukukuna bakıldığında ise, normlar hiyerarşisinin en üstünde ayrımcılığın anayasal düzeyde yasaklandığını görmekteyiz. Anayasa'nın 10. maddesi "Kanun Önünde Eşitlik" başlığı taşımakta, maddede sayılan nedenlere dayanan ayrımcılık yasağını da kapsamına almaktadır[451]. İş Kanunu'nun 5. maddesinde "Eşit Davranma İlkesi" başlığı altında iş ilişkilerinde ayrım yasağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu, "*iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz*" düzenlemesiyle, kişinin, kişisel özelliklerinden ve tercihlerinden ötürü farklı muameleye maruz bırakılmasını ve bundan zarar görmesini engellemeyi amaçlamıştır.

Belirtmek gerekir ki İş Kanunu'ndaki düzenleme, yalnızca kapsamındaki işçiler bakımından uygulanır niteliktedir. Doktrinde, Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında çalışan işçiler bakımından eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı düzenlenmediği için bir boşluğun meydana geldiğine ve bu

[446] İşbu sözleşme, 1958 yılında kabul edilmiş, Türkiye'de de 19.07.1967 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir. bkz. ILO Ankara Ofisi https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377273/lang--tr/index.htm
[447] Zeynep İspir, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık", **Ankara Barosu Dergisi,** S:3, 2016, s. 169.
[448] Pir Ali Kaya, **Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık,** Ankara 2014, s. 49.
[449] Kaya, **a.g.e.,** s. 50; Ulucan, **Eşitlik İlkesi,** s. 375.
[450] Beyleveld / Pattinson, **a.g.m.,** s. 631.
[451] Gülmez, **a.g.m.,** s. 236.

boşluğun doldurulma ihtiyacına dikkat çekilmiştir[452]. Bu ihtiyacın giderilmesi TİHEKK ile kısmen mümkün olmuştur. Bu Kanunun 6. maddesi, istihdam ve serbest meslekte ayrımcılık yasağını düzenlerken, 5. fıkrasında İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmelerini de TİHEKK kapsamına aldığını[453] belirtmektedir[454].

Ayrımcılık yasağı kapsamına nelerin girdiği, yıllar içerisinde şekillendirilmiştir. Başlangıçta ayrımcılık, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak iki başlıkta incelenmiş, zaman içinde dolayısıyla ayrımcılık, çoklu temelli ayrımcılık, mağdurlaştırma, taciz gibi kavramlar da yapılan çalışmalar ve içtihat ile ayrımcılık kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır[455]. Doğrudan ayrımcılık, TİHEKK'nın 2/d maddesi uyarınca "*Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele*"dir. Kişinin, kendine özgü bir durumdan dolayı keyfi olarak mağdur edilmesi söz konusudur[456]. Dolaylı ayrımcılık ise görünüşte yanlı bir nitelikte değildir, dolaylı ayrımcılığın tespiti için işyerindeki uygulama veya ölçütün, bir gruba kıyasla diğerini esaslı bir biçimde dezavantajlı duruma getiren bir sonuç doğurması gerekmektedir[457]. TİHEKK'nın Tanımlar başlıklı ikinci maddesinin (e) fıkrasında da dolaylı ayrımcılık, "*Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle*

---

[452] Ulaş Karan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 195.

[453] Türk Hukukunda ayrımcılık ve insan hakları ihlallerine ilişkin olarak kişilerin Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvuru yapma hakları sınırlandırılmıştır. 6701 sayılı Kanun'un Başvurular başlıklı 17. maddesinin ikinci fıkrası, ilgililerin Kurum'a başvurmadan önce başvuru konusu uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep etmeleri gerektiği, talebin reddi yahut otuz gün içinde cevap alınamaması halinde Kurum'a başvuru yapılabileceğini düzenlemektedir. Hükümde, telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde belirtilen koşulun aranmayacağı da belirtilmiştir. Hükmün 5. fıkrası da özel olarak İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında ayrımcılık iddiaları hallerinde ancak iş mevzuatında belirtilen şikayet usulleri izlendikten sonra bir yaptırım kararı alınmadığı durumlarda Kurum'a başvuru yapılabileceğini düzenlemektedir. Kanımızca iş mahkemesine dava açıldıktan ve mahkemeden olumsuz bir değerlendirme sonucu aldıktan sonra Kurum'a başvuru yapılması şartı anlaşılabilir değildir.

[454] Bu kanun kapsamındaki ayrım yasaklarının sınırlı bir şekilde sayıldığı yönünde, bkz. Sur, **Eşitlik**, 37, 40.

[455] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 723-724.

[456] Kaya, **a.g.e.**, s. 52.

[457] Doğan Yenisey, **Orantılılık,** s. 983-984; Kaya, **a.g.e.,** s. 53-54.

bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulması" olarak tanımlanmıştır. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kategorilerinin farklılığı özellikle cinsiyete dayalı ayrımcılık konusunda gündeme gelmektedir, ancak mutlaka yalnızca cinsiyet ayrımcılığında ortaya çıkmak zorunda değildir.

Eşit davranma borcundan farklı olarak, ayrımcılık yasağının iş sözleşmesinin feshinde uygulama alanı bulacağı hususunda tartışma bulunmamaktadır. İşverenin fesih hakkını kullanırken, somut olay uyarınca iş ilişkisiyle ilişkilendirilebilen bir menfaati olmalıdır. İşçinin doğuştan gelen özelliklerini veya işçinin siyasi görüşü, felsefi inancı gibi işle ilgisi olmayan kişilik özelliklerini iş ilişkisini sonlandırmak için kullanması, fesihte menfaat yokluğu ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır[458]. Doktrinde iş güvencesinde geçerli sebep oluşturmayacak haller olarak belirlenen hallerin feshe konu edilmesinin de ayrım yasaklarıyla paralel nitelikte olduğu ifade edilmiştir, ancak iş güvencesi olmayan işçiler bakımından bu sebepler hukuka aykırı bir feshe yol açmakta, feshin geçerli olduğu gerçeği değiştirmemektedir[459].

Ayrımcılık teşkil eden sebebe dayanan fesih hakkı, sosyal amacına hizmet etmeyerek kötüye kullanılmış olacaktır. Yine dolaylı ayrımcılık bakımından da, işverenin ayrımcılık yapma niyetinden ziyade önemli olan, getirilen ölçüt veya yapılan uygulamanın hangi amaçla getirildiğidir, böylece dolaylı olarak ayrımcılığın söz konusu olup olmadığı tespit edilecektir[460]. Burada da objektif olarak menfaat değerlendirmesi yapılmakta ve işverenin söz konusu ölçütü getirmekte bir menfaati yoksa, hakkın kötüye kullanılması sonucu doğmaktadır. TİHEKK tanımında da olduğu gibi işyerindeki farklı uygulamanın objektif olarak haklılaştırılabilmesi gerekir. İşveren, işçinin kadın olması, belirli bir dine mensup olması, eşcinsel olması, belirli bir siyasi görüşten olması, hastalığı gibi örnekleri artırılabilecek nedenlere dayanarak iş sözleşmesiyle bağlı kalmak istemediğinde, fesih hakkı, ayrımcılık yasağına aykırı davranılmak suretiyle kötüye kullanılmaktadır. Nitekim fesih hakkının kötüye

[458] Yıldız, **Ayrımcılık,** s. 845; Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 319.
[459] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 727.
[460] Doğan Yenisey, **Orantılılık,** s. 984.

kullanılması için açıkça "kötüniyet" ve "zarar" aranmamakta, hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanılmış olması yeterli görülmektedir[461]. Kanun koyucu 5. maddede ayrımcılık yasağına aykırı davranışın iş ilişkisinde ve sona ermesinde ortaya çıkması durumunda talep edilebilecek tazminatı düzenlemiştir. İşK m. 5/6 gereğince, tazminatın talep edilebilmesi için ayrımcılık teşkil eden fiilin varlığı yeterli olup, failin niyeti önem taşımaz[462].

Bu anlamda İsviçre BK 336. maddesinde, fesih hakkının kötüye kullanılması oluşturan haller, oldukça yol gösterici niteliktedir[463]. Maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde işin yürütümünde esaslı bir nokta teşkil etmediği sürece karşı tarafın kişiliğine ilişkin bir özellik nedeniyle fesih hali düzenlenmiştir. Doktrinde bu bendin ayrımcılığa karşı düzenlendiği, cinsiyet, yaş, ırk, kişinin geçmişte bir cezai soruşturma geçirmesi yahut hüküm giymiş olması, ailevi durumu yahut kişisel ilişkisi, cinsel yönelimi, karakter özellikleri gibi sebeplerle yapılan fesihlerde fesih hakkının kötüye kullanılmasının ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür[464]. Bu bende ilişkin hukuki uyuşmazlıkların konusu yalnızca bu sayılanlardan ibaret değildir. Ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil eden ve esaslı objektif bir nedene dayanmayan her türlü farklı davranış bu kapsama girebilir. Uygulamada yaşananlar mahkemede dava konusu oldukça, bu konudaki içtihat da gelişmekte ve evrilmektedir. Ancak feshin kişisel özellikleri konu edinmesine rağmen, bu kişisel özellikler çalışmayı önemli ölçüde etkiliyorsa ve iş ilişkisiyle bağlantılıysa, burada feshin hukuka uygun olduğundan bahsedilebilecektir[465].

(3) Feshe Sebep Olamayacak Kişisel Özellikler

Ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturan haller iş sözleşmesinin feshinde hakkın kötüye kullanılması bakımından büyük bir paya sahiptir. Bunlar, iş ilişkilerinde

[461] İş güvencesini haiz olmayan işçiler bakımından ayrım yasaklarını ihlal ederek fesih yapan işverenin, hakkını kötüye kullandığı görüşünde bkz. Sarper Süzek, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:12, 2008, s. 30, 34. (Eşit Davranma)
[462] Doğan Yenisey, **Orantılılık**, s. 983.
[463] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 185.
[464] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 25-33, s. 663-667.
[465] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 186.

sıklıkla haklılaştırılamayan farklı işleme konu olan kişisel özelliklerdir. Bu kişisel özelliklerin ayrımcılığa tabi olacak şekilde feshe konu edilmesi için öncelikle işverence öğrenilmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki, bu özelliklerin bir kısmı, "hassas nitelikli kişisel veri" olarak değerlendirilmektedir[466]. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda[467] ("KVKK"), hangi verilerin bu kapsamda sayılacağı m. 6/1'de, "*kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri*" ifadesiyle açıkça belirtilmiştir. KVKK, iş ilişkilerinde işçi ile işverenler arasında da uygulanacak olup, işveren bu hassas nitelikteki verileri ancak belirli koşulların varlığı halinde işleyebilecektir. Görülmektedir ki kanun koyucu bazı kişisel özelliklerin kötüye kullanıma açık olduğu inancıyla, çeşitli açılardan onları koruma gayesiyle hareket etmiştir.

(i) Cinsiyet ve Cinsiyete Bağlı Sebepler ile Aile Yükümlülükleri

Cinsiyet ayrımcılığı veya cinsiyete dayalı ayrımcılık, Anayasa ile açıkça yasaklanmıştır. Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine, 5170 sayılı Kanun ile 2004 yılında ikinci fıkra eklenerek, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme, birinci fıkrada yer alan cinsiyet ayrımı olmaksızın herkesin eşit olduğu ibaresinin tekrarıdır, yalnızca bu husus güçlendirilmek istenmiştir. Buna karşılık, ikinci fıkraya eklenen ikinci cümleyle Devlete, bu eşitliğin hayata geçmesini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece eşitliğin hayata geçirilmesini engelleyen hukuki düzenlemelerin kaldırılması ve düzenleme olmayan alanlarda da eşit düzenleme yapılması yükümlülüğü yüklenmiş bulunmaktadır[468]. 2010 yılında 5982 sayılı Kanun ile aynı fıkraya eklenen üçüncü cümle ise, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağını düzenlemektedir. Doktrinde bu düzenleme yoluyla, devletin eşitsiz durumu

[466] İlke Gürsel, **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı,** Ankara, Adalet, 2016, s. 185.
[467] T. 24.03.2016, R.G. T. 07.04.2016, S: 29677.
[468] Gülmez, **a.g.m.,** s. 235.

dengelemek için kadınlar lehine pozitif ayrımcılıkta bulunabileceği, kadınlar açısından fırsat eşitliğinin sağlanması için gereken önlemlerin alınmasına bir pozitif yükümlülük olarak yer verildiği belirtilmektedir[469].

İşK m. 5'te hem cinsiyete dayalı ayrımcılık yasaklanmış, hem de pozitif ayrımcılığı destekleyecek düzenlemeler getirilmiştir[470]. Maddenin üçüncü fıkrasında "*İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz*" denilerek, cinsiyete dayalı ayrımcılık, iş ilişkisinin her aşamasında yasaklanmıştır. İş sözleşmesinin feshinde cinsiyet nedeniyle ayrımcı davranışta bulunan işveren, bu madde kapsamında düzenlenen yaptırımlara muhatap olacaktır. Cinsiyete dayalı ayrımcılığı geniş anlamda değerlendirmek gerekir. Kişinin cinsel tercihi veya cinsel yönelimi[471], hamilelik[472], analık, babalık gibi ailevi yükümlülüklerin yerine getirilmesi nedenlerinin fesih sebebi olması halinde de cinsiyet temelli ayrımcılıktan söz edilmelidir. Bununla birlikte Yargıtay, işçinin işyerinde bir başka işçiyle yaşadığı ilişkideki tartışmaların işyeri düzenini bozacak nitelik teşkil etmesi durumunda işçinin cinsel tercihine dayanan bir fesihten bahsedilemeyeceği yönünde karar vermiştir[473].

Kişinin bekar veya evli kaldığı süre boyunca iş ilişkisinin devam edebileceği, aksi halde iş sözleşmesinin feshedileceği yönünde bir koşulun geçersiz sayılması gerekir[474]. Kişinin cinsiyete dayalı ayrımcılığa uğraması ve bu nedenle hakkını araması üzerine yapılan fesih de kötüye kullanım teşkil edecektir[475].

---

[469] Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Dergisi,** S:11, 2006, s. 49.
[470] Maddenin ağırlıklı olarak cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenlemeleri içerdiği yönünde, bkz. Serkan Odaman, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti", **Legal İSGHD,** S: 25, 2010, s. 31-40, s. 33 (Ayrımcılık)
[471] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 170,
[472] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 629, Göktaş, **a.g.e.,** s. 125.
[473] Y9HD, T. 19.09.2005, 2005/654 E., 2005/30275 K. (Naklen: Nafi Pakel, "Cinsel Tercihin İş Akdine Etkisi", **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 80, S: 2, 2006, s. 65-657).
[474] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 191.
[475] İsviçre'de Kadınlar ve Erkekler Arasında Eşitlik Hakkında Federal Kanun (LEg), istihdam alanında cinsiyet temelli ayrımcılığa özel olarak yer vermiştir. LEg m. 3 ile işçiler arasında doğrudan veya dolaylı olarak medeni ve ailevi durumları nedeniyle ve kadınlar için hamilelik nedeniyle ayrım yapılması ve

Hamilelik ve analık sebeplerine dayanan ayrımcılık, doğrudan kadın olmakla ilişkilendirilen cinsiyet temelinde bir ayrımcılıktır; ancak ayrımcılığın tespiti için belirlenmiş bir kıstas olmadığından farklı muamele ve onu haklılaştıran bir sebebin olup olmadığı değerlendirilmesi yapılmalıdır. Hamilelik nedenine dayanan fesihlerde bir başka işçiyi kıstas alarak değerlendirme yapmak, hakkaniyete uygun bir sonuç doğurmayacaktır. Avrupa Adalet Divanı, hamilelik nedeniyle ayrımcılığa uğrayan kadın işçileri konu alan kararlarında, hamileliğin rahatsızlık yahut hastalık nedeniyle işe devamsızlık haliyle bir tutulamayacağını ifade etmiştir[476]. Kadın işçinin bu yolla cezalandırılması ve kişilik hakkının ihlal edilmesi önlenmektedir[477]. Bu nedenle ayrımcılığa yönelik değerlendirme yapılırken, erkek yahut aynı durumda olmayan bir başka kadın işçi esas alınmayacaktır.

Ülkemizde hamilelik nedeniyle yapılan fesihler, sıklıkla uyuşmazlık konusu olmaktadır. Yargıtay'ın eski tarihli bazı kararlarında, hamilelik nedeniyle fesih, işçinin verimliliğini etkilediği gerekçesiyle olağan fesih hakkı kapsamında değerlendirilmiş[478], ancak bu görüş, eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı fikrinin yerleşmesiyle terkedilmiş bulunmaktadır[479]. Yargıtay, hamilelik nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen kadın işçiler için kötüniyetli feshin varlığını kabul etmektedir[480]. Hamile kaldığı için rapor alan işçinin feshe muhatap olup açtığı davada Yargıtay, Anayasa'da yer alan sağlık hakkına değinerek, hamile kadın çalıştırmayacağını beyan

---

cinsiyet temelli sebeplerden kaynaklanan fesihler yasaklanmıştır. LEg m.10 uyarınca, işverenin bizzat kendisine yöneltilen (örneğin ayrımcı bir davranış olarak eşit işe eşit olmayan ücret uygulamasına son verilmesi talebi) veya - bir idari yahut adli makama bildirim yapılması veya dava açılması sonucunda, işçinin ayrımcı feshe maruz kalması halinde İBK m. 336a kapsamında tazminat talep edebileceği kabul edilmiştir, bkz. Jean-Philippe Dunand, **L'OIT et le droit social en Suisse: 100 ans et après?:** Actes du colloque organisé par le Pôle Berenstein à l'occasion des 100 ans de l'Organisation internationale du Travail, Freier juristischer Verlag, 2019, s. 176.(L'OIT)

[476] Kübra Doğan Yenisey, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", **Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan**, C:6 S:4, 2002, s. 31-72, s.30 (Kadın-Erkek Eşitliği), (Çevrimiçi, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/643.pdf, Erişim tarihi: 10.10.2020)

[477] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 171; Ertürk, **Temel Haklar,** s. 186.

[478] Y9HD, T. 15.09.1987, 1987/7104 E., 1987/7858 K. (Naklen: Ertürk, **Temel Haklar,** s. 186).

[479] Doktrinde Saymen, geçmişte, hamile veya doğum yapmış kadın işçilerle yapılan iş sözleşmelerinin feshedileceği yönünde iş sözleşmeleri veya iç yönetmeliklere eklenecek hükümlerin geçersiz sayılacağını savunmuştur, bkz. Saymen, **İş Hukuku,** s. 319; bu konudaki gelişim için bkz. Münir Ekonomi, "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", **Çalışma ve Toplum**, S: 22, 2009/3, s. 11-34, s. 14 vd. (Kadın İşçi); Akyiğit, **Şerh**, s. 705.

[480] Y9HD, T. 28.04.2005, 2004/25538 E., 2005/14932 K; Y9HD, T. 17.09.2007, 2007/29103 E., 2007/26743 K.

eden işverenin, hakkını kötüye kullandığını tespit etmiştir[481]. 2007 tarihli bir kararda işçinin hamileliği nedeniyle sözleşmesini feshetmesi istenmiş, gerçekleşmeyince işverence feshedilmiş ve bu durum tanık beyanlarıyla doğrulanmıştır. Yüksek Mahkeme tarafından bu isteğin kabulü yönünde hüküm kurulmuştur[482]. 2019 tarihli bir kararında, işçinin hamileliği nedeniyle yapılan fesih sonucunda ayrımcılık tazminatı talebini değerlendirmiştir. Karara konu olayda, davacı işçi hamile olduğunu yazılı olarak işverene bildirmiş, ertesi gün davacının yöneticisi pozisyonundaki işveren vekili insan kaynaklarına verim düşüklüğü nedeniyle kadın işçi ile çalışmak istemediğini iletmiş, iki gün sonra da işçinin sözleşmesi feshedilmiştir. İlk derece mahkemesi, ayrımcılıktan kaynaklanan feshin kötüniyetli fesih olduğunu kabul etmekle beraber, ayrımcılık tazminatı talebini reddetmiştir. Yerel mahkemenin ret gerekçesinde, kötüniyetin davacı tarafından yeterince ispat edilemediği belirtilmiştir. Buna karşılık Yargıtay, ayrımcılığa dair düzenleme gereğince ispat yükünü işverene yükleyerek, somut olayda ihlalin gerçekleşmediğinin işverence kanıtlanamadığına, bu nedenle ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğuna hükmetmiştir[483].

Analık nedeniyle doğum izni, evlat edinme izni ve sonrasında düzenlenen izinlerden yararlanma nedeniyle yapılacak bir feshin, cinsiyet ayrımcılığı kapsamında da değerlendirilmesi gerekmektedir. Kadın veya erkek olması fark etmeksizin işçinin doğum yahut evlat edinme nedeniyle ailevi yükümlülüklerini yerine getirme amacıyla çalışmaması feshe sebep teşkil etmemelidir[484]. Kötüniyet tazminatı talebinde bulunan davacı ile birlikte iki kadın işçinin doğum sonrası süt izni kullanımı nedeniyle işten çıkarıldığı ileri sürülen kararda, ekonomik nedenle feshe dair işveren beyanının doğruluk tespiti için, yeni işçi alınıp alınmadığının araştırılması gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur[485].

[481] Y9HD, T. 27.03.1997, 1996/22900 E., 1997/6115 K (Naklen: Günay, **a.g.e.,** s. 476)
[482] Y9HD, T. 17.09.2007, 2007/29103 E., 2007/26743 K. ve kararın değerlendirilmesi için Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s. 111; Ekonomi, **Kadın İşçi**, s. 21.
[483] Yargıtay 9.HD, T. 15.5.2019, 2016/1423 E., 2019/11167 K. (Kazancı)
[484] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 220.
[485] Y9HD, T. 12.04.2012, 2010/29603 E., 2012/12606 K. (www.legalbank.net)

(ii) İnanç veya Politik Görüş

Kişinin inancı veya politik görüşü nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi de ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir. Özellikle belediye işyerlerinde siyasi görüşü farklı partilerin yönetime geçmesiyle, karşıt görüşteki eski partiye sempati duyan veya o dönemde işe alınan işçilerin sözleşmelerinin bu nedenle feshedildiği iddiasıyla davalar açılmaktadır[486]. Rakip belediye başkanının konvoyunda görülen belediye alt işvereni işçisinin sözleşmesinin feshi aynı doğrultuda değerlendirilmiştir[487]. Benzer başka bir kararda, işverenin ekonomik kriz gerekçesiyle işçi çıkardıktan sonra yeni işçi almasıyla çelişkili davranmış olduğu görülmekte, dayandığı sebep yerine davalı belediyede başkan değişikliği nedeniyle sözleşmenin feshedildiği ortaya çıkmıştır[488].

(iii)Sağlık Durumu, Hastalık veya Engellilik

Kişinin sağlık durumu veya engelliliği, ayrımcılığa konu edilebilmektedir. Hastalık veya sakatlığın kendisi bir fesih sebebi olarak değerlendirilemez. Hukukumuzdaki pozitif düzenleme, kişinin kusuruna bağlı olan yahut olmayan hastalığı durumunda, sözleşmenin belirli bir bekleme süresinin ardından feshedilmesine olanak tanımaktadır. "*Kişinin kastı veya derli toplu olmayan yaşayışı veya içkiye düşkünlüğü*" olarak ifade edilen kusurlu hallerde, iş dışındaki özel hayatın iş hayatına yansıması ve iş ilişkisini olumsuz etkilemesi nedeniyle işverene fesih hakkı tanınmıştır[489]. İşçinin işiyle bağdaşmayan tiksinti verici veya bulaşıcı bir hastalığa yakalanması durumunda da fesih hakkının kullanılması için, hastalığın işyerindeki işleyişi olumsuz etkilemesi gerekmektedir. Bu nedenle doktrinde sırf bulaşıcı hastalığa yakalanmış olmanın verimi ve işi etkilememesi halinde fesih sebebi olarak ileri

[486] Y9HD, T. 03.05.2013, 2011/9265 E., 2013/13394 K. (www.legalbank.net).
[487] Y9HD, T. 26.11.2012, 2010/29824 E., 2012/39242 K. (www.legalbank.net).
[488] Y9HD, T. 25.01.2001, 2000/16760 E., 2001/1282 K. (www.legalbank.net)
[489] Ertürk, **Temel Haklar**, s. 189.

sürülmemesi gerektiği haklı olarak savunulmuştur; aksinin kabulü işçinin kişilik haklarına aykırılık sonucu doğuracaktır[490].

AİHM'in incelediği I.B./Yunanistan davasında[491] başvurucu HIV ("Human Immunodeficiency Virus-İnsan Düşük Bağışıklık Virüsü") kapmış olabileceğine dair endişelerini mücevher üretilen işyerindeki üç çalışma arkadaşıyla paylaşmış ve virüsü kaptığı, test sonucuyla doğrulanmıştır. Olayı duyan üç işçi, işverene bir bildirimde bulunarak, başvurucunun bu virüs nedeniyle AIDS ("Acquired Immune Deficiency Syndrome-Edinilmiş Bağışıklık Sendromu") hastası olduğu[492] ve işverence sözleşmesinin feshedilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. İşveren, 70 kişinin çalıştığı işyerinde, konuyla ilgili önyargıların giderilmesi ve işçilerin sakinleşmesi için işyeri hekimini çağırmış ve hastalığın bulaş riski ile ilgili doğru bilinen yanlışlar ve alınması gereken önlemler, hekim tarafından işçilere anlatılmıştır. İşçiler "*kendi sağlıklarını ve çalışma haklarını korumak için*" başvurucunun iş sözleşmesinin feshedilmesi doğrultusunda işveren üzerinde baskı oluşturmak amacıyla yeniden bildirimde bulunmuşlardır. Sonuç olarak başvurucunun sözleşmesi feshedilmiştir. Kısa bir süre sonra başvurucu, başka bir işverence işe alınmıştır. Başvurucunun feshe karşı açtığı davada yerel mahkeme, fesih hakkının sırf hastalık nedenine dayanarak kullanılmasını, dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur[493]. Ancak yerel mahkeme, işverenin işyerinde çalışma barışını sağlama amacıyla sözleşmeyi feshettiğine kanaat getirmiş ve başvurucunun kişilik haklarının zedelenmediği gerekçesiyle, bu yöndeki taleplerini reddetmiştir. Uyuşmazlık Yunan Yargıtayı'nın önüne geldiğinde, feshin kötüniyetle, intikam amacıyla yahut agresif bir tavırla yapılmadığı ve tamamen hukuka uygun bir nitelikte olduğu; işverenin menfaati doğrultusunda işyerinde çalışma barışını koruma amacı taşıdığı gerekçesiyle başvurucunun talepleri reddedilmiştir. AİHM ise öncelikle HIV-pozitif kişilerin mevcut durumlarının iş ilişkisi dahil hayatın her alanını etkilediğini kabul etmiş ve uyuşmazlığı AİHS m. 8 ve m. 14 bağlamında değerlendirmiştir. Mahkeme, her ne kadar fesihle çalışma barışı sağlanması amaçlansa

[490] Şükran Ertürk, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", **DEÜHFD,** C: 4, S:2, 2002, s. 1-25, s. 6-7 (Hastalık); Ertürk, **Temel Haklar**, s. 190.
[491] I.B./Yunanistan, T. 03.01.2014, No: 552/10.
[492] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ertürk, **Hastalık**, s. 8 vd.
[493] I.B./Yunanistan, Knr. 15. Aynı görüşte, bkz. Ertürk, **Hastalık**, s. 23.

da, işçinin hastalığının üç iş arkadaşı tarafından duyurulmasının işyerindeki huzursuzluğu başlatan asıl eylem olduğunu tespit etmiştir. İşçinin HIV-pozitif olması iş performansını etkilememiş, işçilerin baskısıyla işverenin varlığı tehlike altına girmemiştir. Mahkemeye göre işveren ile işçinin menfaatleri arasında kurulacak dengede özellikle HIV-pozitif olduğu da göz önüne alınarak, işçinin zayıf taraf olduğunun gözetilmesi gerekir[494]. Alman Hukukunda da hastalık nedeniyle yapılan fesihlerde, işçinin sosyal açıdan korunma gereksiniminin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir[495].

İşçinin hastalık nedeniyle iş göremezlik raporu alması, iş sözleşmesinin askıya alınması sonucu doğurur ve askı hali geniş anlamda iş güvencesi kapsamında sözleşmenin ayakta kalmasını sağlayan bir kurumdur[496]. Taraflar, sürekli borç ilişkisini sona erdirmeyi değil, yaşanabilecek olumsuz durumlara rağmen ayakta tutmayı amaçlarlar[497]. Kural olarak işveren, raporlu olunan dönemde iş sözleşmesini feshedebilir; olağan fesih halinde askı süresince bildirim sürelerinin işlemeyeceği kabul edilmektedir[498]. TBK m. 432'nin son fıkrasında da hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim sürelerinin işlemeyeceği düzenlenmiştir. Açıkça kanun koyucu askı halinde kötüniyetli davranışları engelleme gayreti içinde hareket etmektedir.

Kanımızca kanundaki bekleme sürelerini aşmayan hastalık raporu alınması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, fesih hakkının sosyal amacıyla bağdaşmayacaktır. Nitekim 158 Sayılı Sözleşme'de de hastalık nedeniyle bekleme süresi verilmesi, doğrudan fesih yoluna gidilmemesi yönünde Taraf Devletlere yükümlülük yüklenmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin incelediği bir uyuşmazlıkta, ameliyatlı ve on günlük raporlu olduğu dönemde işçiden, işe gelerek çalışması istenmiştir. İşçi, rapor bitimine iki gün kala gelip çalışmış, ertesi gün de raporu devam ettiği halde yeniden gelip çalışması istenmiş ancak işçi raporlu olduğunu beyan

[494] I.B./Yunanistan, Knr. 87-88.
[495] Ertürk, **Hastalık,** s. 13.
[496] Sarper Süzek, "İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler", **DEÜHFD,** C:9, Özel Sayı, 2007, s. 115-133, s. 115. (Askı); Süzek, **İş Hukuku**, s. 512.
[497] Süzek, **Askı,** s. 122.
[498] Ekonomi, **İş Hukuku**, s. 222; Süzek, **Askı Teorisi**, s. 90-91; Tuncay, **Değerlendirme 1994**, s. 44; Süzek, **İş Hukuku**, s. 530.

etmiştir. İşverence raporunun uydurma olduğu iddia edilmiş, ardından işyerine alınmayarak sözleşmesi haksız feshedilmiştir. İşçinin açtığı davada kötüniyet tazminatına yönelik talebi, "*raporlu olan sürede feshedilmesinin işverenin kötüniyetini kanıtlamayacağı*" gerekçesiyle reddedilmiştir[499]. Kararda yer alan karşı oy yazısında, raporun sahteliği iddiası işverence kanıtlanmadığı gibi, raporluyken iş yapmadığı için işçinin sözleşmesini fesheden işverenin kötüniyetli olduğunun kabulü gerektiği ileri sürülmüştür. Raporlu olunan veya yıllık izinde olunan sürelerde işçi üzerinde psikolojik baskı oluşturulması ve işçiden çalışmasının beklenmesi, çalışmayan işçinin sözleşmesinin feshedilmesinde, hakkın amacına uygun kullanımından kanımızca bahsedilemeyecektir. Bir başka kararda *"işçinin uzun süreli raporu kendisinden gereken verimin elde edilememesi sonucunu meydana getirdiğinden",* rapor süresi sonunda işe başlatmamanın kötüye kullanım oluşturmayacağına dair hüküm kurulmuştur[500]. Rapor süresinin sonunda işe gelip çalışmaya başlayan ve rapor sonrası çalışmasında, önceki döneme kıyasla verim kaybı yaşayan işçi için verime dair değerlendirme yapılabilir[501]. Fakat işçinin raporlu olduğu süre verim tespitine esas alınırsa, kişinin sözleşmesinin askıya alındığı dönemde ifa edilmeyen iş görme borcuna dair bir değerlendirme yapılmış olur. Kanımızca işverene haklı neden yaratmayan süreler içinde kalmakla birlikte, geri döndüğünde işe devam edeceği inancıyla anayasal dinlenme hakkını kullanan işçinin, bu hakkını kullanmasının "*verim düşüklüğü*" olarak nitelendirilmesi ve bu nedenle sözleşmesinin feshedilmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliğine uygun bir ortamda çalışmasını sağlamak, gözetme borcu kapsamındadır. Kural olarak işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında TBK m. 417 uyarınca "*her türlü önlemi alma yükümlülüğü*", yalnızca teknik riskler açısından değil, çalışma ortamındaki huzur ve güvenliğin sağlanmasını da içerir şekilde yorumlanmalıdır. Psikolojik ve bedensel sağlığın korunmasına ilişkin önlemleri almaksızın çalıştırılan işçilerin sağlığının bozulması gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. İsviçre

[499] Y22HD, T. 26.11.2013, 2013/21437 E., 2013/26781 K. (www.legalbank.net)
[500] Y9HD, T. 10.12.2010, 2008/44735 E., 2010/37283 K. (www.legalbank.net) ve karara katılan değerlendirmesi için bkz. Güzel, **Değerlendirme 2010**, s. 174-175.
[501] Ertürk, **Hastalık,** s. 20.

Federal Mahkemesi, sürekli ve sistemli bir şekilde psikolojik baskıya, bir diğer deyişle mobbinge maruz kalan işçinin, mesleki veya fiziksel yetersizliğine dair sebeplere dayanarak sözleşmesinin feshedilmesi bakımından da aynı sonuca varmıştır[502]. Bu durumda işveren, kendi hukuka aykırı davranışından bir menfaat elde etmekte, hakkını kötüye kullanmaktadır.

(iv) Yaş ve Emeklilik

Yaş da iş ilişkisinde ayrımcılık konusu olan hallerden birisidir. Yaşa dair farklı muamele işe alım, iş ilişkisinin devamı ve sona erme aşamasında görülebilmekle birlikte, en çok işe alım aşamasında zorluk yaşandığı doktrinde ifade edilmektedir[503]. Özellikle belirli bir yaşı geçmiş işçilerin iş sözleşmeleri işverence feshedildikten sonra, istihdam piyasasında tekrar rol almaları oldukça zor olmaktadır. Bu nedenle ayrımcılığa karşı özel olarak koruma ihtiyacı duyulmaktadır.

Yaşın ilerlemesi başlı başına feshe sebep teşkil etmeyecektir. Doktrinde yaşlı bir işçinin çok hafif bir ihmali nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesinin kötüye kullanma olabileceği belirtilmiştir[504]. İsviçre'de Federal Mahkeme, kendi departmanındaki bir işçinin zimmetine yüklü miktarda para geçirmesi sonucunda, 26 yıldır çalışan banka yöneticisine hiçbir sorumluluk atfedilmediği halde, sözleşmesinin feshedilmesini kötüye kullanma olarak değerlendirmiş ve iş ilişkisinin devamında işçinin haklı menfaatinin gözetilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur[505].

Kişinin yaşı işyerindeki verimini azaltıyorsa yahut işçinin davranışları ile işin devamında olumsuz etkiye sebep oluyorsa, feshe konu teşkil edebilir[506]. Aynı şekilde

[502] Yukarıda bkz. II. Bölüm, II-B-3-a-(1); ATF, 4C.320/2005, T. 20.03.2006.
[503] Dilek Baybora, **Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı**, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 47-48.
[504] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 97.
[505] ATF 131 III 535 (f), T. 06.06.2005.
[506] Devrim Ulucan, **İş Güvencesi**, İstanbul, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2003, s. 49-50 (İş Güvencesi); Şahlanan, **Değerlendirme 2008**, s. 153; Yıldız, **Ayrımcılık**, s. 852; Canan Ünal, "Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar** (Ed.: Kübra

işyerinde teknik gelişmeler doğrultusunda yapılan değişikliklere işçi ayak uydurmakta güçlük çekiyorsa ve bu durum işi olumsuz yönde etkiliyorsa[507], yaşın iş ilişkisini etkilemesi sebebiyle fesih, kötüye kullanım olarak değerlendirilmeyecektir.

İşçinin yaşlılık aylığına hak kazanmasına çok kısa bir süre kalmışsa, kanımızca iş sözleşmesinin işverence feshi kötüye kullanma olarak değerlendirilebilir. Çünkü buradaki temel sorun, yaşlılık aylığına hak kazanmaya kısa bir süre kala tekrar istihdam edilme ihtimalinin oldukça zayıf olmasıdır. Kişinin yaşlılık aylığı almasına çok kısa bir süre kalması halinde feshin kötüniyetli olup olmayacağı konusunda farklı kararlar verilmektedir. Bir kararda, emekliliğine beş ay kalmış işçilerin işten çıkartılamayacağına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmüne uymayan işverenin, kötüniyetli olmadığı ifade edilmiştir[508]. Federal mahkeme de bir davada, 44 yıldır işyerinde bilfiil çalışmakta olan, emekliliğe hak kazanmasına birkaç ay kalmış işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinin haksız olduğuna karar verilmiştir[509]. Federal Mahkeme bu uyuşmazlıkta yaptığı incelemede, yasada sayılan kötüniyet hallerinden farklı olarak, menfaatler arasındaki açık orantısızlık olduğunu, işçinin iş bulamamasına ve ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesine karşılık işverenin korunmaya değer hiçbir menfaatinin bulunmadığını tespit etmiştir[510]. Doktrinde Süzek de, en azından işçinin haklı menfaati gözetilerek aylığa hak kazanması için beklenmesi, dürüstlük kuralı uyarınca yaşın geçerli fesih olarak değerlendirilmemesi gerektiğini savunmuştur[511].

İşçilerin sosyal güvenlik sistemi kapsamında re'sen emekli olmaları söz konusu değildir; yaşlılık aylığına hak kazanan işçiler, kendi talepleri doğrultusunda çalışma hayatından çekilebilirler. Bu nedenle yaşlılık aylığı şartlarını haiz olan işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesi, oldukça tartışmalı bir konu olagelmiştir[512].

Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul, Beta, 2017, s. 313-317, s. 366 (Yaş ve Emeklilik); Ünal, **a.g.e.**, s. 363 vd.

[507] Doktrinde Alpagut, yaşlılığın iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından geçerli neden teşkil edebilmesi için bu değerlendirmeyi yapmıştır, bkz. Alpagut, **Esaslı Değişiklik,** s. 92.

[508] Y9HD, T. 23.06.1994, 1994/5188 E., 1994/10019 K. (Naklen: Şahlanan, **Feshe Karşı Koruma**, s. 151); kararı yerinde bulan değerlendirmesi için bkz. Tuncay, **Değerlendirme 1994**, s. 43.

[509] ATF 132 III 115 (d); CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 82, s. 683.

[510] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 653.

[511] Süzek, **İş Hukuku**, s. 595.

[512] Doktrindeki görüşler için bkz. Ünal, **a.g.e.,** s. 348 vd.

Yaşlılık aylığına hak kazanan işçiler bakımından uyuşmazlıklar iki başlık altında değerlendirilebilir. İlki, bireysel olarak tek bir işçinin veya bir grup işçinin, tabi olunan sosyal güvenlik rejimi uyarınca aylığı hak edecek ilgili yaşa gelmesi nedeniyle iş sözleşmesinin işverence feshidir. İşçinin veriminde bir düşme söz konusu olmadan, sırf aylığa hak kazanma nedeniyle fesih, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir[513]. İş ilişkisini sona erdirmek bakımından işverenin makul bir sebebi, diğer bir ifadeyle bir yararı olmadığı bir durumda, objektif menfaat yokluğu nedeniyle hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna varılabilir. Fakat, sırf emekli olma olgusuna dayanmayan, makul sebebe dayanan fesih bakımından başka bir değerlendirme yapılmaktadır. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında, işverenin zararı nedeniyle işçi azaltması yoluna gittiği ve bu aşamada öncelikle emeklilik hakkını kazanmış olanların işine son verilmesinin kötüniyet oluşturmayacağına hükmedilmiştir[514]. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin BAM kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi istemine dair verdiği 2021 tarihli bir kararda ise, belirli bir yaşa gelmenin yahut yaşlılık aylığına hak kazanmanın başlı başına fesih nedeni oluşturmadığı ifade edilmiş; ancak yaşın hem işçinin yeterliliğini etkilediği, hem de işletme gerekleri ile fesihlerde işgücü fazlası ortaya çıktığı hallerin mevcut olabileceği belirtilmiştir[515].

İkinci hal ise işyerinde belirli bir yaşa ulaşan veya yaşlılık aylığına hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin öncelikli olarak feshedileceğine ilişkin bir sözleşme kaydı veya iç yönetmelik hükmünün yürürlüğüdür. Bireysel olarak işçilere uygulanan farklı muameleden ayrı olarak, bu yönde genel bir düzenleme, toplu iş sözleşmesi veya tip iş sözleşmesinde genel iş koşulu ile düzenlenmiş olabilir. İşverenin işyerinde yeniliklere daha kolay adapte olabilecek dinamik bir yapı oluşturma isteği veya

[513] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 236.
[514] Y9HD, T. 08.09.1992, 1992/10830 E., 1992/9363 K. (Naklen: Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s. 399), Paralel görüşteki Federal mahkeme kararları için bkz. Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 631.
[515] Belirtilen kararda uyuşmazlık konusu işe başlatmama tazminatının nasıl belirleneceğine ilişkin olup, emeklilik nedeniyle fesihte işe başlatmama tazminatına somut olayın özelliği gereğince karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir, bkz. Y9HD, T. 18.03.2021, 2021/1680 E., 2021/6381 K.; Aynı yönde, bkz. Y9HD, T. 18.02.2021, 2021/1679 E., 2021/6380 K.; Y9HD, T. 18.03.2021, 2021/1681 E., 2021/6382 K. (www.legalbank.net)

işyerindeki demografik yapıyı korumak amacı olsa dahi[516], bu kaydın geçerliliği tartışmalıdır.

Yargıtay'ın 2006 yılında verdiği bir kararda, 30 hizmet yılını dolduran tüm işçilerin tazminatlarının ödenerek sözleşmelerinin feshedileceğine yönelik hüküm, uygulamanın genel nitelikte olması nedeniyle geçerli sayılmıştır[517]. Emekliliğe hak kazanan işçiler için 55 yaş sınırı getiren toplu iş sözleşmesi hükmünün, sözleşme bitiminde art etki sebebiyle iş sözleşmesi hükmü olarak devam ettiği bir başka uyuşmazlıkta Yargıtay, kuralın genel ve objektif olarak uygulanıp uygulanmadığının önem taşıdığını belirtmiştir[518].

Uygulamada, iş sözleşmesi bağıtlandıktan sonra yürürlüğe giren iç yönetmelikte bu yönde bir düzenleme yapılmasıyla da karşılaşılmaktadır. 2006 yılında verilen bir kararda, 60 yaşını dolduran işçilerin sözleşmelerinin feshedileceği kaydı içeren ve sonradan yürürlüğe koyulan iç yönetmeliğin İşK m. 22 uyarınca işçiye kabul ettirilmeksizin geçerli sayılmayacağına hükmedilmiştir[519]. 2012 yılında verilen bir başka kararda ise aylık ücretli personele ilişkin yönetmelikte yer alan düzenlemenin genel ve objektif uygulama olarak geçerli sayıldığına ve saat ücretli personel için uygulama kapsamının genişletilmesine dair yönetim kurulu kararının işçilere tebliğ edilip edilmediğinin araştırılması gerektiğine karar verilmiştir[520].

Doktrinde yaş sınırı içeren bu kayıtlara ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, İşK m. 18 gerekçesindeki geçerli nedenleri örnekleri arasında yer alan "*emeklilik yaşına gelmiş olma*" ifadesiyle, söz konusu kayıtların işletme gerekleri

---

[516] Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s. 22; Sezgi Öktem Songu, "İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar** (Ed.: Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul, Beta, 2017, s. 179-206, s. 186 (Sözleşmesel Kayıtlar). Bu gerekçeyle mümkün olacağı görüşünde, bkz. Şahlanan, **Değerlendirme 2008**, s. 154-155.

[517] Y9HD, T. 20.03.2006, 2006/1991 E., 2006/9359 K. (Naklen: Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s. 23).

[518] Y9HD, T. 15.05.2006, 2006/12635 E., 2006/14038 K. ve kararı yerinde bulan incelemesi için bkz. Fevzi Şahlanan,"Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Bir Neden Olması (Karar İncelemesi – Haziran 2007), **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s. 131-135, s. 133 (Emeklilik).

[519] Y9HD, T. 06.11.2006, 2006/20021 E., 2006/29320 K. (Naklen: Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s. 24).

[520] Y22HD, T. 05.06.2012, 2011/12567 E., 2012/12533 K. ve kararın incelemesi için bkz. Ulaş Baysal, "Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 28, Aralık 2012, s. 146-153 (Emeklilik).

kapsamında değerlendirilebileceğini savunmaktadır[521]. İşletme gerekleri bakımından yapılan kabul, bu kayıtları sosyal seçim ölçütü olarak değerlendirilmesi anlamına gelecektir. Türk Hukukunda ise sosyal seçim ölçütlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı olup bu konudaki değerlendirmeye aşağıda yer verilmektedir[522]. Bu kayıtlar işçilerin yetersizliğine dair bir kabul olarak görülmekteyse, işçinin belirli bir yaşa yahut emeklilik yaşına gelmesi doğrudan işçinin yetersiz olduğu anlamına gelmeyecektir ve yaş ile yetersizlik ilişkisi somut olaya göre belirlenmeli, yaşın çalışmayı olumsuz etkileyip etkilemediği değerlendirilmelidir[523].

Bu kayıtların başlı başına geçerli kabul edilmeyeceğini savunan görüşe göre öncelikle bu yöndeki sözleşme kayıtlarının İşK m. 5 ve m. 18/III kapsamında feshe sebep olamayacak haller kapsamında değerlendirilmesi gerekir[524]; nitekim bu hükümler temel hak ve özgürlükler ile ayrımcılığa karşı korumayı amaçlamaktadırlar. Yaşa ilişkin farklı davranışın haklılaştırılabilir bulunacağı hallere İşK ve diğer kanunlarda yer verilmemiş, TİHEKK kapsamında tüm işçiler için genel istisnalar öngörülmüştür. TİHEKK m. 7/1-c'de "*işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele*", ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller arasında sayılmıştır. Aynı fıkranın (a) bendinde de "*istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele*"ye istisnalar arasında yer verilmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca yaşa ilişkin birtakım sınırlamalar ancak "*hizmet zorunluluğu*" veya "*zorunlu mesleki gereklilikler*" uyarınca getirilebilir[525]. Nitekim Türk

[521] Münir Ekonomi, "Belirli Süreli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yargıtay Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, S:2, 2006, s. 134 (Naklen: Ünal, **a.g.e.,** s. 348).
[522] Bkz.İkinci Bölüm-II-C-3-(c) -5.
[523] Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s. 24-25; Baysal, **Emeklilik,** s. 151; Süzek, **İş Hukuku**, s. 595.
[524] Düzenlemenin toplu iş sözleşmesinde yer almasının da emredici hukuk kurallarıyla çelişmesi nedeniyle geçerli sayılamayacağı görüşü için bkz. Ünal**, a.g.e**., s. 353-354.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 597.
[525] Kanun gerekçesinde belirtildiği üzere bu düzenlemeler AB Müktesebatına uygun olarak hazırlanmış olup, AB hukukunda İş ve Meslekte Eşit İşleme Dair 2000/78/EC sayılı Yönerge'de iş sözleşmesinde zorunlu emeklilik yaşında iş sözleşmesinin sona ereceğine dair düzenleme yapılmasına imkan tanınmış, bu doğrultuda uyumlanan Alman Hukuku'nda iş sözleşmesinin bu yaşa gelindiğinde kendiliğinden sona ermesine izin verilerek farklı muamele haklılaştırılmıştır, bkz. Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar,** s. 25-27. Bu yönde bir hükme TİHEKK kapsamında yer verilmemiştir, bkz. Ünal, **Yaş ve Emeklilik,** s. 335; Ünal, **a.g.e.**, s. 331.

Hukukunda belirli bir yaşı doldurma yahut yaşlılık aylığına hak kazanma fesih sebebi olarak sayılmamıştır[526] ve TİHEKK m. 7 kapsamındaki zorunlu mesleki gereklilikler olmaksızın, kişinin iş sözleşmesi yalnızca belirli bir yaşın üzerinde olduğu için veya belirli bir yaşa ulaştığı için feshedilmekte ise, "yaş ayrımcılığı" söz konusu olabilecektir[527]. Kanımızca TİHEKK'te yer alan düzenleme, genel ve objektif uygulamaların geçerli olmasını sağlayacak bir imkan vermemekte, işin veya mesleğin gerektirdiği zorunlulukların gözetilmesini haklılaştırmaktadır[528].

Personel yönetmeliği veya toplu iş sözleşmesiyle getirilen bu kayıtlar, iş güvencesine tabi olsun olmasın tüm işçiler için ayrımcılık ve temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kapsamda TBK'ya tabi olan ve dolayısıyla iş güvencesinden yararlanamayan hava taşıma işlerinde çalışan uçucu personel bakımından güncel ve önemli bir soruna da işaret etmek gerekir. Uçak Pilotu Lisans Yönetmeliği m. 20/1 uyarınca 65 yaşını doldurmuş olan pilot, ticari hava taşımacılığı yapan bir hava aracı pilotu olarak görev yapamaz. Uygulamada, hem pilotlar hem de haklarında bu yönde hiçbir düzenleme olmayan kabin memurları için 65 yaşından daha önceki bir yaşı azami yaş olarak öngören sözleşme kayıtlarına yer verildiği görülmektedir. Bu kayıtların yaş ayrımcılığı teşkil ettiği ve TİHEKK kapsamında mesleki gereklilik olarak değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir[529]. Kanımızca örneğin 60 yaş gibi bir sınır getirilmesi durumunda işçinin yeniden bir başka havayolunda iş bulması oldukça zorlaşır. İş güvenliğini sağlama amacıyla uçucu personel olan işçinin ilerleyen yaşlara geldiğinde çeşitli testlere tabi tutulması veya daha sık aralıklarla değerlendirilmeye alınması; gerektiğinde yer hizmetlerinde veya operasyonel işlerde yahut eğitim hizmetlerinde görevlendirilmesi, fesih öncesi

[526] Doktrinde Taşkent, 2004 yılı Milli Komite toplantısında sunduğu tebliğin Genel Görüşme oturumunda şunu ifade etmiştir; ILO Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları uyarınca, Taraf Devlet bu hususun aksi yönünde düzenleme yapabilir ancak Türk Hukukunda buna dair bir hüküm yer almamaktadır, bkz. Savaş Taşkent, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004**, Ankara, Kamu-İş, 2006, s. 109 (Değerlendirme); Tarafların anlaşarak yeni fesih sebebi oluşturamayacakları görüşünde, bkz. Baysal, **Emeklilik**, s. 151.

[527] Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar,** s. 28; s. Ünal, **a.g.e.**, s. 363.

[528] Doktrinde Öktem Songu, bu düzenlemeye rağmen eşit davranma ilkesinin mutlak olmadığını ve kayıtların geçerli sayılabileceği görüşündedir, bkz. Öktem Songu, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s. 194.

[529] Ünal, **a.g.e.,** s. 364-365; Ayrımı haklı kılan objektif nedenler var ise kayıtların geçerli olduğunun kabul edilebileceği görüşünde, bkz. Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar,** s. 29; Süzek, **İş Hukuku**, s. 597-598.

dürüstlük kuralı kapsamında başvurulabilecek yöntemlerdir. Bu nedenle eğer işverenin iş sözleşmesini dürüstlük kuralı kapsamında sırf yaş nedeniyle sona erdirmeksizin sürdürebileceği bir yöntem varsa, bu yol evleviyetle tercih edilmelidir. Zira bu işçiler TBK'ya tabi olduklarından, ayrımcılık tazminatına da hak kazanamamakla birlikte yalnızca TBK m. 434 uyarınca kötüniyet tazminatı talebinde bulunabilirler. 2002 tarihinde verilen bir kararda, 60 yaşını dolduran işçilerin bu konuda hüküm içeren işyeri yönetmeliğine dayanarak sözleşmelerinin feshedilmesi durumunda haksız feshin ortaya çıkacağına ve işçinin ihbar tazminatına hak kazanacağına karar verilmiştir[530]. Kanımızca olağan fesih hakkı kullanılmakta ise haksız fesihten[531] değil, fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilmeli ve bunun sonucu olarak kötüniyet tazminatı talebi gündeme gelmelidir.

(v) Irk ve Etnik Köken

Kişinin ırkının veya etnik kökeninin feshe konu edilmesinde de hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur[532]. Ancak belirli bir mesleğin icra edilmesi, o etnik köken yahut ırka tabi olmayı gerektiriyorsa, farklı davranışın haklılaştırılması mümkün olacaktır. Türk Hukukunda da ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler kapsamında ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcı davranış yasaktır; yalnızca yabancı işlerin yoğun olarak çalıştırılmadığı, bu nedenle ırka dayalı ayrımcılığın eleştiri konusu olmadığı doktrinde ifade edilmiştir[533].

[530] Y9HD, T. 18.03.2002, 2001/17796 E., 2002/4220 K. (www.legalbank.net), Kararın iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için emsal nitelikte olduğu görüşünde, bkz. Ünal, **a.g.e.,** s. 363, dn. 245.
[531] Aksi görüşte, Ünal, **a.g.e,** s. 366, 468.
[532] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 629-630.
[533] Tuncay, **Irk ve Etnik Köken**, s. 754.

b. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi

Temel hak ve özgürlüklerin iş sözleşmesinin fesih yoluyla sona ermesindeki yatay etkisini incelemek amacıyla, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bazı hak ihlallerine değinilecektir. Belirtmek gerekir ki, iş ilişkisinde aynı eylemde birçok hakkın ihlali veya kullanımının engellenmesi söz konusu olabilmektedir. Birçok temel hak birbiriyle ilintili olduğundan, bazı başlıklar altında diğer temel hakları ilgilendiren görüşler ve uyuşmazlıklara da yer verilmiştir.

Bir temel hakkın ihlal edilmesinin, somut olay içerisinde aynı zamanda ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin sendikal nedenle fesihte, sendikal nedenle ayrımcılık da vardır. Bu sebeple, kişisel özelliklerin feshe konu edilmesi ile temel hakların feshe konu edilmesi birçok olayda kesişebilmektedir. Nihai olarak tüm bu eylemler feshe konu olmakla, fesih hakkının kötüye kullanımına yol açmaktadırlar.

Çalışmamızda öncelikle çalışma ilişkisinin temelini oluşturan sözleşme özgürlüğü, girişim özgürlüğü ve çalışma hakkının genel çerçevesi çizilmiş, ardından yargı kararlarına konu olan birtakım temel hak ve özgürlüklerin iş ilişkisinde nasıl korunduğu ve yargı organlarınca nasıl yorumlandığı aktarılmaya çalışılmıştır. Her bir temel hak ve özgürlüğe tüm ayrıntılarıyla yer verilmesi çalışmamızın kapsamını aştığından, genel bilgilerin ve doktrindeki görüşlerin verilmesinin üzerine yüksek mahkeme kararlarıyla oluşturulan içtihat incelenmiştir.

(1) Sözleşme Özgürlüğü ve Girişim Özgürlüğü

Anayasa'nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Kural olarak sözleşme özgürlüğü kapsamında kişiler, ilişkilerini iradeleri aracılığıyla serbestçe düzenleyebilirler, sözleşmenin içeriğini belirleyebilir, sözleşmeyi sona

erdirebilirler. Ancak sözleşme özgürlüğü mutlak bir özgürlük değildir. Özel hukuk alanında sözleşme özgürlüğünün sınırlarını TBK m. 27 çizer. İlgili hükümde kamu düzeni, genel ahlak gibi genel kavramlara aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğu düzenlenmiş olmakla birlikte, genel kavramların içeriği doldurulurken, yargıçlar anayasaya uygun yorum yapacaklardır. Bu yorum sonucunda geçersiz olduğu tespit edilmeyen veya emredici hükümlere aykırı olmayan hallerde tarafların eşit olduğu kabul edilerek, olabildiğince hareket serbestisi tanınmıştır.

Uzun süre boyunca özellikle Medeni Hukukun kişiler arasındaki eşitliği ve sözleşme özgürlüğünü esas alan yapısı nedeniyle işverenin iş sözleşmesinde daha güçlü konumda bulunduğu, ekonomik durumunun üstünlüğü göz ardı edilmiştir. Zaman içinde işverenin yetkileri, kamu gücünün vatandaşlar üzerindeki yetkilerine benzetilmiş ve bu yetkileri sınırlandırmak üzere yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır[534]. Sosyal devlet ilkesi gereğince iş ilişkilerinin emredici normlarla düzenlenmesi gerekmiş[535], böylece işverenin güçlü pozisyonunu kullanarak işçiye koşulları dayatması engellenmeye çalışılmış, bazı durumlarda sözleşme yapma yükümlülükleri düzenlenmiş veya sözleşmenin sona ermesi belirli koşullara bağlanmıştır. Bu durumda sözleşme özgürlüğünün karşısında, diğer temel hakların da korunması gerekliliği doğar. Özellikle işçinin temel haklarını zedelemesi endişesiyle getirilen bu sınırlamalarla Devlet, yalnızca negatif yükümlülük değil, aynı zamanda pozitif yükümlülükleri de yerine getirme çabası içerisinde hareket etmektedir. İşveren ve işçiler arası uyuşmazlıklarda temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarında Anayasa Mahkemesi'nin görüşü, taraflar arasında adaletli bir denge oluşturma yönündedir[536].

Anayasanın 48. maddesiyle çalışma ve girişim özgürlüğü de garanti altına alınmıştır. İşveren, girişim özgürlüğü kapsamında ticari faaliyet kurabilir, ihtiyaç duyarsa değişiklik yapılabilir, işyerinin bir bölümünü kapatabilir, devredebilir veya faaliyeti tamamen sonlandırabilir[537]. Bir görüşe göre girişim özgürlüğü, işverenin amaçlarını ve bu amaca ulaşmak için kullanacağı yolları tek taraflı olarak belirleme

[534] Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 655, s. 799.
[535] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 49.
[536] Köküsarı, **a.g.e.,** s. 470.
[537] Tunçomağ, **İş Hukuku**, s. 10; Tunçomağ, **Esaslar**, s. 5.

serbestisidir[538]. Çeşitli Yargıtay kararlarında da girişim özgürlüğüne değinilmektedir; örneğin işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü, onun girişim özgürlüğünün bir parçası[539] olarak görülmektedir. Bu karar "*kurucu işveren kararı*" olarak betimlenmekte, işverenin bölüm kapatması, kadro iptal etmesi, şubeyi kapatması ve bu gibi hallerde oluşan istihdamdaki fazlalık nedeniyle işçi çıkartılması kararları bu kapsamda sayılmaktadır[540].

İş hukukunda kural olarak işçinin korunması esasıyla hareket edilmekle birlikte, işverenin temel haklarının göz ardı edildiği bir sistemin kabulü mümkün değildir. İşveren, özel hukuk kişisi olma vasfını yitirmemiştir. Ancak işverenin iş sözleşmesinde işçiye göre güçlü bir konumda olması, bu konumunu kötüye kullanması riskini beraberinde getirmektedir.

İşçi, iş sözleşmesinin niteliği gereği işverene bağımlı olarak iş görmektedir (İşK m. 8, TBK m. 394). Söz konusu tanımın kendisi, işçinin işverene bağımlı olduğunu ifade etmektedir. Bu bağımlılık, kişisel ve hukuki bir bağımlılık olduğundan, işverenin iş sözleşmesi üzerindeki hakimiyetinin kontrol altına alınması gereksinimi doğmuştur. Yapılan düzenlemelerle işverenin bu ilişkiyi tek başına şekillendirme yetkisi sınırlandırılmaktadır. Bu yetki, işverenin yönetim hakkı vasıtasıyla kullanılır; ancak bu hakka tanınan alan, emredici hukuk normları ve iş hukukunun kendine özgü kaynaklarıyla daraltılmıştır[541]. Nihai olarak işverene tanınan hareket alanında yönetim hakkı ise elbette dürüstlük kuralı kapsamında kullanılmalıdır[542][543].

---

[538] Sevgi Dursun Ateş, **İşverenin Yönetim Hakkı**, Ankara, Seçkin, 2019, s. 37.
[539] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 478.
[540] Bu tanımı yapan birçok karardan bir kısmı için bkz. Y9HD, T. 05.04.2010, 2009/43951 E., 2010/9395 K.; Y9HD, T. 05.04.2010, 2009/41728 E., 2010/9392 K.; Y9HD, T. 09.07.2009, 2009/17950 E., 2009/19553 K.
[541] Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı,** İstanbul, 1981, s. 18 (Yönetim Hakkı); Ertürk, **Temel Haklar**, s. 51.
[542] Y9HD, T. 05.05.2008, 2007/33545 E., 2008/11277 K. (www.legalbank.net)
[543] Güzel / Ugan Çatalkaya, **a.g.m.,** s. 45; İşverenin kontrolü altındaki işçiye vereceği talimatların hukuka aykırı olması durumunda, işçinin bu talimatı yerine getirme borcu doğmayacak ve buna dayanarak iş sözleşmesi işverence feshedilemeyecektir. Böyle bir ihtimalde işveren fesih hakkını kullanırsa, bu bir kötüye kullanım olacaktır, bkz. Taşkent, **Yönetim Hakkı,** s. 79; Devrim Ulucan, "İşçinin İşyerinin Değiştirilmesi Nedeni ile Hizmet Akdinin Feshi ve Kötüniyet Tazminatı, İşK 13 No:14", **İş Hukuku Uygulamaları İşK II,** 1982, s. 2 (İHU).

(2) Çalışma Hakkı

İnsan hakları kapsamında, kişiye yaşama hakkı veya ifade özgürlüğü gibi hakları tanırken, kişinin sosyal varlık olarak içinde bulunduğu koşullar yeterince önemsenmeden, klasik bireyci görüş esasıyla hareket edilmiştir. Kişinin sağlığı, barınması, çalışması gibi ihtiyaçları gözetilmeden, yalnızca ekonomik olarak güçlü bir grup insan için yararlanılabilir temel haklar sayılmıştır[544]. Devlete olumlu bir davranışta bulunma yükümlülüğü getiren pozitif hakların tanınmasıyla, sosyal haklar kişi için yalnızca bir özgürlük, bir hareket kabiliyeti olmaktan çıkıp, aynı zamanda erişilebilir ve talepte bulunulabilir haklara dönüşmüştür[545]. Çalışma hakkı da bu bağlamda, 1793'te kabul edilen ve Fransız Anayasası'nın başına eklenen ikinci İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi'nin 21. maddesinde yer bulmuştur, buna göre Devlet çalışabileceklere iş bulma, çalışamayacaklara ise yaşama imkanı vererek yoksulların geçimini sağlamak zorundadır[546]. Bu gelişmeden itibaren Devletler, hem Anayasalarında çalışma hakkına yer vermiş hem de bu hakkı garanti altına alacak uluslararası düzenlemeleri formüle etmişlerdir.

Türkiye'de ise öncelikle 1961, ardından 1982 Anayasası'nın 2. maddesiyle sosyal hakların güvence altında olduğu kabul edilmiş olup, 48. maddede, sosyal haklar arasında yer alan çalışma hakkı düzenlenmiş[547] ve 49. maddede de çalışma, hem hak hem de ödev olarak nitelendirilmiştir. Çalışma imkanlarının sağlanması, işsizliğin önlenmesi, kişinin özelliklerine uygun işlerde çalıştırılması, bu hakkın kapsamındadır. Ayrıca çalışma hakkının, sosyal güvenlik hakkı, toplanma ve örgütlenme özgürlükleri, dinlenme hakkı, yaşam hakkı, sağlık hakkı gibi sınırlı olarak sayılmayacak birçok

[544] Kapani, **a.g.e.,** s. 51.
[545] Kapani, **a.g.e.,** s. 52.
[546] Kapani, **a.g.e.,** s. 53; Cahit Talas, "Çalışma Hakkı ve Türkiye'deki Durum", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C: 46, S: 1, 1991, s. 407-421, s. 407.
[547] Tunçomağ, **İş Hukuku**, s. 9; Seydi Çelik, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında Çalışma Hakkının Talep Edilebilirliği", **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:9, S:17, Haziran 2021, s. 37-71, s. 39 (Çalışma Hakkı); Mustafa Kılıçoğlu, "Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C: 2, İstanbul, Beta, 2011, s. 1207-1229, s. 1208 (Çalışma Hakkı).

diğer temel hak ve özgürlükle de doğrudan bağlantılı olduğu kabul edilmektedir[548]. Devletin çalışma ilişkilerine yönelik düzenlemeleri yapması, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi aşamasında bu bağlantılar göz önünde bulundurulmaktadır. Böylece yalnızca salt çalışmanın kendisi değil, aynı zamanda çalışma ilişkisinde dinlenme süreleri, fazla çalışma kısıtlamaları, sosyal sigortaların zorunluluğu, işsizlik sigortası, hastalık veya analık nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmemesi gibi birtakım tamamlayıcı normlar, çalışma hakkının etkin bir biçimde korunmasını sağlamak adına emredici bir şekilde düzenlenmektedir.

Kural olarak çalışma hakkının muhatabı Devlettir[549]. Ancak doktrinde çalışma hakkını düzenleyen Anayasa hükümlerinin kişilere doğrudan Devlete başvurma hakkı vermesi uygun görülmemiştir[550]. Devletin yükümlülüğü, bireylere iş bulmak değil, iş bulmayı kolaylaştırmak veya işsizliği önlemek için gerekli önlemleri almaktır[551].

Çalışma hakkı, yalnızca kişiye çalışma imkanı sunulmasını ifade etmez, kişilik hakları ile bağlantılı olarak kişinin onuru, sağlığı, güvenliği, beden bütünlüğü gözetilecek bir çalışma ortamının sağlanması da gerekir[552]. Nitekim Anayasa'nın 50. maddesinde kişinin kendisine uygun olmayan işlerde çalıştırılamayacağı ve bazı bireylerin çalışma şartları bakımından gözetileceği hususuna açıkça yer verilmiştir. İş mevzuatında bu doğrultuda birçok hüküm vardır, örneğin çocuk ve genç işçilerin çalıştırılma şartlarının belirli koşullara tabi tutulması bu kapsamdadır, engelli ve eski hükümlülerin çalıştırılma kotalarına, onları istihdam piyasasına dahil etmek amacıyla yer verilmiştir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da tüm çalışanları kapsama alacak şekilde çalışma sağlığının ve güvenliğinin sağlanması amacı doğrultusunda düzenlenmiştir. Ayrıca her iş sözleşmesinde işverenin işçiyi gözetme borcu, çalışma ortamını şekillendirmede ve işçinin hangi koşullarda çalışması gerektiğini belirlemede

[548] Pir Ali Kaya / Işın Ulaş Ertuğrul Yılmazer, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S: 70, 2016/1, s. 55-80, s. 61; Çelik, **Çalışma Hakkı**, s. 40; Kılıçoğlu, **Çalışma Hakkı**, s. 1210-1211.
[549] İzveren, **a.g.e.,** s. 37; Tunçomağ, **İş Hukuku**, s. 10; Murat Şen, "İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C:20, S:1, 2014, s. 143-162, s. 152.
[550] Tunçomağ, **Esaslar**, s. 6; Ertürk, **Temel Haklar**, s. 56; Çelik, **Çalışma Hakkı**, s. 42.
[551] Çelik, **Çalışma Hakkı,** s. 52 vd.; Ertürk, **Temel Haklar**, s. 57; Şen, **a.g.m.,** s.154.
[552] ILO belgelerinde de bu durum "*decent work" (insana yakışır iş, insan onuruna yakışır iş*) kavramlarıyla ifade edilmektedir, bkz. Çelik, **Çalışma Hakkı**, s. 57-58.

dürüstlük kuralı kapsamında yorumlanacaktır. İşverenin gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması, gözetme borcunun ihlali olarak işçiye, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı verecektir[553]. Özetle söylenebilir ki çalışma hakkı, çeşitli boyutlardan ele alınabilecek çok kapsamlı bir niteliğe sahiptir.

Devlete karşı ileri sürülemeyen çalışma hakkının, yatay ilişkide işverene karşı işçinin çalışma hakkının ileri sürülüp sürülemeyeceği de başka bir sorundur. Çünkü işverenin fesih hakkını kullanması karşılığında, öncelikle işçinin çalışma hakkı etkilenmektedir. Doktrinde kabul edildiği üzere çalışma hakkı kapsamına işin güvenceye alınması da girer. Bu nedenle eğer fesih keyfi bir karara dayanıyorsa, çalışma hakkının zedelendiği kabul edilmelidir[554]. Ancak işverene karşı bu hakkın ileri sürülmesi durumunda, sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkı arasında bir çatışma oluşur. Yargıç bu çatışmanın çözümünde hem devletin pozitif yükümlülükleri doğrultusunda düzenlenen iş güvencesi hükümlerine, hem de dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması denetimine dayanır. Yatay ilişkide bu hakkın sözleşmenin sona ermesi aşamasında doğrudan ileri sürülmesi mümkün görünmemekle birlikte, medeni hukukun genel ilkeleri aracılığıyla yoruma dahil edilecek ve hem işverenin hem de işçinin fesih hakkını değerlendirirken yargıç, çalışma hakkını dolaylı yatay etkiyle yapacağı yorum yoluyla koruyacaktır.

(3) Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Anayasanın 20. maddesinin birinci fıkrası kapsamında herkesin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Kişinin özel hayatı ve aile hayatı tam bir tanım yapılarak sınırlandırılamamakta[555], içindeki unsurlarla şekillendirilmekte, bu unsurların bir kısmının kişisel veriler, konuta saygı, haberleşme

[553] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 195.
[554] Ertürk, **Temel Haklar**, s. 59. İş güvencesinin çalışma hakkının uzantısı olduğu yönünde, bkz. Çelik, **Çalışma Hakkı**, s. 55; Kılıçoğlu, **Çalışma Hakkı**, s. 1212.
[555] Sevimli, **a.g.e.,** s.7; Gürsel, **a.g.e.**, s.19-20; Gülsevil Alpagut, "İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AİHM Kararlarıyla Tespit Edilen Esaslar", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan**, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 275-313, s. 276. (Kamera Gözetlemesi)

hürriyeti ve aile hayatına saygı alt başlıkları olduğu ifade edilmektedir[556]. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında "*özel hayat, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları korumaktadır. Kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır*" denilmekle, hakkın kapsamına dair sınırlayıcı olmayan unsurlar sayılmıştır[557]. Bu tanım, özel hayatın korunmasına dair birçok unsurun ayrımcılık yasağıya korunan değerlerle iç içe olduğunu da göstermektedir. Özel hayatın gizliliği hakkı, özel hukuk alanında ayrımcılık yasakları ve kişilik hakları kapsamında korunmaktadır[558].

AİHS'nin 8. maddesi, özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin taraf devletlere yükümlülükler yüklemektedir. Bu madde uyarınca Taraf Devletler, kişilerin iş ilişkilerinde de özel hayatın gizliliğinin korunmasını sağlayacak önlemleri almalıdırlar[559]. Mesleki yaşam, AİHM'e göre özel yaşam kapsamı dışında tutulamayacaktır[560]. AİHM'e göre kişinin kamusal alanda diğer kişilerle etkileşiminin tamamıyla özel hayat dışı bir alan olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir[561]. Başkalarıyla kurulan ilişkiler vasıtasıyla da kişiliğin gelişmesi söz konusudur. Çalışma ortamı da kişiye böyle bir alan sağlar. Ancak iş ilişkisinde işverenin kontrolü elinde bulundurması, işçinin bu hakkını müdahaleye açık hale getirmektedir[562]. İşçinin iş sözleşmesiyle kişisel bağımlılık altına girdiği kabul edilmekle birlikte bu bağımlılık, işçinin özel hayatından vazgeçmesi anlamına gelecek şekilde yorumlanamaz[563]. İş

[556] Hakan Keser, "İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:37, 2017, s. 9-32, s. 11; Ali Korkmaz, "İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması", **Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, S: 16 (Özel Sayı 1), 2014, s. 100-101.
[557] AYM T. 24.03.2016, Başvuru no: 2013/4825, R.G. T. 10.05.2016, S: 29708; Keser, **a.g.m**, s. 12.
[558] Sevimli, **a.g.e.,** s. 60-61; Keser, **a.g.m.,** s. 13.
[559] Sevimli, **a.g.e.,** s. 41.
[560] Niemitz/Almanya, T. 16.12.1992, No: 137/1088, Knr. 29; Özpınar/Türkiye, T. 19.10.2010, No: 20999/04, Knr. 45; Campagnano/İtalya, T. 23.03.2006, No: 77955/01, Knr. 53.
[561] ABD Hukukuna kıyasla daha kapsayıcı olduğu ile ilgili değerlendirme için bkz. Alpagut, **Kamera Gözetlemesi**, s. 286-288.
[562] Sevimli, **a.g.e.,** s. 21.
[563] Françoise Favennec-Héry / Pierre-Yves Verkindt, **Droit du travail**, 5e éd., LGDJ, 2016, Knr. 295, s. 236.

ilişkisinin diğer aşamalarında olduğu gibi sözleşmenin sona ermesinde de özel hayatın gizliliğine saygı, işveren açısından bir borç olarak değerlendirilmektedir[564].

AİHM, Denisov/Ukrayna kararında, iş ilişkilerinde 8. maddeye yönelik başvuruları değerlendirirken ikili bir ayrıma gidilebileceğini ortaya koymuştur. Bunlardan ilki, özel hayat unsurunun uyuşmazlığa sebep olması (sebep temelli yaklaşım), ikincisi ise uygulanacak tedbirin, sonucu bakımından özel hayatı etkilemesidir (sonuç temelli yaklaşım)[565]. Çalışma konumuz bakımından sebep temelli yaklaşımla yapılacak değerlendirmede, özel hayata ilişkin bir unsurun kural olarak feshe konu edilemeyeceği öncelikle ifade edilmelidir. Buna karşın yargılamaya konu birçok olayda, kişinin özel hayatına ilişkin çeşitli unsurlar temel alınarak sözleşmenin feshi yoluna gidilebilmektedir. Bu bağlamda aşağıdaki irdelenecek olan özel görünümlerden biri işyerinde işçinin dış görünümü ile diğer işçilerle kurduğu kişisel ilişkiler nedeniyle işverenin feshi; bir diğeri ise kişisel verilerin işlenmesi ile elektronik gözetleme ile elde edilen verilerin feshe konu edilmesidir.

(i) İşçinin Giyimi ve Dış Görünüşü ile Bir Başka İşçi İle İlişki Kurması Nedenine Dayanan Fesihler

Özel hayat unsuru olarak giyim tarzı veya dış görünüşü yahut işçinin işyerinde bir başka işçi ile gönül birlikteliği yaşaması olgusu, kural olarak işverene başlı başına sözleşmeyi feshetme hakkı vermeyecektir[566]. Bazı durumlarda işçilerin hayat görüşü veya inancı gibi sebeplere dayanarak kullandıkları saç kesimleri, yaptırdıkları dövme yahut kullandıkları aksesuarlar, işyerinde farklı muamele görmelerine neden olmaktadır. Kanımızca kişinin özel hayatına dair bu unsurların feshe konu teşkil etmemesi asıldır. Bununla birlikte işveren, işin yürütümü esnasında hangi kıyafetlerin giyinileceği veya nasıl bir dış görünüş ile işin görüleceğine dair talimat verebilir. Bu talimatı verme hakkı, öncelikle TBK m. 417/2 uyarınca işverenin gözetme borcu

[564] Alpagut, **Kamera Gözetlemesi,** s. 275.
[565] Denisov/Ukrayna, T. 25.09.2018, No: 76639/11, Knr. 102.
[566] Sevimli, **a.g.e.,** s. 231, 238; Keser, **a.g.m**., s. 22.

kapsamındaki iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden gelir[567]. Ayrıca işin gerektirdiği hallerde hijyen koşullarının sağlanması amacıyla bazı kıyafetlerin giyilmesi yahut giyilmemesi gerekebilir; örneğin nanoçip üretimi esnasında en ufak tüy veya kılın dahi üretim bandına temas etmemesi amacıyla bone, eldiven, koruyucu ekipman giyilmesi gerekebilir. Aşçılık gibi işleri gören işçilerin saç ve sakal traşı yaptırması işverence istenebilir[568]. Hijyen veya iş sağlığı gerekçesi olmaksızın, özellikle müşteri ile doğrudan iletişime girilen hallerde belirli bir kıyafetin, örneğin işyeri logolu gömlek ya da takım elbisenin giyilmesine dair talimat verilebilir. Dürüstlük kuralı uyarınca iş ile ilintili olmayan, işçiden giyilmesi beklenmeyecek bir kıyafetin önerilmesi söz konusu olmadığı sürece kanımızca işçi, bu talimata uygun hareket etmelidir. Doktrinde Sevimli, bunun iş görme borcunun uzantısı olarak anlaşılabileceğini ifade etmiştir[569].

Uyuşmazlık sebebi olan bir diğer özel hayat unsuru ise işçinin kurduğu özel ilişkilerin feshe konu edilmesidir. Bir iş ilişkisinin sürmesi için işçinin bir başka kimseyle ilişki kurması veya kurmaması, bekar yahut evli kalması veya hamile kalmaması gibi bir şart getirilemez; bu şarta uyulmadığı gerekçesiyle yapılan fesih, hakkın kötüye kullanılması oluşturacaktır[570]. Kural olarak işçinin böyle bir konuda rızası olduğunu kabul etmek de mümkün değildir, kişinin rızası TMK m. 23 uyarınca geçerli kabul edilemeyecektir[571].

Anayasa Mahkemesi kararlarında aynı işyerindeki diğer bir işçiyle ilişkisine dayanarak işçinin sözleşmesinin feshedilmesi halinde, işçinin temel hak ve özgürlüklerine işyerinde saygı gösterileceğine dair haklı beklentisinin korunmayacağı sonucu doğacağı ifade edilmiştir. Mahkeme, sırf ilişki nedeniyle işçinin fesih yaptırımıyla karşılaşması ile devletin işçiyi korumak yönündeki pozitif

[567] Sevimli, **a.g.e**., s. 231-232.
[568] Y9HD, T. 21.09.1990, 1990/5978 E., 1990/9488 K. (www.legalbank.net).
[569] Sevimli, **a.g.e.,** s. 233; buna karşılık dürüstlük kuralına aykırı talimatların geçerli sayılmayacağını ifade etmiştir, bkz. **a.e.,** s. 234.
[570] Süzek, **İş Hukuku**, s. 564.
[571] Sevimli, **a.g.e.,** s. 239.

yükümlülüklerinin uyuşmadığını ve bu durumda kurulma amacı güdülen dengenin, işçi aleyhine bozulacağını tespit etmiştir[572].

İşçinin ilişkisi işyerindeki düzeni bozuyor ve iş akışını etkiliyorsa, çoğunlukla kabul edildiği üzere olağan fesih hakkı kullanılabilecektir[573]. Fransız Yüksek Mahkemesi, eski tarihli bir kararında evli ve çocuk sahibi bir erkek işçinin, işyerinden bir kadınla ilişki kurması durumunda yapılan feshi değerlendirmiş ve işyerindeki işleyişi etkilemesi nedenine dayandığından fesih hakkının kötüye kullanılmadığına hükmetmiştir[574]. Yargıtay da işçinin işyerinde bir başka işçi ile duygusal ilişki yaşaması, işyerinde partnerini öpmeye çalışması ve bunun güvenlik kameraları vasıtasıyla kaydedilmesi halinde, işyerinde ve bir başka çalışana karşı alenen yapılan eylem söz konusuysa, işçinin özel hayatının gizliliğinin söz konusu olmadığı ve sözleşmeyi derhal fesheden işverenin haklı olduğuna karar vermiştir[575]. Yargıtay, ilişkinin işyerine yansıması ve iş düzenini bozması halinde somut olayın ağırlığına göre kimi zaman haklı neden, kimi zaman geçerli neden oluşturabileceğine hükmetmektedir[576].

(ii) Kişisel Verilerin İşlenmesi veya Elektronik Gözetleme Nedeniyle Elde Edilen Verilere Dayanan Fesihler

İş ilişkisinin kişisel ilişki kuran niteliği ile günün büyük bir bölümünün işyerinde veya işverenin gösterdiği yerde, onun gözetimi altında geçirilmesi sayesinde, işçiye dair birçok bilgi kolaylıkla öğrenilebilmektedir. Bunların içinde işçinin özel

---

[572] AYM H.Ç. Başvurusu, T. 30/9/2020, Başvuru No: 2017/14907, Knr. 42-43, R.G. T. 09.12.2020, S: 31329; Esra Ünlü Başvurusu, T. 25.02.2021, Başvuru No: 2018/4144, Knr. 40-41.

[573] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 151; Y9HD, T. 25.02.1998, 1998/365 E., 1998/2700 K. (Naklen: Sevimli, **a.g.e.,** s. 238); Nitekim İşK m. 18'in gerekçesinde, feshe geçerli sebep oluşturabilecek işçi davranışları arasında "*işçinin iş yerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmesi durumu*" örneği verilmiştir.

[574] Soc. T. 19.07.1965, Dr. soc., 1966, 35 (Naklen: Süzek, **Geçerli Fesih**, s. 586, dn. 52)

[575] Y9HD, T. 23.12.2020, 2016/33799 E., 2020/19760 K. (Çalışma ve Toplum, S: 69)

[576] İşyerinde cinsel birliktelik yaşayan işçiler bakımından haklı neden sayılmıştır, bkz. Y7HD, T. 24.12.2014, 2014/13113 E., 2014/23193 K. İşyerinde duygusal ilişki yaşadığı işçiye, ilişki bittikten sonra profesyonel davranmaması bakımından geçerli neden sayılmıştır, bkz. Y22HD, T. 24.09.2014, 2014/21677 E., 2014/25434 K.

hayatına dair bilgiler, kişisel özellikleri, davranışları gibi hususlar da yer alır. Yukarıda işçinin kişisel özelliklerinin feshe sebep olamayacağı belirtilmiş, salt bu bilgilere dayanılarak yapılacak feshin, kural olarak ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirildiği incelenmişti[577]. Öte yandan işin görülmesini kolaylaştırmak, işyerinde sağlık ve güvenlik önlemleri almak gibi sebeplerle birlikte; mevzuattan kaynaklanan yükümlülükler gereği de işçiye ait bazı veriler, işveren tarafından işlenmekte ve depolanmaktadır. Kişisel verilerin[578] elde edilmesi, işlenmesi ve üçüncü kişilerle paylaşılması, günümüz teknolojisiyle oldukça hızlanmış olup, verilerin korunmasının bir hak olarak tanınması ihtiyacı doğmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkı, kural olarak özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmektedir; konunun teknolojik araçların gelişmesi vasıtasıyla giderek önemli hale gelmesi de bağımsız bir hak olarak değerlendirilmesine katkı sağlamaktadır[579].

Konuya özgü ilk uluslararası düzenleme, Avrupa Konseyi'nin 108 Sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'dir[580]. Avrupa Konseyi'nin 2015(5) sayılı Tavsiye Kararı ile kişinin temel hak ve özgürlüklerine saygının korunacağına yer verilmiş ve işçiler için kişisel verilerinin işlenmesi, istihdam amacıyla sınırlanmıştır. Veri işlemede şeffaflık esas alınmış, işçilerin izlenmesi için kullanılan teknolojiler ayrıntılı olarak gösterilmiştir[581]. AİHS'te kişisel verilere özgü bir düzenleme bulunmamakla birlikte AİHM, kişisel verilerin etkin korunmasına ilişkin uyuşmazlıkları özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmektedir[582]. Ayrıca AİHM, önüne gelen uyuşmazlıklarda temel hakları koruyan diğer uluslararası düzenlemeleri de yorumuna dahil etmektedir. AB

[577] Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, II-B-3-a.
[578] Kişisel veri, KVKK m. 3(d)'de, "*kimliği belirli olan veya belirlenebilir olan kişiler hakkında her türlü bilgi*" olarak tanımlanmaktadır. Kişisel veri kavramı ve iş ilişkisinde kişisel verilerin korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atike Eda Manav, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 19, S: 2, 2015, s. 95-136, s. 97 vd. (Kişisel Veri); Gürsel, **a.g.e.,** s. 5 vd, 179 vd.; Erbil Beytar, **İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması**, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 48 vd.
[579] Sevimli, **a.g.e.,** s. 113; Gürsel, **a.g.e.**, s.157; Alpagut, **Kamera Gözetlemesi**, s. 279.
[580] Konvansiyon 108 olarak kısaca adlandırılan bu sözleşme, 2001 yılında kabul edilen Konvansiyona Ek Protokol ile Taraf Devletlere ulusal denetleme mekanizmaları kurulması yükümlülüğü getirilmiştir. Sözleşme, 2018 yılında bir modernleşme sürecine girerek Konvansiyon 108+ adıyla anılmaya başlanmıştır. Ayrıca bkz. Alpagut, **Kamera Gözetlemesi,** s. 279-280.
[581] Alpagut, **Kamera Gözetlemesi,** 281.
[582] Çeşitli kararlar için bkz. Gürsel, **a.g.e.,** s. 73 vd.

Müktesebatı da doğrudan Türkiye'yi bağlamamakla birlikte dolaylı olarak yorumla iç hukuku etkilemektedir[583].

AB Temel Haklar Şartı'nın 8. maddesi, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını garanti altına almaktadır. AB bünyesindeki ülkelerde 70li ve 80li yıllardan itibaren kişisel veri korumasına ilişkin ulusal düzenlemeler yapılmaya başlanmış[584], ardından Birlik düzeyinde genel düzenleme yapılması ihtiyacı hissedilmiştir. Kişisel Verilerin İşlenmesi Konusunda Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımı Hakkında 95/46 sayılı Yönerge[585] ile onu ilga eden 2016/679 sayılı Gerçek Kişilerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımının Korunması ve Silinmesi Hakkında Tüzük[586] (Kısaca "Genel Veri Koruma Tüzüğü 'GDPR'" olarak adlandırılır) veri süjesinin hakları ile veri depolayan ve işleyenin yükümlülüklerine ayrıntılı biçimde yer verilmektedir. Tüzüğün yürürlüğe girmesiyle modernleşme, dijital çağın sosyal ve ekonomik zorlukları karşısında temel hakların daha etkin bir biçimde korunması amaçlanmıştır[587]. Tüzükte 88. madde uyarınca, çalışma ilişkilerinde kişisel verilerin işlenmesi belirli amaçlarla sınırlandırılmış ve veri sahibinin meşru menfaati, temel hakları ve insanlık onurunun güvence altına alınması hususunda Üye Devletlerin özel tedbirler alması gerektiğine vurgu yapılmıştır[588].

Türkiye'de ise 2010 yılında 5982 sayılı Kanun[589] ile herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu ve bu korumanın kapsamı, bir temel hak olarak 1982 Anayasası'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenmiştir. Ayrıca Türkiye, 108 Sayılı Sözleşme'yi 2016 yılında imzalamış ve aynı yıl 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu[590] yürürlüğe girmiştir. KVKK m. 4/2(a), kişisel

[583] Alpagut, **Kamera Gözetlemesi,** 291.
[584] **Handbook on European Data Protection Law**, 2018 Edition, s. 29, dn. 30, https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf
[585] OJ 1995 L 281.
[586] OJ 2016 L 119. Tüzük, iki yıllık bir geçiş sürecinden sonra 25.05.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tüzük, yalnızca AB üyesi ülkelere değil, aynı zamanda AB dışında kurulmuş olan ve AB bünyesindeki veri süjelerine mal ve hizmet sunumu yapan veri kontrol mekanizmaları ve işleyicilerine de uygulanır, bkz. **Handbook on European Data Protection Law**, s. 31.
[587] **Handbook on European Data Protection Law**, s. 30; Alpagut, **Kamera Gözetlemesi**, s. 282.
[588] Alpagut, **Kamera Gözetlemesi**, s. 290.
[589] 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. T. 13.05.2010, S: 27580.
[590] T. 24.03.2016, R.G. T. 07.04.2016, S: 29677. Yasa gerekçesinde AB Hukukuna atıf yapılarak Türk Hukukunun uyumlaştırılması amaçlanmıştır, bkz. Alpagut, **Kamera Gözetlemesi**, s. 282.

verilerin genel olarak hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olarak işlenmesi gerektiğini düzenlemektedir. Dürüstlük kuralına uygun işleme, doktrinde belirtildiği üzere tarafların arasındaki menfaatlerin gözetilmesi ve dengenin kurulması ihtiyacını ifade eder; işlemede muhataba karşı şeffaf olunmasına hassasiyet gösterilmelidir[591]. İş ilişkilerinde de verilerin işlenmesini gerektiren hallerde bu işlemenin dürüstlük kuralı kapsamında yapılacağı kuşkusuzdur. Kişinin hayatının önemli bir kısmını geçirdiği işyerinde yahut iş saatleri içerisinde, kendisine dair birtakım bilgiler işveren yahut çalışma arkadaşları veya üçüncü kişilerce öğrenilebilir. İşçi işyerindeki izleme ve gözetleme araçları ile denetlendiğinde, bazı kişisel bilgilere erişilebilir. Tesadüfi öğrenmenin haricinde bazı kişisel veriler işverence istenebilir; bu kişisel verilerin toplanması, saklanması ve işlenmesine ilişkin yükümlülüklere uyulması gerekir. İşverenin saklamakla yükümlü olduğu veriler, özlük dosyası vasıtasıyla tutulur (İşK m. 75/1). Özlük dosyasında tutulanlar ve işçi hakkında edinilen diğer bilgiler, dürüstlük kuralı kapsamında kullanılır (İşK m. 75/2). TBK m. 419 uyarınca işveren, işçinin kişisel verilerini, ancak işe yatkınlık veya iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olma hallerinde ve bu ölçüde işleyebilir[592]. İşçinin özel hayatı ile ilgili bilgilerin edinilmesi ve bu bilgilere dayanarak iş sözleşmesinin feshedilmesi, -ki bu bilgi hassas kişisel veri ihtiva ediyor olabilir, örneğin kişinin cinsel yönelimi veya hastalığı hakkında edinilen ve işle hiçbir bağlantısı olmayan, işin yürütümünü etkilemeyen bilgi üzerine iş sözleşmesinin feshedilmesi- dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Kişinin hakkında daha önce yürütülmüş bir ceza yargılaması veya bu yargılama sonucu aldığı hükmün sonradan öğrenilmesi durumunda, özellikle işyerinde uzun süredir çalışmakta olan bir işçinin sözleşmesi, sırf sonradan öğrenilen, iş ile bağlantılı olmayan bu nedene dayanarak feshediliyorsa, bir kötüye kullanmadan bahsedilecektir.

[591] Gürsel, **a.g.e.,** s. 210. Avrupa Birliği'nde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku bünyesinde kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk, adillik ve şeffaflığın temel esaslar olarak gözetilmesi gerektiği ifade edilir, bkz. Handbook on European Data Protection Law 2018 Edition, s. 117 vd. https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf

[592] Kamil Ahmet Sevimli, "Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 24, 2011, s. 120-139, s. 120 vd.; Güzel / Ugan Çatalkaya, **a.g.m.,** s. 58-59; Beytar, **a.g.e.,** s. 148; Manav, **Kişisel Veri**, s. 104.

İşverenin işyerinde elektronik iletişim araçlarıyla kontrol ve denetim yapması, işçinin temel haklarını zedeleyebilir[593]. İşveren, telefon görüşmelerini dinleyerek veya elektronik yazışmaları okuyarak, gözetleyerek, görüntü kaydı alarak özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetini ihlal edebilir[594]. İşyerinin kamera ile gözetlenmesi, AİHM kararlarına konu olmuştur. Köpke/Almanya[595] ve Lopez Ribalda ve Diğerleri/İspanya kararlarında[596] görüldüğü üzere, işverenin bir hırsızlık şüphesi üzerine işçileri gizli kamera ile gözetlenmesi, belirli şartlar altında ölçülü bulunabilir[597]. Her iki olayda hırsızlık şüphesi olmasına karşın, Lopez Ribalda ve Diğerleri/İspanya kararında işçilere bazı kameralar hakkında bilgi verilip bazıları hakkında verilmemiş, işçilerin bir kısmı on gün boyunca sürekli izlenmiş ve kasa alanına farklı açılara kameralar yerleştirilmiştir. Büyük Daire kararında, İspanya'da kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatın varlığına ve bu nedenle veri süjesinin şeffaflık ilkesi gereğince özel hayatın korunacağına dair makul beklentisi oluştuğuna değinilmiş, ancak bunun değerlendirmeye esas olan kriterlerden yalnızca biri olduğu ifade edilmiştir. Doktrinde bu yaklaşım eleştirilmiştir[598].

Türk Hukuku bağlamında da konuyu inceleyen Alpagut, TBK m. 419 ile amaca uygun olarak sınırlama yapıldığını ve iş ilişkilerinde veri işlenmesi bakımından hükmün KVKK'ye yapılan atıfla birlikte ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Türk Hukukunda iş ilişkilerinde kamera gözetlemesine özgü bir düzenleme olmamakla birlikte, AİHS'e taraf olmamız neticesinde AİHM kararlarında değerlendirmeye dahil edilen AB müktesebatı da gözetilerek hareket edilmelidir[599]. Kamera kurulumu ile işçinin yalnızca hareketlerini gözetlemeye yönelik bir müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedilemeyecektir.

---

[593] Sevimli, **a.g.e.,** s. 196; Zeki Okur, **İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme**, İstanbul, Legal, 2013, s. 161 (Gözetleme).
[594] Ergül, **a.g.m.,** s. 470; İşçinin izleme ve gözetlemeye mutlaka rıza göstermiş olması gerektiği yönünde, bkz. Manav, **Kişisel Veri**, s. 123.
[595] Köpke/Almanya, T. 05.10.2010, No: 420/07.
[596] Lopez Ribalda ve Diğerleri/İspanya, T. 17.10.2019, No: 1874/13 ve 8567/13.
[597] Kararlara dair ayrıntılı incelemeler için bkz. Alpagut, **Kamera Gözetlemesi**, s. 292 vd.; Dilek Dulay Yangın, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire'nin İşçilerin Gizli Kamera ile İzlenmesine İlişkin 17 Ekim 2019 Tarihli Lopez Ribalda ve Diğerleri Kararının Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum,** S:3, 2020, s. 1703-1728 (Gizli Kamera).
[598] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 362-363; Dulay Yangın, **Gizli Kamera,** s. 1726.
[599] Alpagut, **Kamera Gözetlemesi**, s. 309.

Günümüzde elektronik gözetleme yöntemleriyle, işçilerin cep telefonlarına veya bilgisayarlarına yüklenen uygulamalar vasıtasıyla hangi web sitelerini ziyaret ettiği, hangi uygulamalara girdiği, ne kadar süreyi bir uygulamada geçirdiği gibi tüm veriler toplanabildiği gibi, yüz hareketlerini algılayabilen kameralarla işçilerin mimiklerini, telefon görüşmesindeki ses tonunu dahi veri olarak işleyebilen sistemler geliştirilmektedir. İşçilerin giyilebilir teknoloji ürünleri kullanmasıyla da veriler anlık takip edilebilmektedir[600]. Bu verilerin işlenmesi, kişiye dair bir profil çıkartılmasına, diğer deyişle profillemeye[601] sebep olmakta; örneğin müşteri ile görüşen bir çağrı merkezi işçisinin ses ve görüntüsüne dair veriler, müşteri memnuniyetini sağlayıp sağlamadığı konusunda performans kriteri olarak kullanılabilmektedir[602]. Yeni sayılabilecek bir başka gelişme de insan bilincine benzetilen yapay zekaya, algoritmalar aracılığıyla otomatikleştirilmiş bireysel karar alma yetkisi tanımlanmasıdır. İnsan unsuru yerine geçerek yüzbinlerce hatta milyonlarca veriyi anlık olarak işleyen ve sonucunda bir karara ulaşan yapay zeka, günümüz teknolojik imkanlarıyla birçok problemi kısa sürede çözümleyebilmektedir[603]. İş ilişkilerinde de yazılımlar vasıtasıyla bu verilerin hızlı ve otomatik değerlendirilmesi mümkün olmaktadır. Ancak yapay zekanın yaptığı profilleme veya aldığı karar sonucu yapılacak değerlendirme, işçinin insan olma vasfını göze almama riski taşımaktadır. Yapay zeka, hakkında karar verdiği kişiye dair insani unsurları değerlendirmesine dahil edememekte, yapay zekayı oluşturan algoritmayı yazan kişi veya grupların önyargılarıyla hareket etmektedir. Zamanla kendisi de elde ettiği verilerden öğrenebilen bir yapı olan yapay zeka, bu veriler üzerine karar verme davranışını geliştirecektir. Çalışmanın dijital platformlar veya cep telefonu uygulamaları

[600] Valerio de Stefano, "Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection", **Comparative Labour Law and Policy Journal**, Vol.:41, No:1, 2019, s. 15-46, s. 23.

[601] Profilleme, GDPR m. 4/4'te tanımlanmış olup bir kişi yahut gruba ilişkin kişisel olan veya olmayan bilgiden anlam çıkarmak, sonuca varmak, tahmin etmek veya değerlendirme yapmak özellikle de bir bireyin kişiliği, davranışı, ilgisi veya yönelimini analiz yahut tahmin etmek için otomatikleştirilmiş veri işlemesini ifade etmektedir. Profilleme yoluyla hassas nitelikte veriler, oldukça ilgisiz görünen başka verilerin anlamlandırılması yoluyla elde edilebilmekte; bu veriler kişilerin kredi skorlarında, işe alımda, ulusal güvenlik konularında dahi kullanılabilmektedir, bkz. Frederike Kaltheuner / Elettra Bietti, "Data is Power: Towards Additional Guidance on Profiling and Automated Decision-Making in the GDPR", **Journal of Information Rights, Policy and Practice**, 2(2), 2017, s. 1 vd.

[602] Ölçülülüğe aykırı olduğu görüşünde, bkz. Alpagut, **Kamera Gözetlemesi**, s. 311.

[603] Antonio Aloisi, /Elena Gramano, "Artificial Intelligence Is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context", **Comparative Labor Law and Policy Journal**, Vol.: 41, No: 1, 2019, s. 95-122, s. 96.

aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda da çalışana verilen puanlar, yorumlar, geri bildirimlerin toplanması sonucu otomatik karar alma yetkisi sahibi algoritma, bu verileri işleyip öğrenerek, işçiye hak ettiğinden daha az iş verilmesine, daha az ücret ödenmesine, ayrımcılığa maruz kalmasına ve dolayısıyla iş sözleşmesinin feshedilmesine dahi sebep olabilir. Bu hususta henüz Türk Hukukunda bir düzenleme olmamakla birlikte AB bünyesinde otomasyonun karar almasının yarattığı endişenin giderilmesi amacıyla bir hükme yer verilmiştir. GDPR m. 22/1 uyarınca veri süjesi, profilleme dahil olmak üzere, hukuki sonuçlarına maruz kalacağı veya bu sonuçların kendisini etkileyeceği, yalnızca otomasyon işlemesine dayanan bir karara tabi olmama hakkını haizdir. Hükmün ikinci fıkrasında ise bu hakkın istisnalarına yer verilmiştir. Kanımızca hukukumuzda elektronik gözetleme araçlarının kullanımına dair yasal düzenleme yapılması ihtiyacı vardır ve teknolojinin gelişim hızı ve iş ilişkilerine etkisi göz önüne alındığında, bu düzenlemelerin en kısa sürede yapılması gerekmektedir.

İşverenin elektronik yazışmaların ve internet trafiğinin kontrolünde korunan objektif haklı menfaatleri dışında[604], işçinin özel kullanımına izin verilen bilgisayar, telefon ve sair araçların gözetlenmemesi gerekmektedir[605]. İşyerindeki yazışmaların denetlenmesi hususunda verilen Bărbulescu/Romanya kararında AİHM, söz konusu tedbirin ancak bunu haklı kılan meşru sebeplerin varlığında uygulanabileceğini, işverenin yapacağı denetlemeye karşı işçiye yeterli güvenceyi sağlaması gerektiğini ve elde edilen verilerin amaçla sınırlı olarak kullanılması gerektiğini vurgulamıştır[606]. Anayasa Mahkemesi'nin 2020 tarihli bir kararında, işyerindeki e-posta yazışmalarının okunması üzerine iş sözleşmesi feshedilen işçinin haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmiştir[607]. Söz konusu kararda E.Ü. olarak adlandırılan başvurucunun dahil olduğu ekipte çıkan tartışma üzerine, diğer ekip üyeleri şikayet dilekçeleri vermiş ve başvurucunun işyerindeki davranışlarından rahatsız olduklarını dile getirmişlerdir. Başvurucunun savunması alınıp dinlendikten sonra işveren, av.tr uzantılı şirket e-posta adresindeki yazışmaları incelenmiş, bu inceleme sonucunda

[604] Okur, **Gözetleme**, s. 163 vd.
[605] Köln Eyalet İş Mahkemesi'nin bir kararına göre kesin bir yasaklama olmadığı sürece işçinin işyerine ait telefon ve interneti özel amaçlı da kullanabileceği kabul edilmelidir, bkz. T. 11.02.2005, 4 Sa 1018/04 (çev. Alpay Hekimler), **Çalışma ve Toplum**, S: 10, 2006/3, s. 307.
[606] Bărbulescu/Romanya, T. 05.09.2017, No: 61496/08, Knr. 121.
[607] E.Ü. Başvurusu, AYM T. 17.09.2020, No: 2016/13010, R.G. T. 14.10.2020, S:31274.

kendisinin yazışmalarda diğer çalışanlara davranışları, tehditkar ifadeleri, geçimsizliğinin tespit edildiği belirtilmiştir. Ayrıca ekip lideri olan A.A.Y. isimli bir başka çalışan ile özel yazışmaları sebep gösterilerek, İşK m. 25/II uyarınca güven ilişkisinin çökmesi gerekçesiyle sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir. A.A.Y. isimli kişinin de sözleşmesi feshedilmiş olup, o da yargılama süreci sonunda özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetlerinin ihlali iddialarıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur[608]. Anayasa Mahkemesi'nce yapılan incelemede, av.tr uzantılı e-posta adresi her ne kadar işyeri e-posta adresi olsa da, çalışanların e-posta yazışmalarının okunacağına dair açık bir bilgilendirme yapılmadığı hallerde, çalışanın temel haklarına müdahalede bulunulmayacağı konusunda makul bir beklenti oluştuğu kabul edilmiştir[609]. İşverenin hem iki kişi arasında geçen, hem de diğer kişilerle olan yazışmaları rıza olmaksızın incelediği ve yargılama esnasında temel hak ve özgürlükler değerlendirilmediğinden, ihlalin oluştuğu yönünde karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2021 yılında karara bağladığı Celal Oraj Altunörgü başvurusunda, banka çalışanı olan başvurucunun kurumsal e-posta adresi üzerinden eşinin sahibi olduğu işletme ile ilgili üçüncü kişilerle yazışma yapmış olduğu, yaptığı bu yazışmaların iş saatlerine rastladığı ve işini aksatmasına sebep olduğu işyerinde müfettiş raporuyla tespit edilerek, iş sözleşmesine son verilmiştir. Mahkeme, hem E.Ü. başvurusunda, hem de bu başvuruda değerlendirmeyi yaparken (i) işverenin iletişim araçlarını denetlerken meşru sebebin varlığı, (ii) iletişimin izlenmesinin şeffaflığı ve işverence çalışanların önceden bilgilendirilmesi, (iii) müdahalenin ulaşılmak istenen amaç ile ilgili olması ve bu amaca ulaşmak için elverişliliği, (iv) müdahalenin zorunluluğu, (v) müdahale ile ulaşılacak verilerin orantılı olması için amaçla sınırlı tutulması, (vi) incelemenin muhatap üzerindeki etkisi ve menfaatlerin adil bir şekilde dengelenmesi kriterlerini ortaya koymuştur[610]. Somut olayda kurumsal elektronik posta adresinin iş dışında kullanılamayacağı, bu yazışmaların denetleneceği, denetleme usulü gibi hususlara iş sözleşmesinde yer verildiği, işçinin imzalayarak buna rıza gösterdiği ve rızasının geçersizliği yönünde bir beyanda bulunmadığı

[608] A.A.Y. Başvurusu, AYM T. 29.09.2020, No: 2016/13011.
[609] E.Ü. Başvurusu, Knr. 74-75; A.A.Y Başvurusu, Knr. 42.
[610] E.Ü Başvurusu, Knr. 70; Celal Oraj Altunörgü Başvurusu, T. 12.01.2021, Başvuru No: 2018/31036, Knr. 35, R.G. T. 05.02.2021, S: 31386.

belirtilmektedir. Mahkeme, yapılan müdahaleyi elverişli, gerekli ve orantılı bulduğundan, somut olayda özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. İki karar arasındaki temel farklılık, işçinin işyerinde kullandığı e-posta yazışmalarının denetleneceği hususundaki makul beklentisidir, ilkinde bu beklenti yazışmanın incelenmeyeceği yönünde iken, ikincisinde böyle bir beklentiden bahsedilemez. Bu nedenle makul beklentinin korunmaması, diğer irdelenen unsurlarla birlikte iş sözleşmesinin feshinde dürüstlük kuralına aykırılık sonucunu doğurmakta ve temel hakkın ihlaline karar verilmektedir.

Özel hayatın gizliliği hakkı kapsamı, uzaktan çalışma, özellikle teknolojik araçlar vasıtasıyla görülen tele çalışma yaygınlaşmasıyla farklı bir boyut kazanmaktadır. Böylece gün geçtikçe yeni uyuşmazlıklar doğabilecek, bunlara dair yasal düzenleme yapılana dek uyuşmazlık konusu eylemlerin dürüstlük kuralı kapsamında yorumlanması gerekecektir. Örneklemek gerekirse, tele çalışmalarda kameraların sürekli açık tutulmasının talep edilmesi veya sürekli ekran kaydı alınması gibi uygulamalar, kişinin üzerinde psikolojik baskı oluşturabilir[611]; böylece işçinin insan onuruna yakışır bir çalışma ortamından mahrum kalması nedeniyle gözetme borcunun ihlal edilmesi söz konusu olabilecektir.

Özel hayata saygı veya aile hayatına saygı, işçinin dinlenmesine ve serbest zaman geçirmesine de müsaade edilmesini gerektirir. İş Hukukunun Borçlar Hukukundan ayrılmasından bu yana uğruna mücadele verilen dinlenme hakkı ve sağlığı gözetmek için çalışma sürelerine getirilen sınırlamalar, bu sefer teknoloji vasıtasıyla kötüye kullanılabilmektedir[612]. İş ilişkisi teknolojik araçlar vasıtasıyla görülebilmekte yahut görülemese dahi teknolojik araçlar vasıtasıyla işçiye her an ulaşılabilmektedir; bu durum doktrinde "*daimi ulaşılabilirlik*" olarak adlandırılmaktadır[613]. İşçinin her daim ulaşılabilir olması, yalnızca fiziksel değil, psikolojik olarak da tükenmesine ("*burnout*") yahut izinli / raporlu olduğu sürelerde

[611] Okur, **Gözetleme,** s. 121-122; Manav, **Kişisel Veri**, s. 124.
[612] Matteo Avogaro, "Right to Disconnect: French and Italian Proposals for a Global Issue," **Law Journal of Social and Labor Relations**, Vol.:4, No: 3, September/December 2018, s. 110-129, s. 112.
[613] Gülsevil Alpagut, "Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik", **Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi,** (Ed: Ender Demir / Beste Gemici Filiz), Ankara, Seçkin, 2021, s. 317-338, s. 316 (Daimi Ulaşılabilirlik).

dahi e-posta veya mesajlara cevap vermek suretiyle işle bağlantısını asla koparamamasına, son dakika yahut acil koduyla gönderilen işlerin mesai saatleri dışına taşmasına sebep olmaktadır[614].

Günümüzde teknolojik araçlar vasıtasıyla gelinen noktada, işçinin ulaşılabilir olmama hakkı veya bağlantıyı kesme hakkı[615] olarak ifade edilen hakkı da özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilebilir[616]. İngilizce'de "*the right to disconnect*" , Fransızca'da "*le droit à la déconnexion*" olarak ifade edilen bu hak, kimi hukuk sistemlerinde hukuki altyapıya kavuşmaya başlamıştır. Fransız İş Kodu'nda 2016 yılında yapılan değişiklikle ilk defa bu hak, pozitif hukukta yerini almıştır[617]. Zamanla diğer hukuk sistemlerinde de yer edineceği şüphesiz olan bu hakkın niteliği çalışma konumuz dışında kaldığından, şimdilik yalnızca işçiden sürekli ulaşılabilir olmasının beklenmemesi gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtmekle yetineceğiz. Kanımızca dürüstlük kuralı uyarınca yapılması makul beklenti kapsamında kalan fazla çalışmalar olmadıkça ve işin niteliği gerektirmedikçe, dinlenme zamanı içinde kalan sürede işçiye ulaşılamaması nedeniyle iş sözleşmesi, işverence feshedilememelidir.

(4) Sendikal Özgürlükler

Sendikal özgürlükler, tarihsel süreçte işçilerin korunma ihtiyacından doğmuştur. İşçilerin işverene karşı haklarını savunabilmeleri ancak örgütlenme yoluyla mümkün olmuş, bu nedenle örgütlenme özgürlüğü ve bundan doğan diğer sendikal özgürlükler hem ulusal, hem de uluslararası düzenlemelerle güvence altına

---

[614] Özellikle pandemi döneminde zorunlu olarak yapılan uzaktan çalışmalar, işçinin iş görme borcunun kapsamını zorlamaya başlamıştır. Geçmişte iş-özel hayat dengesinden ve bunu koruyucu hükümlerden bahsedilirken, özellikle kısıtlamalar nedeniyle evden yapılan çalışmalar sonucu iş ile özel hayat içiçe geçmiş durumdadır, elbette devletler, teknolojik çağa ve pandemi gibi ani bir krize yetişebilecek kadar hızlı düzenlemelerle süreci yönetememişlerdir.

[615] AB müktesebatı kapsamında bu hak tanımlanmamış ancak bu hususa ilişkin bir Yönerge taslağı hazırlanarak 21.01.2021 tarihinde sunulmuştur, bkz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_EN.html (Çevrimiçi) (Erişim tarihi: 28.02.2021)

[616] Deniz Ugan Çatalkaya, "Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence 'Ulaşılabilir Olmama' Hakkı", **İÜHFM**, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı, C: 74, 2016, s. 737-756, s. 733 vd.

[617] Hukuki düzenleme yapılmadan önce Fransız Yargıtayı, iş sağlığı ve güvenliğinin korunması kapsamında ulaşılabilir olmama hakkını içtihat yoluyla kabul etmemiştir, Cass. soc. 29 juin 2011, No: 09-71.107, Cass. soc. 24 avril 2013, No:11-28.398 (Naklen: Avogaro, **a.g.m.,** s. 113).

alımıştır[618]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi, Avrupa Sosyal Şartı'nın 5 ve 6. maddeleri, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri düzenlenmiş, uluslararası ve uluslarüstü düzeyde de koruma sağlanmıştır. Özellikle 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler ile devletlere yüklenen yükümlülüklerin sonucu olarak, Sendika Özgürlüğü Komitesi ve Uzmanlar Komitesi'ne yapılan başvurularda oluşturulan içtihat ile sendikal hakların uygulama alanları belirlenmeye çalışılmış, devletler açısından yol gösterici bir içtihat birikmiştir[619].

1982 Anayasası'nın 51, 53 ve 54. maddeleri sendikal hakları güvence altına almaktadır. Sendikal haklar, sosyal ve ekonomik haklar arasında sayılan temel insan haklarıdır. Sendikal hakların kapsamına olumlu ve olumsuz sendikal özgürlükler dâhildir, çünkü kişilerin sendikal faaliyete katılma özgürlükleri kadar katılmamaları da korunmaya muhtaçtır[620]. Bir diğer açıdan çalışanların bireysel ve kolektif sendika özgürlükleri de sendikal hakların kapsamında değerlendirilir, güvence ancak bu şekilde efektif bir biçimde sağlanabilecektir[621]. Yalnızca ülkemizde değil tüm dünyada sendikal hakların kullanılması ve işverenin girişim özgürlüğünün[622] karşısında daha etkin bir şekilde korunması için demokratik ülke mevzuatlarında, zaman içinde bu hakkı koruyan düzenlemelerin geliştirildiği söylenmelidir.

Sendikal temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının işveren tarafından engellenmesi için en çok başvurulan yol, bu nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi

---

[618] Ahmet Nizamettin Aktay, **Sendika Hakkı**, Ankara, Kamu-İş, 1993, s. 33 (Sendika); Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri**, 2. Bs., İstanbul, 2013, s. 1 vd. (Toplu İş); Ömer Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku Dersleri,** İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 1 vd. (Toplu İş); Fevzi Şahlanan, **Toplu İş Hukuku**, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 11 vd. (Toplu İş); Tuncay / Savaş Kutsal, **a.g.e.,** s. 28; Ahmet Nizamettin Aktay, **Toplu İş Hukuku**, 2. Bs., Ankara, Lykeion, 2019, s. 7 vd. (Toplu İş); Turhan Esener / Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Sendika Hukuku**, İstanbul, Vedat, 2017, s. 2 vd; Melda Sur, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 9. Bs., Ankara, Turhan, 2020, s. 3 vd.

[619] Komitelerin verdikleri tavsiye kararlarına www.ilo.org sitesi üzerinden ulaşılabilir, ayrıca Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Kararları Derlemesinin 2018 tarihli altıncı baskısının Çağla Ünlütürk Ulutaş tarafından yapılan çevirisi için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_666543.pdf (Çevrimiçi)

[620] Esener / Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.,** s. 214.

[621] Saim Ocak / Barış Duman / Dursun Yılmaz, **Yargı Kararları Işığında Sendikal Nedenle Feshin İspatı ve Sendikal Nedenle Fesih Karineleri**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 23.

[622] Faruk Baştürk, "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve İspat Sorunları", **Legal İSGHD**, S: 22, 2009, s. 569-615, s. 570.

olagelmiştir[623]. Doktrinde bu feshin, fesih hakkının kötüye kullanılmasının en önemli görünümlerinden olduğu ifade edilmektedir[624]. Doktrinde Saymen, belirsiz süreli bir sözleşmeye son vermek amacıyla getirilen bu hakkın, sendikalar, işçi temsilcileri veya hakkını arayan işçilerle bir mücadele yahut sindirme amacı olarak kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması olduğunu ve bu yolla hakkın sosyal amacından sapılmış olacağını belirtmiştir[625].

Tarihi gelişim içinde de görüldüğü üzere 3008 ve 1475 sayılı İş Kanunlarında, sendikalı olma nedeniyle fesih bildirimi yapılması halinde fesih hakkının kötüye kullanılmış olacağı, kanun koyucu tarafından örnekleme yoluyla sayılan hallerden biridir. İşK m. 17'de veya gerekçesinde ise "sendikalı olma" yahut "sendikal özgürlüklerini kullanma nedeniyle" gibi bir ifade yer almamaktadır. Ancak böyle bir örneklemenin yapılmamış olması, sendikal nedene dayanan feshin kötüye kullanılma kapsamından çıktığını göstermez. Kanun koyucu, İşK m. 18'de feshe sebep olamayacak haller arasında sendikal faaliyette bulunmaya yer vermiş, sendikal nedenleri ayrımcılık halleri içinde saymıştır. Taşıdığı önem gereğince zaman içinde sendikalara özgü yasal düzenlemelerin içinde, sendikal nedenle yapılan fesihlere karşı koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Kanımızca kanun koyucu, sendikal güvenceleri 2822 sayılı Kanun (ve daha sonra 6356 sayılı Kanun) ile düzenlediğinden, İşK'de bu ifadeye tekrar yer verme ihtiyacı duymamıştır.

Belirtmek gerekir ki sendikal nedenle yapılan feshe karşı korumanın tek etkisi, bireysel iş sözleşmesine yönelik değildir. Yargıtay'ın 2017 tarihli bir kararında da belirtildiği üzere çalışanların örgütlenmesine engel teşkil eden her durum, toplu sözleşme düzeninin varlığını tehdit edici niteliktedir ve sendikal feshe dayanan ayrımcılıkla asıl amaçlanan, sendikayı işyerinden uzaklaştırmaya çalışmaktır. Sendikal nedenle yapılan ayrımcı fesih, "*toplu sözleşme düzenine yönelik bir haksız*

[623] Fuat Bayram, "Sendikal Fesih Karinesi", **Legal İSGHD**, S:12, 2006, s. 1222-1249, s. 1223; Centel, **İş Güvencesi**, s. 273.
[624] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 132; Süzek, **İş Hukuku**, s. 563; Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 319; Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 100-102; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 208; Ocak / Duman / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 17; Ş. Esra Baskan, "İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 6356 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Düzenlemeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 30, 2013, s. 77-86, s. 81 (Sendikal Tazminat); Yıldız, **Eşit İşlem**, s. 149.
[625] Saymen, **İş Hukuku,** s. 566-567; Aktay / Arıcı / Senyen Kaplan, **a.g.e.,** s. 182.

fiil" olarak nitelendirilmektedir[626]. Sendikal nedenle fesih sonrası işe iade kararına muhatap olan ancak işçiyi işe başlatmayan işverenlere dair verdikleri kararlarda hem AİHM, hem de Anayasa Mahkemesi, sendika hakkına yapılan müdahale nedeniyle caydırıcı tedbirlerin uygulanması[627], yüksek tazminatlara mahkum edilmenin gerekliliğini vurgulamışlardır[628]. Yine doktrinde de, kanunda bu tazminatın alt sınırı belirlenip üst sınırı belirlenmediğinden[629], işverenleri sendikal nedenle ayrımcılıktan olabildiğince uzak tutacak miktarların tespit edilmesinin önemi ifade edilmiştir.

İşverenin istediği sendikaya üye olmama yahut sendika baskısı nedeniyle iş sözleşmesinin işverence feshi de hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir[630]. Sendika üyeliği nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğinin kabulü için üye olunma yeterlidir[631], işçinin üyeliğin ardından ayrıca bir faaliyete katılması aranmamaktadır. Uygulamada çoğu olayda işveren, işçinin üye olduğunu öğrendikten kısa bir süre sonra sözleşmeyi feshetmektedir[632]. İşverenin istediği sendikaya üye olmaması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi de sendikal nedenle fesih olarak kabul edilmektedir[633]. Hukuk Genel Kurulu'nun eski tarihli bir kararında, işveren tarafından sendikadan ayrılması istenen bir işçinin bu isteği yerine getirmemesinin üzerine iş sözleşmesinin

---

[626] Mehmet Onat Öztürk, "İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2013/3, s. 217-241, s. 219; Y9HD, T. 02.11.2017, 2016/34608 E. 2017/17263 K.; (Naklen: Öner Eyrenci, "Toplu İş İlişkileri", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 399-460, s. 416-417. (Yargıtay Kararları).

[627] AYM Arif Saim Cebeci ve diğerleri başvurusu, T. 28.05.2019, Başvuru No: 2016/6350.

[628] Eyrenci, **Yargıtay Kararları,** s. 418.

[629] Uygulamada Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararlarında işçinin yıllık ücretli izne hak kazanması için İş Kanunu'nun 53. maddesinde düzenlenen kıdem sistemi esas alınarak, altı ay ile beş yıl arasında kıdemi olan işçiler için bir yıllık, beş ile on beş yıl arasında kıdemi olan işçiler için bir yıl bir ay ve on beş yıldan fazla kıdemi olan işçiler için bir yıl iki aylık ücret tutarında sendikal tazminata hükmedilmektedir, bkz. Şahlanan, **Toplu İş,** s. 208; Centel, **İş Güvencesi**, s. 285.

[630] Esener / Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.,** s. 250; Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 136-137; Centel, **İş Güvencesi**, s. 278; Nuri Çelik, "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar", **Legal İSGHD**, C:4, S:14, 2007, s. 485-496, s. 492 (Tazminatlar).

[631] İşçinin üye olma sürecinde yahut üyeliği ile aynı tarihte iş sözleşmesi feshedilirse, sendikal nedenin kuşkusuz bir biçimde ortaya koyulması gerekmektedir, bkz. Ocak / Duman / Yılmaz, **a.g.e.,** s. 29.

[632] Y22HD, T. 27.03.2019, 2016/7462 E., 2019/6809 K. (www.legalbank.net). Üyelikle fesih arasında makul sürenin arandığı hakkında, bkz. Centel, **İş Güvencesi**, s. 276; Bayram, **a.g.m.,** s. 1232; Ocak / Duman / Yılmaz, **a.g.e.,** s. 30.

[633] İşverenin, kendi istediği sendikaya üye olunması hakkında baskı kurması ve direnen işçilerin iş sözleşmesini feshetmesine yönelik bkz. Y9HD, T. 19.12.2018, 2018/3525 E., 2018/23682 K. (www.legalbank.net)

feshedilmesi durumunda bir kötüye kullanma sonucu doğuracağı belirtilmiştir[634]. İşçinin üye olduğu sendikanın yetki şartını taşıması zorunluluğu yoktur, işçiler yeni bir sendikal oluşum içinde de yer alabilirler.

Öte yandan sendikal hakların kapsamına sendikal faaliyette bulunma hakkı, grev hakkı gibi diğer haklar da girer. İşverenin sendikal faaliyeti engellemek ya da işyerindeki örgütlenmeyi engellemek için sözleşmeyi feshettiği açıksa, bu durumda da sendikal nedenle fesihten bahsedilecektir[635]. Doktrinde belirtildiği üzere sendikal hakların fesihle zedelendiğinden bahsedebilmek için, sendikal faaliyetin hukuka uygun olması aranmaktadır[636]. İşyerindeki sendikal faaliyetin hukuka uygun olması adına ilk koşul, çalışma saatleri dışında olması yahut çalışma saatleri içinde ise işverenin rızasının olmasıdır. Bu faaliyet için işverenin rızası alınmış ise işverenin feshi bir çelişki oluşturur ve hakkın kötüye kullanıldığından bahsedilecektir[637]. Sendikal hakkın kullanılması işin yürütümünü esaslı bir şekilde engelliyorsa, kural olarak kötüye kullanma sonucu doğmayacağı ileri sürülmüştür[638]. Grev hakkı bakımından da benzer bir değerlendirme yapılmaktadır, nitekim 6356 sayılı Kanun, kanuni grevi tanımlamakta ve bunun dışındaki tüm grevleri kanun dışı grev olarak adlandırmaktadır. Kanun dışı grev ise işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermektedir. Bu konuyla ilgili açıklamalara aşağıda derhal fesih hakkı başlığı altığında yer verildiğinden, tekrara düşmemek adına Türk Hukukunda grev hakkının, yalnızca kanunun öngördüğü sınırlar içinde kullanılması kapsamında korunduğunu belirtmekle yetineceğiz.

(5) Düşünce ve İfade Özgürlüğü

Anayasamızın 25. maddesi ile düşünce özgürlüğü, 26. maddesi ile de düşünceyi açıklama olarak da tanımlanan ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumda

634 YHGK T. 16.03.1960, 1960/4141 E., 1960/198 K.
635 Günay, **a.g.e.**, s. 474; İstanbul BAM 32.HD, T. 14.07.2017, 2017/765 E., 2017/748 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
636 Centel, **İş Güvencesi**, s. 280.
637 Ocak / Duman / Yılmaz, **a.g.e.,** s. 40.
638 Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 96.

bireylerin fikir, inanç, düşüncelerini serbestçe ifade edebilmeleri amacıyla korunmaktadır. Kişinin kendini yaşadığı toplumda güvende hissedebilmesi için bu özgürlüklerin hem Devlete hem de diğer bireylere karşı korunması gerekir. Çünkü düşünce ve ifade özgürlüklerinin korunmadığı hallerde kişiler, fikirlerini paylaşmaktan çekinir ve iletişim kurmakta zorluk çekerler. Toplumda sağlıklı iletişim ve birlikteliğin sağlanması için farklı görüşlerin bir araya gelmesi gerekir. İfade özgürlüğü sayesinde kişiler birbirlerini düşüncelerinden haberdar edebilirler[639], özgürce iletişim kurabilir, başkalarının kişisel haklarına saygı duyarak fikirlerini dile getirebilirler. İfade özgürlüğünü yalnızca siyasi fikirlerin açığa vurulması gibi addetmek hatalı bir sonuç olacaktır[640]. Bu iki özgürlüğün varlığı yalnızca bireysel değil, kolektif olarak da yararlıdır.

İfade özgürlüğü, AY m. 26'da belirtildiği gibi "*resmi makamların müdahalesi olmadan haber veya fikir almak ya da vermek serbestisini de kapsar*". AİHM'ne göre de bilgi alma, bilgi verme, yani hem aktif hem de pasif olarak bilgi özgürlüğü (*liberté de recevoir des informations*), düşünce özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır ve temel insan hakkıdır. Bununla birlikte AİHM, hoşa gitmeyecek veya sarsıcı nitelikteki düşüncelerin de demokratik bir toplumda ifade özgürlüğü kapsamında korunacağını kabul etmektedir[641].

Doktrinde Okur, işçinin temel hak ve özgürlüklerini işyerinde işverene karşı kullanmasının, bireysel özerkliğini geliştirmesi açısından yardımcı nitelikte olduğunu vurgulamıştır[642]. İş edimi ile düşünce özgürlüğünün bağlantısı olmadığı, bu nedenle düşünce ve ifade özgürlüklerinin iş yerinde korunmayacağını savunan görüşlerin günümüzde kabul edilmesi mümkün değildir[643]. AY m. 26'daki "herkes" ifadesi işçileri ve işverenleri de kapsamaktadır[644]. İş sözleşmesi kapsamında bu özgürlükten

[639] Alp, **Whistleblowing,** s. 99.
[640] Alp, **Whistleblowing,** s. 100.
[641] Çeşitli AİHM Kararlarında bu görüş yinelenmiştir, bkz. Handyside/Birleşik Krallık, 07.12.1976, Knr. 49; Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, T. 25.06.1992; Jersild/Danimarka, T. 23.09.1994; Goodwin/Birleşik Krallık, T. 27.03.1996; De Haes ve Gijels/Belçika, T. 24.02.1997.
[642] Zeki Okur, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", **Kamu-İş**, C:8, S:4, 2006, s. 41-88, s.41 (Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü).
[643] Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 43.
[644] Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 44.

tamamen vazgeçilmesini öngören düzenlemeler geçersiz olacaktır[645], keza yalnızca işverenin uygun bulduğu düşüncelerin açıklanması da ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sonucu doğuracaktır[646].

İfade özgürlüğü sınırsız değildir ve fakat işyerinde bu özgürlüğün sınırlandırılması veya hangi açıklamaların hukuka ve iş ilişkisinin niteliğine uygun olduğunun belirlenmesi ise oldukça zordur. Bir yanda, iş ilişkisinde dürüstlük kuralı gereğince iş görme borcuyla birlikte özellikle tarafların birbirlerini koruma ve gözetme borçları, karşı tarafın haklı menfaatlerini korumayı içerir. İşyerinin iş görmeye özgülenmiş bir alan oluşturması da bu kapsamda değerlendirilmektedir[647]. Öte yandan, işçinin sadakat borcu ve işverenin yönetim hakkı gerekçe gösterilerek, hakkın özüne müdahale edilmemelidir. Çalışmamızda, bu hakkın iş ilişkilerinde uyuşmazlığa konu olduğu bazı görünümleri aşağıda ele alınmıştır.

(i) Politik, Dini Görüş, Düşünce Açıklaması veya Eleştiri Nedenine Dayanan Fesihler

Doktrinde ifade özgürlüğünü sınırlandırmaya yönelik tüm fesihlerin kural olarak kötüye kullanım sonucu doğuracağı savunulmaktadır[648]. İşçinin inancı veya siyasi görüşünün fesih sebebi olması, hakkın kötüye kullanılması kapsamındadır. İşverenin hoşlanmadığı bir siyasi partiye üye olan işçisinin sözleşmesini feshetmesi, kötüye kullanıma örnek gösterilmiştir[649].

Anayasa Mahkemesi'nin 2020 tarihli bir kararında belirttiği üzere "…*Ancak işveren tarafından hayata geçirilen iş ilişkisinin sona erdirilmesine ilişkin tedbirin zorunlu ve başvurulabilecek en son çare olarak nitelendirilebilmesi için işçinin işverenin menfaatine ve beklentilerine aykırı davrandığının ortaya konulması gerekir*.

[645] Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 49.
[646] Alp, **Whistleblowing,** s.106.
[647] Öktem Songu, **İfade Özgürlüğü,** s. 626.
[648] Billeter, **a.g.e.,** s. 51; Ertürk, **Temel Haklar**, s. 74; Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 53.
[649] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 92; Ömer Ekmekçi, "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi**, İstanbul, 2001, s. 61-85, s. 80 (Değerlendirme 1999); Ergül, **a.g.m.,** s. 470-471.

Başka bir deyişle işverenin menfaatine zarar vermeyen nedenlerin zorunlu ve son çare olarak başvurulmuş tedbirler olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin işçinin belli bir dünya görüşüne sahip olması veya belli gruplara sempatisinin bulunması ya da bir derneğe üye olması tek başına işverenin menfaatini etkileyen bir durum olarak nitelendirilemez…[650]". Kararda vurgulandığı üzere işçinin salt bir görüşe yakın olmasının, işverenin menfaatini etkilediğinden bahsedilemez. Ancak, kanımızca işverenin "haklı menfaati" korunmalıdır, bu nedenle "haklı menfaat" ifadesinin kullanılması daha uygun düşerdi. Nitekim işverenin menfaatinin karşısında işçinin temel hakkı bulunmaktadır. Bu konunun incelendiği 2014 tarihli bir Yargıtay kararında özel okulda öğretmen olan işçi, hac ibadeti için sırası geldiğinden bir dönem izin istemiş ancak eğitim öğretim faaliyetinin aksaması gerekçesiyle kendisine izin verilmemiştir. Bunun üzerine işçi iş göremezlik raporu alarak hacca gitmiştir. Yargıtay'a göre ancak belirli bir dönemde gerçekleştirilen hac ibadeti için kişiler uzun yıllar sıra beklemektedirler; bu nedenle işçinin rapor alarak hacca gitmesi haklı fesih sebebi oluşturmaz[651]. Doktrinde Alpagut, işçiye gözetme borcu kapsamında hac ibadeti için izin verilmesinin uygun düşeceği, ancak sahte rapor alınmasının aradaki güven ilişkisini zedeler nitelikte olduğunu ifade etmiştir[652].

Bir görüşe göre işçinin söz konusu özgürlüklerini kullanımı sadakat borcunu ihlal eden nitelikteyse ve inanç veya düşünce özgürlüğü adı altında işverene zarar verecek davranışlarda bulunuyorsa, işverenin feshi işçinin özgürlüğüne değil, sadakat borcuna aykırılığa yönelik olduğundan, kötüye kullanımdan bahsedilemeyecektir[653]. Bir işyerinin faaliyet amacı bizzat belirli dini veya politik görüşleri yaymaksa veya o işçinin özellikle belirli görüşleri nedeniyle işe alınması söz konusu olabilir[654]. İşçinin işyerinde çalışma düzenini bozacak şekilde siyasi yahut dini propaganda yapması halinde kötüye kullanma söz konusu olmayacaktır[655].

---

[650] AYM, C.A. (3) Başvurusu, T. 02.07.2020, No: 2018/10286, Knr. 124.
[651] Y9HD, T. 12.02.2014, 2014/664 E., 2014/4313 K.; Kararın incelemesi için bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s. 53-56; aynı toplantının genel görüşme kısmında karara yönelik eleştiriler getirilmiştir, bkz., **a.e.,** Genel Görüşme, s. 97-128.
[652] Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s. 56.
[653] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 169.
[654] Billeter, **a.g.e.,** s. 51.
[655] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 147.

AİHM'in Birleşik Krallık'a yönelik dört başvuruyu birlikte incelediği Eweida ve Diğerleri davasında[656], başvuruculardan cinsel danışman olan Bay MacFarlane'in sözleşmesi feshedilmiştir. Ortodoks Hristiyan olan Bay MacFarlane'in, aynı cinsten olan kimselerin birlikte olmaması gerektiğine dair inancı yüzünden, işyerinde geçerli bulunan eşit davranma yönergesine aykırı şekilde, eşcinsel olan çiftlere cinsel terapi vermeyi reddetmesi fesih sebebidir. Yaptığı değerlendirmede AİHM, başvurucunun iş sözleşmesinin feshedilmesinin ağır sonuçları olan bir yaptırım olduğunu kabul etmekle birlikte, başvurucunun psiko-cinsel eğitime kendi isteğiyle başvurduğunu ve bu çalışma ilişkisi içine girdiğinde danışanlar arasından bir kısmını seçmek gibi bir imkanı olmadığını bildiğini tespit etmiştir. Ayrıca işverenin eylemi, kendisine başvuran müşterilerin temel haklarının korunması ve ayrımcılığa maruz bırakılmamalarına yöneliktir. Bu bağlamda Devletin, işçi ile işverenin hakları arasındaki dengeyi sağlarken takdir yetkisi da oldukça geniş olmaktadır. Bu davada AİHM, takdir yetkisinin aşılmadığına hükmetmiş ve AİHS m. 9 ve 14 bakımından ihlal olmadığına yönelik hüküm kurmuştur[657].

İfade özgürlüğü yalnızca işçinin politik veya siyasi görüşünde değil, aynı zamanda günlük hayattaki konularda yahut iş ilişkisinde, iş ile ilgili veya işyeri ile ilgili konularda da korunmalıdır. İşçinin yönetime karşı işyeriyle ilgili yapıcı eleştirilerde ve olumsuzluklara karşı uyarıda bulunması ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir[658]. Bazı durumlarda yalnızca bilgi açıklaması söz konusu olmaz, işçi olumsuz addettiklerini, kendi görüşüne uymayan eylemleri de ortaya koyabilmektedir, önemli olan karşı tarafın ekonomik varlığına veya kişilik haklarına zarar verme amacı taşımamasıdır[659].

2009 yılında Almanya'da yargılamaya konu bir olayda işçinin iş sözleşmesinde yer alan genel işlem şartı niteliğinde bir hükümle ücretini diğer işçilere açıklaması yasaklanmış, ücreti hakkında konuşan işçiye ihtar verilmiştir. Söz konusu ihtarın özlük

[656] Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık, No: 36516/10, T. 27.05.2013.
[657] Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Knr. 106-108.
[658] Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 64, Süzek, **Geçerli Fesih**, s. 580.
[659] Alp, **Whistleblowing**, s. 99, Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 63.

dosyasından çıkarılması için dava açan işçinin talebi kabul edilmiştir[660]. Mahkeme, ifade özgürlüğünü sınırlayan genel işlem şartını dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirmiş ve BGB § 307 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı nitelikteki genel işlem şartlarının geçersiz olduğuna hükmedilmiştir[661]. Doktrinde Ergül, ücret açıklamasının böyle bir sınırlamaya tabi tutulmasıyla, hem ifade özgürlüğünün hem de eşit işe eşit ücret prensibinin işlerliğini etkilemesi nedeniyle eşitlik ilkesinin zedelediğini savunmaktadır[662]. 2016 yılında verilen bir Yargıtay kararında, bir sosyal paylaşım sitesi özel bir grup içerisinde, işyerindeki olumsuzlukları paylaşması ifade özgürlüğü kapsamında ağır eleştiri olarak nitelendirilmiş ve işçinin bu paylaşımları nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi geçersiz sayılmıştır[663].

2019 tarihli bir kararda davacı işçi, doğum izni dönüşü kendisinden 24 saat nöbet 48 saat dinlenme usulüyle çalışma sistemine devam etmesi istendiğinde, emziren anne olması nedeniyle günlük 7,5 saatten fazla çalışamayacağı ve gece çalışması yapamayacağını, söz konusu durumun emredici hüküm olarak mevzuatta belirlendiğini ve idari para cezasıyla yaptırıma bağlandığını işyeri yönetimine yazılı olarak bildirmiştir. Bu bildirimin üzerine işçinin sözleşmesi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar gerekçe gösterilerek İşK m. 25/II-e uyarınca feshedilmiştir. Yüksek Mahkemece, işçinin talebinin hukuka uygun olduğu ve işçinin bildirimde kullandığı ifadelerinin eleştiri kapsamında kaldığını tespit etmiş, eleştirinin haklı sebep teşkil etmeyeceğine yönelik hüküm kurulmuştur[664]. İşverenin yasal yükümlülüklerini yerine getirmemesi, işçinin hak arama özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmesinin yanısıra, emziren anne olarak cinsiyet temelli ayrımcılığa da maruz kalması gibi birden çok unsuru içeren bu gibi

[660] Alman hukukunda dürüstlük kuralı uyarınca, hukuka aykırı ihtarların özlük dosyasından çıkarılmasını talep hakkı kabul edilmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Artür Karademir, **İş Güvencesinde Son Çare İlkesi,** Ankara, Seçkin, 2021, s. 190, dn. 47.
[661] Münih Eyalet İş Mahkemesi, 2 Sa, T. 21.20.2009, 237/09 (Naklen: Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal Mahkeme Kararları (Çev: Alpay Hekimler), **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:27. https://www.calismatoplum.org/makale/avrupa-adalet-divani-ve-alman-federal-mahkeme-kararlari-27, (Çevrmiçi, Erişim tarihi: 16.07.2021)); Ergül, **a.g.m.,** s. 479.
[662] Yazar, bu durumda dolaylı yatay etkiye konu edilen medeni hukukun genel ilkeleriyle birlikte mahkemenin anayasal değerin ihlal edildiğini mutlaka tespit etmesi gerektiğini belirtmektedir, bkz. Ergül, **a.g.m.,** s. 480-481.
[663] Y22HD, T. 14.06.2016, 2016/16290 E., 2016/17802 K. (www.legalbank.net)
[664] Y22HD, T. 12.11.2019, 2017/25239 E., 2019/20861 K. (www.legalbank.net)

olaylar için koruma kapsamının genişletilerek yorum yapılması kanaatimizce yerinde olmuştur.

İşçinin gördüğü işin kendisi bilgi paylaşmayı sınırlayabilir, işveren tarafından üretilen bir ürünle ilgili belirli olumlu ifadelerin kullanılması, örneğin bir malın satışı esnasında o ürünün övülmesi isteniyorsa bu durumda ifade özgürlüğü sınırlanacaktır[665]. Doktrinde, alkolle mücadele eden bir kuruluş müdürünün, alkol tüketimini övemeyeceği, nükleer santral yöneticisinin nükleer santral inşaatını eleştiremeyeceği ifade edilmiştir[666]. Fransız hukukunda ünlü *Clavaud* davası ve sonrasındaki yargılamaya konu olaylarda, işyerinde ifade özgürlüğünün kullanımının korunacağı[667], ancak işyeri dışında işyeri aleyhine, gerçek olmayan bazı açıklamaların işverene zarar verme amacıyla yapılmasının korunmayacağı kabul edilmiştir[668].

(ii) İfşa (*Bilgi Uçurma, Whistleblowing*) Nedenine Dayanan Fesihler

İfşa kısaca kişinin, bir hukuka aykırılığı açıklaması olarak tanımlanabilir. Yabancı doktrinde ifşa yahut ihbar eylemi, Türkçe çevirisi "*bilgi uçurma*" olarak yapılabilecek "*whistleblowing*" kelimesi kullanılarak ifade edilir[669]. Çalışma ilişkilerinde "*whistleblowing*" tabiri, kamuoyunu yanlış bir duruma karşı bilgilendirmeyi karşılamakla birlikte, aynı zamanda işyeri içindeki olumsuzlukları veya diğer işçi eylemlerini işverene ihbar etmeyi de içerir[670]. İfşa için üç unsurun varlığı aranır; ilki hukuka aykırı veya olumsuz durumu ortaya koyan kişinin işverenin organizasyonu kapsamında bağımlı çalışan bir kimse olması, ortaya koyduğu durumun hukuka yahut etik değerlere aykırılık teşkil etmesi ve işveren olmayan üçüncü bir kişi yahut kuruma bu durumun bildirilmesidir[671]. Birey yahut toplum sağlığı, güvenliği,

---

[665] Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 55.
[666] Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 57, dn. 73.
[667] Vigneau, **Good Faith**, s. 599, dn. 24.
[668] Cristau, **a.g.m.,** Knr. 560-561.
[669] Spor müsabakalarında hakemlerin oyunu durdurmak için düdük çalması yahut polislerin hukuka aykırı bir eyleme müdahale etmek, birini durdurmak için düdük çalması anlamına gelen "*to blow the whistle*" ifadesi, kelimenin kökenini oluşturmaktadır, bkz.CS-Dunand, Art. **321a,** Knr. 54, s. 66; Carlos Jaïco Carranza / Sébastien Micotti, **Whistleblowing,** Zürih, Schulthess, 2014, s. 5.
[670] Alp, **Whistleblowing**, s. 1.
[671] Alp, **Whistleblowing,** s. 3-5.

çevre korunması gibi sosyal hayata dair konularda yahut finansal konularda, devlete karşı yükümlülüklerde hukuka aykırı uygulamaların ifşa edilmesi, toplumsal değerlerin korunması gayesi taşımaktadır[672].

Kural olarak iş sözleşmesinde yan borçlar içinde bildirme veya haber verme borçlarının da yer aldığı ifade edilmiştir. Karşı tarafın hatasını fark eden kimsenin bu konudaki bilgi verme yükümlülüğünün de bir yan borç teşkil ettiği ifade edilmiştir[673]. Bu durumda ifşa eyleminden önce, işverene hukuka aykırılığı bildirmenin, esasında iş sözleşmesinde bir yan borç olarak yer alabileceği söylenebilecektir[674]. Doktrinde iş sözleşmesinde işçi ve işverenin farklı menfaatleri olsa da aralarındaki ilişkinin özünü güven oluşturduğundan, dürüstlük kuralı gereğince, dar anlamda koruma yükümlülüğü esasıyla[675] öncelikle işvereni bilgilendirmesi beklenebileceği ileri sürülmüştür[676]. Bu görüşe göre eğer işveren, bu bildirimin ardından hareketsiz kalıyorsa ve son çare yetkili makamları bilgilendirmekse, işçi ifşa hakkını kullanmalıdır[677]. İşyerindeki diğer işçilerin veya işveren vekili olarak görev alanların hukuka aykırı eylem ve işlemleri kural olarak sadakat borcu kapsamında değerlendirilmemektedir, buna karşılık işçinin pozisyonu gereği ekip arkadaşı veya gözetiminde çalışan bir kişinin eylemi söz konusuysa, işverene bilgi verilmesi beklenecektir[678]. Tüzel kişi işverenler bakımından işyerindeki yönetim yetkisi özellikle işveren vekilleri aracılığıyla

---

672 CS-Dunand, **Art. 321a**, Knr.54, s. 66-67; Alp, **Whistleblowing**, s. 18.
673 Giritlioğlu, **a.g.e.,** s. 42.
674 Alman hukukunda da iş sağlığı ve güvenliği önlemleriyle sınırlı olarak düzenlenen kanun hükmüyle, işçiye öncelikle işverene başvurma zorunluluğu getirerek, işverenin eyleme geçmemesi halinde ilgili makamlara şikayette bulunulabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Alman öğretisinde işçinin işverene başvurmaksızın doğrudan ilgili mercilere ifşa hakkının sınırlandırıldığı, ancak işçiden beklenmeyecek – işverenin daha önceki talepleri dikkate almaması gibi yeterli kanaati oluşturan – hallerde işçinin doğrudan yetkili mercilere başvuru yapabileceği görüşleri hakkında bkz. Alp, **Whistleblowing,** s. 58 vd. Bununla birlikte Fransız hukukunda yolsuzluk konusuyla sınırlı olarak çalışanın, ilgili makamlardan önce işverenine başvuru şartı olmaksızın ifşa hakkı, her türlü ayrımcılığa ve feshe karşı korunmuştur. İş Kodu madde 1161-1 ile ifşa eden işçinin sözleşmesinin işverence feshi halinde bu feshin geçersiz olacağı öngörülmüştür, bkz. Alp, **Whistleblowing,** s. 65 vd.
675 Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 52.
676 Waas, **a.g.m.,** s. 620.
677 Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s. 136-137. Federal Mahkemenin bir kararında, işçinin işyerindeki hukuka aykırılıkları filme aldığı, daha sonra üyesi olduğu sendikanın bir eylem düzenlediği, bu filmi Ulusal İsviçre Televizyon Kanalı üzerinden yayınlatmasının ardından işçinin iş sözleşmesinin derhal feshedildiğinin bildirildiği olay incelenmiştir. Mahkeme, işçinin bu davranışlarının sadakat borcunu ihlal ettiği, amacının işvereni lekelemek olduğu, bu nedenle işveren tarafından yapılan feshin kötü niyetli olmadığına karar vermiştir, bkz. ATF 127 III 310(f).
678 CS-Dunand, **Art. 321a**, Knr. 58, s. 68; Caruzzo, **a.g.e.,** Knr. 7, s. 48.

gerçekleştiğinden, hukuka aykırılıkların bildirilmesi oldukça önemlidir. Somut işveren sıfatı taşıyan yönetim kurulunun işyerindeki uygulamalardan bihaber olması mümkündür, neticede işveren vekillerinin her bir uygulamayı bildirmeleri yahut işçilere verdikleri her talimatı raporlamaları mümkün değildir.

İşçinin işyerindeki hukuka aykırılıkları bildirmesiyle bazı olumsuz muamelelere maruz kalması sonucu doğmaktadır, işyerinde psikolojik tacize uğrayabilmekte, iş sözleşmesi feshedilebilmekte, aynı işkolunda faaliyet gösteren başka işverenler tarafından kara listeye alınıp iş bulamama tehlikesi yaşayabilmektedir[679]. Bu nedenle ifşa eden işçinin korunması ihtiyacı doğmakta, bununla birlikte işçinin nasıl ve ne derece korunması gerektiği sorunu da ortaya çıkmaktadır[680]. İfşa hakkı bakımından esas problem sadakat borcuyla çatışmaktan doğmaktadır[681]. Çünkü sadakat borcuna aykırılık kural olarak işverene fesih hakkı tanır.

Doktrinde Alp, fesih hakkı ile ifşa hakkı ilişkisi bakımından şu görüşü belirtmiştir, kendi ifadesiyle yer vermekte fayda görmekteyiz. *"...fesih hakkının, işçinin ifşa hakkını ortadan kaldırmayacak şekilde kullanılmasına özen gösterilmeli, hukuki değerlendirme ifade özgürlüğünden yana olmalıdır[682]"*. AİHM de AİHS'in 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü kapsamında ifşa hakkını incelemektedir. Mahkemenin Heinisch kararında[683] ele aldığı üzere, hukuka aykırı davranışı ifşa eden işçinin işten çıkarılması, demokratik bir toplumda zorunluluk kriterini

---

[679] CS-Dunand, **Art. 321a**, Knr. 56, s. 67; Alp, **Whistleblowing**, s. 15.

[680] İfşa hakkı ile işçinin borçlarının çatışma ihtimalinin yanı sıra, işverenin itibarı ve haklı menfaatleri ile tarafların kişisel verilerinin de korunması için özel olarak düzenleme yapılması gerektiği görüşünde, bkz. Gülsevil Alpagut, "İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları", **Festschrift für Otto Kaufman Armağanı** (Ed: Alpay Hekimler), İstanbul, Legal, 2021 s. 3-24, s. 4 (İfşa-İhbar Hakkı).

[681] CS-Dunand, **Art. 321a**, Knr.55, s. 67; Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü,** s. 47.

[682] Alp, **Whistleblowing**, s. 109.

[683] Özel bakıma muhtaç kişilerin kaldığı yaşlı bakımevinde hemşirelik yapan Bayan Heinisch, işyerindeki malzeme ve personel eksikliği ile usulsüzlükler hakkında işvereni uyarmış, sorunun giderilmesini istemiş ancak bir sonuca ulaşamamış, işyükü nedeniyle sıklıkla hastalanmaya başlamış, iş sağlığı güvenliği önlemlerinin alınmasını işverene ihtar etmiş, Hastalık Sigortası Fonu Sağlık İnceleme Kurulunun işyeri ziyaretleri sonucunda verim alınamamış, son olarak savcılığa suç duyurusunda bulunmuştur. Söz konusu başvurunun ardından, iş sözleşmesi sıklıkla hastalanması gerekçe gösterilerek feshedilmiştir. Sendikayla birlikte hazırladıkları el ilanlarıyla işverenin şikayet konusu davranışları ifşa edilmiştir. Bkz. Heinisch/Almanya, No: 28274/08, T. 21.10.2011, http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-105777 .

karşılamamaktadır[684]. Yapılacak tartımda işverenin gördüğü zararın karşısında, işçinin temel hakkının yanında kamu yararı kriteri de bulunmaktadır. Mahkeme ayrıca işçinin fesih yaptırımına maruz kalmasına medyada yer verilmesinin, sadece aynı işyerinde çalışanları değil, aynı sektörde çalışan diğer işçileri de olumsuz etkileyeceğini tespit etmiştir[685]. Guja/Moldova kararında da aynı noktaya değinerek ifşa nedeniyle fesih hakkının kullanılmasının diğer işçileri bu hakkı kullanmaktan uzaklaştıran, en ağır yaptırım olduğunu belirtmiştir[686].

İş ilişkisinde dürüstlük kuralı kapsamında iş görme borcunu ifa ederken, bu borcu yerine getirmek için ifade özgürlüğü ve kamunun bilgi edinme hakkını hiçe saymak uğruna karşı tarafın menfaatini korumak gibi yanlış bir amaç doğrultusunda hareket etmesi, işçiden beklenmemelidir. Aksi takdirde sadakat borcunun dürüstlük kuralından kaynaklanan özü zedelenmiş olur. İfşa hakkı bu anlamda sadakat borcu gerekçe gösterilerek sınırlandırılmamalıdır[687]. AİHM'nin tespitinde esas aldığı gibi, kişiliğe saldırı niteliği taşıyan açıklamalar, iş sırlarının ifşası gibi dürüstlük kuralına aykırı davranışlar söz konusuysa, sadakat borcunun ihlal edildiğinden bahsedilebilir[688]. Rubins/Letonya davasında, Rektöre attığı e-postayla, anlaşmaya varılmadığı halde üniversite içindeki hukuka aykırılıkları ifşa edeceğini bildiren ve anlaşılmaması üzerine gazeteye demeç veren üniversite profesörü olan başvurucunun sözleşmesi feshedilmiştir. Rektöre yazdığı mailde kullandığı ifadelerin tehditkar ve ahlaka aykırılığı, Üniversite tarafından feshe gerekçe gösterilmiştir. Letonya'da Yüksek Mahkeme "ahlaka aykırılığı", dürüstlük ile doğruluk, sorumluluk ve sadakat olarak üç temel etik prensipten oluşan bir kavram olarak tanımlamış ve başvurucunun

[684] Alp, **Whistleblowing,** s.110.
[685] Heinisch/Almanya, Knr. 91.
[686] Guja/Moldova, No: 14277/04, T. 12.02.2008, Knr. 95, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85016; Alpagut, **İfşa-İhbar Hakkı**, s. 11. AİHM, bu davada kamu görevlisi olan başvurucunun Başsavcılıktaki üstlerine başvurmadan gazeteye gizli belge verdiği gerekçesiyle görevden alınmasını incelemiş, kamu görevlileri bakımından devlete karşı sadakatin ve sır saklamanın işçinin borcuna göre daha yoğun olduğunu ifade etmiştir, bkz. Knr. 70. AİHM, Guja/Moldova ve Halet/Lüksemburg kararlarında, medya yoluyla ifşa hakkı kullanan çalışan bakımından şu kriterleri esas alarak değerlendirme yapmaktadır: (i) İfşa edilen bilgilerin öğrenilmesinde kamunun yararı, (ii) ifşa edilen bilgilerin doğruluğu veya özgünlüğü, (iii) kamuyu medya aracılığıyla uyarmanın kullanılacak tek gerçekçi yöntem olması, (iv) başvurucunun dürüstlük kuralına uygun davranması, (v) ifşa edilen kurumun itibarı zedelenip zedelenmediği (vi) uygulanan yaptırımın ağırlığı, ayrıca bkz. Alpagut, **İfşa-İhbar Hakkı**, s. 10-11.
[687] Alp, **Whistleblowing**, s. 110.
[688] İşçinin susma yükümlülüğünün ifade özgürlüğünün sınırı olduğu görüşünde, bkz. Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 62.

buna aykırı davrandığı kanaatine varmıştır[689]. Ancak iki oya karşı beş oy ile AİHM, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Matúz/Macaristan kararında ise devlet televizyonunda yapımcı olan işçinin, yazdığı kitapla kanaldaki kültürel programlara uygulanan sansürü ifşa etmesi nedeniyle sözleşmesi feshedilmiştir. AİHM, Macaristan'da feshe karşı yürütülen yargılama faaliyetinde mahkemelerin, yalnızca devlet televizyonu ile başvurucu işçi arasındaki sözleşmede yer alan gizlilik şartını ve sözleşmenin ihlalini değerlendirdiğine, açıklanmasında kamu yararı olan hususlar bakımından basın mensubu olan işçinin ifade özgürlüğünün dikkate alınmadığına dikkati çekmiştir[690]. Mahkemeye göre sözleşmesel yükümlülükler bakımından tarafların temel hak ve özgürlükleri de gözetilerek değerlendirme yapılmalıdır.

Son dönemlerde yaşanan ifşa eylemlerinin ardından AB kapsamında da düzenleme ihtiyacı duyulduğundan, "Birlik Hukukuna Aykırılığı Bildiren Kişilerin Korunmasına Dair Yönerge" 2019 yılında kabul edilmiştir[691]. Yönerge, AB kapsamındaki düzenlemelere uyumun artırılmasını temel amaç olarak edinmiş olup ifşa hakkı, uyumsuzluğu ortaya çıkartacak bir araç olarak görülmektedir. Bu noktada yolsuzluk gibi eylemlerin tespiti için ifşa hakkını kullanacak çalışanların korunması bir zorunluluğa dönüşmektedir[692].

İfşa ile çatışan bir diğer borç da sır saklama borcudur. İsviçre'de doktrinde, işverenin hukuka aykırı davranışlarının kural olarak ihbar edilmemesi gerektiği, bunun da sır saklama borcu ile gerekçelendirildiği görülmektedir[693]. Bir görüşe göre işçi, işverenin işlediği ve hakkında hüküm verilen suçları ile idari cezalarını kural olarak gizli tutmalıdır. Böyle bir durumun ifşa edilebilmesi için işverenin hareketlerinin üçüncü kişiler için risk oluşturması ya da bir zarara sebep olma ihtimali olmalıdır[694].

---

[689] Rubins/Letonya, Knr. 25, No: 79040/12, 13.01.2015, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-149204
[690] Matúz/Macaristan, Knr. 49-50, No: 73571/10, T. 21.10.2014, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147276
[691] Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23.10.2019 on the protection of persons who report breaches of Union law; Alpagut, **İfşa-İhbar Hakkı**, s. 7-8.
[692] Yönergenin ayrıntılı incelemesi için bkz. Alpagut, **İfşa-İhbar Hakkı**, s. 15-22.
[693] Alp, **Whistleblowing,** s. 125.
[694] CS-Dunand, **Art. 321a**, Knr. 57, s. 67.

Bununla birlikte sigortasız çalıştırma, sağlık veya güvenlik önlemlerinin alınmaması, ücretinin ödenmemesi gibi kendi haklarının ihlal edilmesi söz konusuysa, işçiden sır saklaması ne derecede beklenebilecektir? Bir görüşe göre, işçinin kendi hakkı, sadakat borcunun sınırını oluşturur, nitekim İş K. m. 18/III-c de aynı doğrultuda düzenlenmiştir[695]. 5838 sayılı Kanun ile İşK'de yapılan değişiklikle bir cümle eklenerek, iş güvencesini düzenleyen 18. maddede sayılan "*geçerli sebep olamayacak haller*" arasında artık ifşa hakkının kullanılmasına da yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme, işçinin başvurusunun feshe geçerli sebep teşkil etmeyeceğini garanti etmektedir. Bu düzenlemeyle yalnızca kendi hakkı için işveren aleyhine adli yahut idari makamlara başvuru yapan işçiyi değil, yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren hakkında ilgili makamlara başvuru yapan yahut başlatılmış başvuru sürecine katılan işçiyi de koruyarak, bu durumun bir geçerli fesih sebebi oluşturmayacağı hüküm altına alınmıştır[696].

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından ifşa hakkının kullanılması üzerine işverence feshe başvurulması, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir[697]. Türk Hukukunda iş güvencesi öncesi dönemde şikayet durumunda işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi, bir kötüye kullanma örneği olarak kanunda yer almıştır[698]. 1977 yılındaki bir olayda, işyerinde yolsuzluk yapıldığına dair Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık ve diğer yetkili makamlara şikâyette bulunan işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işçinin iş sözleşmesinin feshinde kötüniyet iddiasının ispatı için öncelikle şikâyetin asılsız olup olmadığının belirlenmesinin gerektiğine hükmetmiştir[699].

Türk Hukukunda iş ilişkilerinde ifşa hakkının kullanılması Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir başvuruda da incelenmiş ve doktrinde tartışılmıştır. Karara konu olayda işçi, Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER)'e yazdığı yazıda, taşeron işçisi olarak haklarının ödenmediğini belirtirken, "*müfettiş geliyor, yedirip içirip*

[695] Alp, **Whistleblowing,** s. 127.
[696] Alp, **Whistleblowing,** s. 71-72.
[697] Kübra Doğan Yenisey, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, İstanbul, On İki Levha, 2018 s. 387-561, s. 500 (Değerlendirme 2016).
[698] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 96.
[699] Yargıtay 9. HD, T. 10.11.1977, 1977/10839 E., 1977/16224 K.

yolluyorlar, bize baktıkları yok, şikayet edersek tehdit ediyorlar" ifadelerini kullanmış; bunun üzerine iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilmiştir. Yerel mahkeme, kullanılan ifadeleri eleştiri kapsamında saymış ancak Yargıtay 7. Hukuk Dairesi bu ifadeleri işverene yönelik sataşma ve hakaret olarak değerlendirdiğinden, işe iade kararını bozmuştur[700]. AYM'de yapılan değerlendirme sonucunda haklı nedenle feshin başvurucuya olumsuz etkisi ile dilekçenin işverenin üzerindeki olumsuz etkisi arasında bir tartım yapılarak, işverenin üzerindeki etki hafif bulunmuş ve işçinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir[701]. Bu kararda ifşa hakkı ve şikayet hakkı kural olarak ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilmiş, işçinin kamu otoritesine yaptığı başvurudaki anlamın tümünün dikkate alınması gerektiğine dikkati çekilmiştir[702].

Alman Hukukunda 2003 ve 2006 tarihli kararlarında Federal İş Mahkemesi, hukuka aykırı bir durumu ihbar hakkının vatandaşlık hakkı olduğunu, işçinin kötüniyetli davranmadığı, ihbar konusunun asılsız olduğunu bilmediği ya da bilebilecek durumda olmadığı hallerde bu hakkın korunması gerektiğini belirtmiştir[703]. Fransız mahkemelerinin ise daha esnek bir değerlendirme yaptığı; işçinin şüphesini haklı gösteren durumlarda, şikayet konusunun doğru olup olmadığı değerlendirilmeksizin işçinin korunması esasının güdüldüğü ifade edilmektedir[704]. İşçinin şikayetine günümüzde pozitif düzenlemede bir kötüye kullanım hali olarak yer verilmemekle birlikte bu görüş sürdürülmekte, aşağıda açıklanacağı üzere ayrıca işverenin misilleme yapma amacıyla yaptığı feshe karşı hakkın kötüye kullanıldığına karar verilmektedir. İsviçre Hukukunda da, doktrinde ifşa hakkının kullanımı nedeniyle yapılan fesihlerin aşağıda açıklanacak olan misilleme feshi[705] kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[706].

---

[700] Y7HD, T. 01.07.2013, 2013/12100 E., 2013/12423 K.
[701] AYM İlter Nur Başvurusu, T. 14.04.2016, Başvuru No: 2013/6829, R.G. T. 14.06.2016, S: 29742.
[702] Kararın incelemesi için bkz. Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2016**, s. 499-501.
[703] Alp, **Whistleblowing,** s. 63, dn. 127.
[704] Alp, **Whistleblowing,** s. 67
[705] İsviçre'de doktrinde işçinin dava süreci sonunda eğer başarılı olabilirse hak kazandığı altı aylık ücret tutarında tazminatın da bu süreçteki gelir kaybını karşılayacak nitelikte olmaması da eleştirilmiştir, bkz. Schwaab, **a.g.m.,** s. 154.
[706] Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s. 136.

(6) Hak Arama Özgürlüğü

Demokratik toplumlarda hakların tanınması ve kullanılması için onları güvence altına alan vasıtalara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu vasıtaların çerçevesini ise hak arama özgürlüğü çizer, bu özgürlük doktrinde tanımlandığı üzere "*hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içerir"* ve, *"bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir*"[707]. Böylece kişiler hem hak arama konusunda serbestiye sahip olmakta, hem de ihlal halinde giderimin sağlanması için öngörülen yollara veya bu amaçla görevlendirilmiş kişi veya kurumlara başvuru yapabilmektedirler[708].

1982 Anayasası'nın "*hak arama hürriyeti*" başlığı taşıyan 36. maddesi, kişilerin yargısal başvurularını güvence altına alarak yargı organlarının görev ve yetkileri kapsamındaki ödevlerini düzenlemektedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla yetkili makamlara başvurulması m. 40; dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı ise m. 76 ile güvence altına alınmıştır. Belirtilen anayasal normlar, kişilerin hak arama özgürlüğünü etkin bir şekilde kullanılması için öngörülen çeşitli unsurları Devlete ve kamu organlarına karşı koruyarak, ilgili kişi ve kurumlara görevler yükler.

Hak arama özgürlüğü ifadesi diğer hakların korunmasına işaret etse de, bu durum, hak aramanın bir temel hak olarak korunma ihtiyacını ortadan kaldırmayacaktır[709]. Özel hukuk ilişkilerinde kişiler, haklarını ileri sürebilmeli, özellikle taraflardan birinin daha güçlü bir konumda bulunduğu ilişkilerde korkutma ve sindirme gibi davranışlara maruz kalmamalıdırlar.

---

[707] Mesut Aydın, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C: 61, S:3, s. 1-37, 2015, s. 5.
[708] İsmail Köküsarı, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 15, S:1, 2011, s. 163-208, s. 165.
[709] Köküsarı**, a.g.m.,** s. 168.

İşçi, iş ilişkisinden veya işverenle arasında iş ilişkisi dışında bir başka ilişkiden (örneğin, kira ilişkisi) doğan alacakları nedeniyle dürüstlük kuralı kapsamında işverenden bir talepte bulunabilir[710], işverene dava açabilir yahut idari makamlara başvuruda bulunabilir[711]. İşçinin gerçekleri söylemekle beraber mahkemede işveren aleyhine tanıklık yapması yahut müfettiş denetiminde işverenin aleyhine bilgi vermesi de söz konusu olabilir[712]. İş Hukukunda özellikle işçilerin bu talepleri veya yetkili makamlara başvuruları neticesinde sözleşmeleri feshedilebilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, işçinin dava açması nedeniyle sözleşmesinin feshedilmesini, kişiliğine saygı gösterilmesi hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir[713].

Alman Hukukunda hakkın kullanımı nedeniyle cezalandırma yasağı hem BGB **§** 612a hem de AGG **§** 16'da düzenlenmiştir. Buna göre işveren işçilerini haklarını meşru şekilde kullanması nedeniyle haksızlığa maruz bırakamaz. AGG **§** 16 ile ayrıca işçiyi destekleyen yahut tanıklık yapan kişiler açısından da koruma sağlamaktadır. Doktrinde bu düzenleme ile her türlü hak kullanımının güvence altına alındığını ve genel olarak işçiyi zarara uğratma, etiğe aykırı muamelede bulunma yasağının oluşturulduğu ifade edilmektedir[714]. Belirtilen hükmün uygulanması için işçinin bir hakkı meşru olarak kullanmasını engelleyen işverence alınmış bir önlem, bir sözleşme hükmü, bir tasarruf bulunmalıdır, bu nedenle işçi doğrudan yahut dolaylı olarak haksızlığa maruz kalmalıdır. Doktrinde işçinin çocuğunun hastalığı nedeniyle izin alma hakkını kullanma talebini ileri sürmesi ancak bunun reddedilmesi halinde, işçiye tanınan işe gitmeme hakkı nedeniyle feshe maruz kalmasının bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmiştir[715]. İşverenin hak kullanımı nedeniyle misilleme feshi yoluna gittiği hallerde, cezalandırma yasağına aykırı davranmış olmakta; bunun

---

[710] Lempen / Salem, **a.g.m.,** s. 98.
[711] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 218; Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 139; İş ilişkisi devam ederken işçinin dava açacak cesarete sahip olamaması öteden beri bilinmektedir bkz. Lyon-Caen, **Genel İlkeler**, s. 288; Alman hukukunda da işçinin bir hakkını kullanması nedeniyle işverenin tedbir yasağı ile karşılaştığı yönünde, bkz. Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 218.
[712] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 148-149.
[713] TF T. 06.10.2008, 4A_325/2008 (Naklen: Wyler/Heinzer, **a.g.e.,** s. 638). Kişinin hak arama özgürlüğü ile kişilik değerlerinin güvence altına alındığına yönelik, bkz. Y9HD, T. 25.09.2006, 2006/17667 E., 2006/24630 K. (Çalışma ve Toplum, 2007/1).
[714] C. Gökhan Erbaş, "Alman İş Hukukunda Hakkın Kullanımı Nedeniyle Cezalandırma Yasağı", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:2, İstanbul, Beta, 2011, s. 1317-1333, s. 1319.
[715] Erbaş, **a.g.m.,** s. 1326.

sonucunda tazminat yahut haksız fiil sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmektedir[716].

İşveren, yerine getirmesi gereken ancak getirmediği bir yükümlülüğün sonucunda şikâyet edilmesini, aleyhine bilgi verilmesini veya dava açılmasını kendisine yöneltilmiş kötü bir davranış olarak değerlendirebilir. Ancak bu değerlendirme, kişinin iç dünyasına ilişkin bir değerlendirmedir. Somut gerçeklik eğer işverenin davranışını haklı kılacak bir hukuki gerekçeye dayanmıyorsa, işçinin davranışının üzerine işverenin feshi, bir misilleme yahut intikam alma eylemine dönüşür[717]. Biz çalışmamızda bu şekilde yapılan fesihleri, -benzer düzenlemeleri içeren farklı ülke uygulamalarında adlandırıldığı şekliyle- *misilleme feshi* olarak adlandırmayı tercih ediyoruz[718]. Misilleme feshinden bahsedebilmek için olayda belirli unsurların kümülatif olarak yer alması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür. Bu unsurları şu şekilde açıklamak mümkündür: Fesih işçinin mevcut bir hakka ilişkin talebi nedeniyle gerçekleştirilmelidir[719]. Talep, geniş anlamda kaynağını hukuki herhangi bir dayanaktan alabilir; iş sözleşmesinden doğabileceği gibi, kanundan, işyeri düzenlemesinden veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanabilir. Talebini ileri süren taraf dürüstlük kuralı uyarınca hareket etmelidir[720], feshi bloke etmek amacı gütmemelidir. Zarar verme amacı taşıyan, saçma veya yalnızca bir feshi engellemek amacıyla yapılan iddialar hukuken korunmaz[721]. Mahkeme, ileri sürülen talep ile fesih arasında illiyet bağı aramaktadır. İleri sürülen talep, tek başına fesih sebebi olmak zorunda değildir. Ancak işverenin fesih kararında etkisi bulunmalıdır[722]. Ayrıca talep ve feshin gerçekleştirilmesinin çok yakın zamanlarda olması, hakkın kötüye kullanıldığının göstergesi olarak değerlendirilmektedir.

[716] Erbaş, **a.g.m.,** s. 1329.
[717] Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 320.
[718] Fransızcada "*congé-représailles*" veya "*congé-vengeance*", Almancada ise "*Rachekündigung*" veya "*Revanchekündigung*" olarak aynı anlama gelen çeşitli kavramlar bu fesihleri tanımlama amacıyla kullanılmaktadır, bkz. Favre-Moreillon, **a.g.e**., s. 135.
[719] Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s. 137.
[720] Rehbinder / Stöckli**, a.g.e.,** Knr. 35, s. 270.
[721] Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s. 138.
[722] Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s. 139; Wyler /Heinzer, **a.g.e.,** s. 636-637.

Hukukumuzda da özellikle güvence altında olmayan işçiler, işlerini kaybetme endişesiyle haklarını ileri sürememektedirler[723]. Bu nedenle geçmişte 1475 sayılı Kanun'un 13/C maddesinde "işçinin şikayeti"ne açıkça kötüye kullanım hali olarak yer verildiğini görmekteyiz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde ise bu yol izlenmemiş, onun yerine kötüye kullanma örnekleri madde gerekçesine taşınmıştır. Bunlar arasında şikayet, işveren aleyhine dava açması, şahitlik yapması gibi örnekler bulunmaktadır. Ayrıca iş güvencesi bölümünde inceleneceği üzere, işçinin şikayeti veya dava açması da feshe sebep olamayacak haller arasında sayılmıştır. Söz konusu normlar şunu göstermektedir ki, misilleme fesihleriyle sıklıkla karşılaşılmakta[724] ve bu duruma engel olunmak istenmektedir.

(i) Mevcut veya Doğması Beklenen Bir Alacağın Yahut Hakkın Talebine Dayanan Fesihler

İşçinin bir talebini işverene yöneltmesinin akabinde feshe muhatap olması, öteden beri yargılamaya sıklıkla konu olmuştur. Fransa'da Seine mahkemesinin 1920 tarihli bir kararında, ücretinin artırılması talebi yapıp, bu talebin reddi ardından gidip işverenden özür dileyen işçinin sözleşmesinin feshedilmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak tanımlanmıştır. Çeşitli başka olaylarda birkaç gün süreyle yatarak istirahat etmesi gerektiği için, daha düşük bir pozisyonda çalışmayı kabul etmediği için, hasta olduğu için feshe maruz kalan işçiler için de mahkemelerce benzer nitelikte değerlendirme yapılmıştır[725].

Doktrinde işçinin iş mevzuatından kaynaklanan haklarını talep etmesi üzerine sözleşmesinin feshedilmesi, dürüstlük kuralına aykırı bulunmaktadır[726]. İşçinin sosyal güvenlik haklarından yararlanmak için işverene başvurması üzerine fesih dürüstlük

[723] Aykaç, **a.g.e.,** s. 15.
[724] Savaş Taşkent, "Uluslararası Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması,** İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 63-78, s. 64 (Feshe Karşı Koruma).
[725] Campion, **a.g.e.,** s. 175.
[726] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 148-149; Güzel, **Değerlendirme 1993**, s. 75.

kuralına aykırı olacaktır[727]. Teknik destek uzmanı olan işçinin bilgisayarda yedekleme işi yaparken diğer işçilerin ücretlerinin ve zamların yer aldığı belgeyi görmesi ve kendi ücret artışı ile ilgili olumsuz planı amirine bildirmesi nedeniyle sözleşmesinin "gizlilik" gerekçesiyle feshi, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmayacaktır[728]. İsviçre'de de fazla mesai ücretini talep etmesi veya hasta çocuğuna bakması için izin istemesi nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçilere karşı misilleme feshinin varlığı çeşitli kararlarda kabul edilmiştir[729].

Talep konusu hak aynı zamanda toplu iş sözleşmesinden de kaynaklanabilir. Toplu iş sözleşmesiyle düzenlenen ücret zamlarının zamanında ödenmemesi nedeniyle dilekçe yazan işçinin sözleşmesinin, reorganizasyon neden gösterilerek feshedildiği olayda, fesihten önce işçinin hakkını talep etmesi üzerine "cezalandırılacağı" kendisine ihtar edilmiştir[730]. İşverenin fesih hakkını işçileri cezalandırma aracı olarak kullanması, feshin sosyal amacına ve modern hukuk düşüncesine aykırı addedilmelidir. Başka bir kararda toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı yoluyla yararlanmak isteyen işçinin sözleşmesinin feshi de kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir[731].

İşverenin yakında yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülükten kaçınmak amacıyla iş sözleşmesini feshetmesi de kötüye kullanma halidir[732]. Ortaya çıkacak hukuki talepleri engelleme amacı taşıyan bu gibi fesihler, İsviçre BK m. 336/1-c'de kötüye kullanmanın bir görünümü olarak düzenlenmiştir. İşçi daha talebi ileri sürmeden işverenin bu gelecek yükümlülüğü engellemek amacıyla, örneğin işyerinde bir ücret zammı, bir ikramiye verilmesi, yıl sonu ödemesi (*13. Monatslohn*), yeni bir emeklilik planı sunulması gibi işçinin hak ettiği bedellerde bir artış meydana gelmeden

[727] Y9HD, T. 25.12.1984, 1984/10083 E., 1984/11948 K.; Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 149; Süzek, **İş Hukuku,** s. 564; Nitekim bu durum işçiye haklı nedenle derhal fesih hakkı vermektedir, bu yöndeki çeşitli kararlar için bkz. Y9HD, T. 22.10.1986, 1986/8408 E., 1986/9469 K. (Naklen: Güzel, **Değerlendirme 1993**, s. 76); Y9HD, T. 29.12.2010, 2009/913 E., 2010/41802 K.; Y9HD, T. 14.04.2011, 2009/8957 E., 2011/11228 K.; Y9HD, T. 06.07.2010, 2008/33769 E., 2010/22235 K. (www.legalbank.net)
[728] Y9HD, T. 05.10.2017, 2016/24041 E., 2017/15069 K. (www.legalbank.net)
[729] Rehbinder / Stöckli, **a.g.e.,** Knr. 38, s. 270-271.
[730] Y9HD, T. 19.06.1996, 1996/1486 E., 1996/14050 K. (Naklen: Günay, **a.g.e.**, s. 471-472.)
[731] Y9HD, T. 22.01.2001, 2001/519 E., 2001/590 K. (Naklen: Akyiğit, **Şerh,** s. 705.)
[732] Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 397; Saymen, **İş Hukuku**, s. 567.

çok kısa bir süre önce iş sözleşmesinin feshedilmesi bu kapsamda sayılmaktadır. Burada henüz doğmamış ama doğması çok kısa bir süre içinde beklenen bir talep söz konusudur[733] ve kötüye kullanımın tespitinde, işçinin söz konusu artış veya imkândan yararlandırılmasının engellenmesi amacıyla hareket edilip edilmediğine bakılacaktır[734]. Yargıtay toplu iş sözleşmesinde yer alan ikinci yıl zammına kısa süre kala iş sözleşmesi feshedilen işçi bakımından, toplu sözleşmede yer alan hüküm gereğince bildirim süresinde doğacak olan haklardan işçinin yararlanabilir olduğu gerekçesiyle feshin kötüniyet tazminatını gerektirmediği yönünde hüküm kurmuştur[735].

Hamilelik veya hastalık nedeniyle uzun bir süre iş sözleşmesi askıya alınacak işçilerin bu sürecin başlangıcında feshe muhatap olmaları durumunda, doğacak hakları talep etmelerini engelleme düşüncesiyle fesih yapıldığı kabul edilmektedir[736]. Doktrinde Saymen, işçinin askere gideceğine dair bir duyum alan işverenin feshi ihbarını, bir borcu yerine getirmek üzere olmasından ötürü bundan kaçınma amaçlı fesih, yani hakkın kötüye kullanılması olarak örneklemiştir[737]. Yine Yargıtay'ın bazı kararlarında, ihbar süresi içinde doğacak hakların talebinin engellenmesi amacıyla[738] yahut uzun süredir çalışmakta olan bir işçinin sözleşmesini, yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanması öncesinde[739] , işçinin yıllık izne hak kazanmasına kısa bir süre kala[740], yılbaşında yürürlüğe girecek zamdan yararlandırmamak için iki gün kala[741] feshetmesi hallerinde kötüye kullanma olup olmadığı değerlendirilmiştir.

---

[733] Süzek, **İş Hukuku**, s. 564; Rehbinder / Stöckli, **a.g.e.,** s. 268.
[734] Caruzzo, **a.g.e.,** s. 526-527.
[735] Y9HD T. 27.10.1992, 1992/12069 E., 1992/12035 K. (Naklen: Kutal, **Değerlendirme 1992,** s. 50).
[736] Rehbinder / Stöckli, **a.g.e.,** s. 268.
[737] Saymen, **İş Hukuku,** s. 568.
[738] Y9HD, T. 08.04.1991, 1991/990 E., 1991/14473 K. (Naklen: Narmanloğlu, **İş Hukuku**, s. 397, dn. 214)
[739] Y9HD, T. 23.11.1982, 1982/8327 E., 1982/9161 K. (Naklen: Narmanloğlu, **İş Hukuku**, s. 397, dn. 214); Y9HD, T. 08.04.1991,1990/14473 E., 1991/7311 K. (Naklen: Günay, **a.g.e.,** s. 472, dn. 91)
[740] Söz konusu kararda işçinin sözleşmesi feshedilip birkaç gün sonra tekrar işe girişi yapıldığından dürüstlük kuralına aykırılık olduğu yönünde hüküm kurulmuş, kötüye kullanımın korunmaması amacıyla çalışma süresi bir bütün olarak değerlendirilmiştir, bkz. Y9HD, T. 15.09.2008, 2008/17451 E., 2008/23727 K. (www.legalbank.net)
[741] Bu kararda kötüniyet yoktur denilmiş, kötüniyet tazminatı talebi reddedilmiş ancak fark ihbar tazminatına karar verilmiştir, bkz. Y9HD, T. 20.05.1997, 1997/5862 E., 1997/9454 K. (www.legalbank.net)

Türk İş Hukukuna özgü olarak işçinin kıdem tazminatı talep hakkının doğmasına çok az bir süre kala feshine de kısaca değinmek gerekir. Kural olarak işçinin işyerinde veya aynı işverenin işyerlerinde çalıştığı sürenin en az bir yıl olması gerekir ki kıdem tazminatına hak kazanabilsin. Doktrinde, işverenin bu talebi engellemek amacıyla iş sözleşmesini feshetmesi durumunda, fesih hakkının kötüye kullanmasının söz konusu olacağı ileri sürülmektedir[742]. Eski tarihli bir kararında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, feshin kıdem tazminatından yararlandırmamak amacıyla yapıldığının kanıtlanması gerektiğini, aksi taktirde yalnızca kıdemin dolmasına birkaç gün kala feshedilmesinin kötüye kullanma sayılmayacağına hükmetmiştir[743]. Narmanlıoğlu, bu durumda dürüstlük kuralına aykırılığı düzenleyen 818 sayılı eBK m. 154'e -günümüzde yürürlükte olan TBK m. 175- atıf yaparak, yapılan feshi ihbarın kıdem süresinin dolmasına engel olmayacağını ve işçinin kıdeme hak kazanacağını beyan etmektedir[744]. Kıdem tazminatı tavan sınırında katsayı artışından 18 gün önce yapılan fesih ise, Yüksek Mahkeme tarafından kötüniyetli addedilmemiştir[745].

(ii) İşçinin Şikayeti Yahut İdari Makamlara Başvurması veya Dava Açması Nedenine Dayanan Fesihler

Türk Hukukunda Yargıtay kararlarına konu olmuş birçok olayda işveren, işçinin idari makamlara başvurusu yahut bir hakkı dava yoluyla ileri sürmesi sonucu iş sözleşmesini feshetmiştir[746]. Bu hallerde fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddia edilerek, kötüniyet tazminatı talep edilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere işçinin

[742] Hasan Nüvit Gerek, "İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-Usulsüz Fesih-Kötü Niyetli Fesih", **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, S:2, 2015, s. 9 (Haksız Fesih); Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 149; Süzek, **İş Hukuku**, s. 564, 755; Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 254.
[743] Y9HD, T. 30.03.1984, 1984/3371 E., 1984/3293 K. (Naklen: Akyiğit, **Şerh,** s. 735).
[744] Ünal Narmanlıoğlu, **Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, s. 153-154 (Kıdem); Karş. bkz. Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1133-1134.
[745] Y9HD, T. 10.10.1994, 1994/8993 E., 1994/13826 K. (Naklen: Tuncay, **Değerlendirme 1994**, s. 42)
[746] İşçinin şikayeti nedenine dayanan fesihlere dair bazı kararlar için bkz. Şahlanan, **Feshe Karşı Koruma**, s. 150-151'deki kararlar; Süzek, **İş Hukuku**, s. 563, dn. 98'deki kararlar.

şikayeti, 4857 sayılı İşK'den önceki iş kanunlarında da kötüye kullanımın bir örneği olarak sayılmaktaydı.

İşçinin çalışma koşullarının ağırlığı ve işçilik haklarının ödenmemesi nedeniyle Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne yaptığı şikâyet sonucu sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda çeşitli kararlarda kötüniyetin varlığı kabul edilmiştir[747]. İşçinin işçilik alacaklarını talep etmesi için dava açması üzerine işverenin çalışma şartlarını zorlaştırarak asıl görevi olmayan temizlik işlerinin davacıya verildiği, feshe zorlandığı, en sonunda da işverenin derhal fesih yoluna gittiği bir olayda Yüksek Mahkeme; dava açılması nedeniyle çalışma şartlarının ağırlaştırılması ve sözleşmenin feshedilmesinin, kötüniyet tazminatına hak kazanılacak haller arasında olduğuna hükmetmiştir[748]. Benzer bir başka kararda işçi, kendi taşınmazına aynı zamanda işvereni olan belediye tarafından kamulaştırmasız el atılmasının akabinde Cumhuriyet Savcılığına şikayette bulunmuş, bu şikayetinin ardından önce şoförlükten çöp toplama işine görevlendirilmiş, ardından sözleşmesi feshedilmiştir. Burada Yüksek Mahkeme, feshin kötüniyetli olduğunu kabul etmiştir[749]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında sırf şikâyet etmenin üzerine feshin gerçekleşmiş olmasını yeterli bulmuş, şikâyetin haklı veya haksız olmasını önemsememiştir[750].

Başka bir işçi tarafından açılan davada tanıklık yapan işçinin sözleşmesinin feshedilmesi de bu kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir[751]. İş kazası geçirmesi nedeniyle işvereni Cumhuriyet Başsavcılığına şikayet eden işçinin sözleşmesi feshedilirse, kötüniyet tazminatına hak kazanacağı yönünde karar verilmiştir[752]. Yüksek Mahkeme, sigortasız çalıştırıldığı için SGK'ya başvuruda bulunan ve Kurumun teftişiyle bu durumun tespit edilmesi sonucu feshe uğrayan işçinin kötüniyet

[747] Saymen**, İş Hukuku**, s. 608; Güzel, **Değerlendirme 1993**, s. 75; Y9HD, T. 28.01.2010, 2008/14537 E., 2010/1464 K.; Aynı yönde, Y9HD, T. 30.05.2012, 2010/9575 E., 2012/19046 K. (www.legalbank.net); Y22HD, T. 20.01.2016, 2014/35219 E., 2016/1252 K.
[748] Y9HD, T. 09.07.2018, 2015/20878 E., 2018/14951 K. (www.lexpera.com)
[749] Y9HD, T. 30.09.2004, 2004/4860 E., 2004/21081 K. (www.legalbank.net)
[750] YHGK T. 17.02.1965, 4/410 E., 66 K. (Naklen: Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s. 398); Ayrıca bkz. Ekonomi, **İş Hukuku,** s. 188.
[751] Y9HD, T. 22.04.2002, 2002/874 E., 2002/8770 K. (www.legalbank.net)
[752] Y9HD, T. 08.01.2019, 2016/461 E., 2019/294 K. (www.legalbank.net)

tazminatı talebinin de kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. İşverenin işçiye feshin ardından "geri dön" çağrısı yapması, feshin sonuçlarını ortadan kaldırmayacaktır[753].

İşçinin aynı işyerinde daha önceki çalışmasından doğan alacaklarını dava yoluyla talep etmesi üstüne yeniden işe alınmış; işçi bu esnada davayı takip etmemiştir. Davanın yenilenmesi üzerine iş sözleşmesi yenilemeden itibaren on beş gün içinde feshedilmiştir. Bu durumda Yargıtay, dava açılmasının üstüne iş sözleşmesi feshedildiğinden kötüniyetin varlığını kabul etmiştir[754]. Bir başka olayda da işçinin sigortalılığının bildirilmemesi nedeniyle Bakanlığa şikayet etmesi ve hizmet tespit davası açmasından altı gün sonra sözleşmesi feshedilmiş, kötüye kullanıldığı yönünde hüküm kurulmuştur[755].

İşçinin yalnızca kendisi değil, yakınlarının işverene bir şikayet veya dava yöneltmeleri nedenine dayanarak iş sözleşmesi feshedilemez. Doktrinde işçinin eşinin, işverene herhangi bir sebeple dava açmasının feshe konu edilemeyeceği ifade edilmektedir[756]. İşçinin eşinin Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne yaptığı şikayet nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi de Yargıtay'ca hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir[757].

c. İşçiyi Cezalandırmak veya Sözleşmeyi Feshetmek Amacıyla Yapılan Çalışma Koşulu Değişiklikleri ve Değişiklik Feshi

Yukarıda açıklandığı üzere sözleşmelerin devamı süresince yeni şartlara ayak uydurulması amacıyla değişiklik gereksinimi doğabilir. Nitelik itibariyle bir uyarlama olan sözleşme değişikliği için, tarafların anlaşması gerekir[758]. İş sözleşmesinde

[753] Y9HD, T. 25.12.2009, 2008/11827 E., 2009/37053 K. (www.lexpera.com)
[754] Y9HD, T. 21.01.1998, 1997/19611 E., 1998/299 K. (Naklen: Sarper Süzek, "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararının Değerlendirilmesi**, İstanbul, 2000, s. 91 (Değerlendirme 1998)).
[755] Y22HD, T. 02.03.2016, 2014/33470 E., 2016/6083 K. ve kararın değerlendirmesi için bkz. Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2016,** s. 413.
[756] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 97.
[757] Y9HD, T. 11.03.1998, 1998/2357 E., 1998/4701 K. (Naklen: Süzek, **Değerlendirme 1998**, s. 92); Akyiğit, **Şerh,** s. 732.
[758] Mustafa Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara, Seçkin, 2005, s. 23-24 (Değiştirilme).

değişikliğin nasıl yapılacağı hususu uzun yıllar doktrinde tartışma konusu olmuş ve bu konudaki pozitif düzenleme ihtiyacı, İşK m.22 ile giderilmiştir. Bu hüküm, iş ilişkisinin devamı süresince değişiklik ihtiyacı doğduğu takdirde tarafların anlaşarak bu ihtiyaçları karşılamasını sağlamakta ve anlaşmanın sağlanamadığı durumlarda hangi yolun izleneceğini göstermektedir[759]. İş sözleşmesinin uyarlanması için emredici normlarla düzenleme yapılmasının amacı, işverenin güçlü pozisyonu gereğince bu değişiklikleri tek başına yapmasını ve işçi aleyhine olan değişiklikleri işçinin rızası olmaksızın uygulamaya koymasını engellemektir. Ayrıca işverenler değişiklik tekliflerini, feshe karşı koruma düzenlemelerini dolanmak amacıyla kullanabilmektedirler[760].

İşveren, yönetim hakkı yoluyla işyerindeki işçilerin hangi birimlerde çalışacaklarını, vardiyaları, fazla çalışmaları, kendi organizasyonu içinde düzenleyebilmekle beraber; bu hak da her hak gibi dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır[761]. Doktrinde İşK m. 22'yle, işverenin yapmak istediği tek taraflı değişikliklerin işçiyi bağlamayacağının düzenlendiği; maddenin ifadesinden "*esaslı değişiklik*" olarak adlandırılan değişikliklerin "*işverenin yönetim hakkı kapsamında olmayan değişiklikler*" olduğunun anlaşıldığı ifade edilmiştir[762]. Yargıtay'a göre de işçinin durumunun ağırlaştığı hallerde esaslı değişiklikten bahsedilebilecektir[763]. Her

[759] Kübra Doğan Yenisey, "Çalışma Koşullarında Değişiklik", **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 104 (Değişiklik).
[760] Doğan Yenisey, **Değişiklik,** s. 105-107.
[761] Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", **Çimento İşveren Dergisi**, C: 18, S: 5, Eylül 2004, s. 52-62, s. 56 (Esaslı Şartlar); Gülsevil Alpagut, "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları", **Legal İSGHD**, C:3, S:9, 2006, s. 49-64, s. 51 (22. Madde); Fatih Uşan, "4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", **DEÜHFD**, C:9, 2007, s. 211-271, s. 217 (Değişiklik Feshi).
[762] Doğan Yenisey, **Değişiklik**, s. 112; Alpagut, **Esaslı Şartlar,** s. 56; Alpagut, **22. Madde**, s. 51; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s. 475; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 389; Ramazan Yücel, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi", **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:3 S: 1, Haziran 2017, s. 49-67, s. 53.
[763] Alpagut, **Esaslı Değişiklik**, s. 106. "*İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur*", bkz. Y9HD, T. 20.10.2016, 2016/20266 E., 2016/18213 K. (Legal İSGHD, C: 14, S: 54, 2017, s. 870).

iş sözleşmesinde her işçi için durumu ağırlaştıran esaslı değişikliğin ne olduğu, somut olaya göre ayrı ayrı tespit edilecektir[764].

İş sözleşmelerinde yer alan bazı hükümler, işverenin daha sonra ihtiyaç duyulduğu takdirde çalışma şartlarını değiştirmesine imkan verecek şekilde düzenlenmektedir[765]. Sözleşme kayıtları ile değişikliğin saklı tutulması halinde işverenin yönetim hakkı dışında olan bir husus, bu hakkın kapsamına dahil edilmiş olur; bu nedenle "*genişletilmiş yönetim hakkı*" olarak isimlendirilmiştir[766]. Genişletilmiş yönetim hakkı, işverene her değişikliği değil, dürüstlük kuralı kapsamındaki değişiklikleri yapma fırsatı sağlamaktadır[767].

İşverenin kimi durumlarda sırf fesih hakkını kullanmak için değişiklik teklifinde bulunduğu ya da mevcut sözleşme kayıtlarını öne sürdüğü, böylece fesihte geçerli yahut makul neden bariyerini aşmaya çalıştığı görülmektedir. İşverenin, işçiyi

---

[764] Uşan, **Değişiklik Feshi,** s. 220; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 612; Karademir, **a.g.e.,** s. 81.

[765] Tip iş sözleşmeleri veya iç yönetmelik gibi düzenlemelerle getirilen sözleşme kayıtlarının geçerliliği doktrinde oldukça tartışmalı bir konudur. Kayıtların geçersiz olduğu yönünde bkz. Güzel, **İş Güvencesi**, s. 120; Süzek, **İş Hukuku,** s. 681; Kural olarak geçerli olduğu ve MK m. 2 denetimine tabi olacağı yönünde bkz. Alpagut, **Esaslı Şartlar,** s. 59; Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010,** Ankara, Kamu-İş, 2012, s. 1-82, s. 54 (Değerlendirme 2010); Gaye Baycık, "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", **AÜHFD**, C: 61, S:2, 2012, s. 487-504, s. 489 (Nakil Yetkisi); Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s. 74; Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 227; İçerik denetimine tabi tutulması gerektiği yönünde, bkz. Mustafa Alp, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S: 3, Eylül 2006, s. 37-53, s. 41-42 (Değişiklik Kayıtları); TBK'nın yürürlüğe girmesiyle m. 24 uyarınca yazılmamış sayılması gerektiği görüşünde, bkz. Duygu Çelebi Demir, "İşçinin İşyeri Değişikliğine Sonradan İtirazı – Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.06.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi-", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S: 44, 2020, s. 164-189, s. 182.

[766] Taşkent, **Yönetim Hakkı,** s. 19; Alp, **Değişiklik Kayıtları,** s. 37; Y9HD, T. 11.07.2008, 2007/21854 E., 2008/19962 K.; Y22HD, T. 07.11.2013, 2013/18938 E., 2013/23653 K.; Y22HD, T. 27.02.2018, 2017/11252 E., 2018/5151 K. (www.legalbank.net)

[767] Doktrinde Alpagut, asıl sorunun kaydın geçerliliğinden ziyade kötüniyetli uygulamalara karşı işçinin korunması olduğunu ifade etmiştir, bkz. Alpagut, **Esaslı Şartlar,** s. 59; Yapılan değişikliğin her somut olay için dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünde, bkz. Şahlanan, **Değerlendirme 2008**, s.. 179. 2006 tarihli bir kararında Yargıtay, henüz açılıp açılmayacağı kesin olmayan ve çok uzak bir ilde yer alan bir başka şubede, işçinin sözleşmesel kayda dayanarak neden gösterilmeksizin görevlendirilmesini nakil yetkisinin kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir, bkz. Y9HD, T. 06.02.2006, 2006/835 E., 2006/2400 K. ve kararın değerlendirmesi için bkz. Kübra Doğan Yenisey, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, Ankara, TİSK, 2009, s. 9-99, s. 48-49 (Değerlendirme 2006); Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 391. Alman hukukunda değişiklik kayıtlarına geçerlilik tanındığı ve fakat içerik denetimine olacağı BGB **§** 308/4 ile açıkça düzenlenmiştir, bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s. 76.

feshe zorlamak yahut kendisi feshi kolaylaştırmak amacıyla sözleşmesel kaydı ileri sürerek değişiklik yapması durumunda, yönetim hakkının kötüye kullanıldığından bahsedilebilecektir[768], nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermektedir. Kararlarda bu durum "*işçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir*" olarak ifade edilmiştir[769]. 2007 tarihli bir kararda raporlu olduğu süre sonunda "*sözleşmesindeki görev tanımı gereği*" satın alma biriminden alınıp santralde görevlendirilen, ancak rapor sonrası eski görevine geldiğinde işe alınmayan işçi için santral bölümüne gelmemesi nedeniyle hakkında devamsızlık tutanağı tutulmuştur. Yargıtay, burada işverenin eylemli feshi olduğunu tespit etmiştir[770]. Doğum izni ve ardından kullanılan ücretsiz izin sonrası alt görevde veya farklı departmanda görevlendirme teklif edilen ve eski işine alınmayan kadın işçinin, kabul etmediği değişiklik üzerine feshi geçersiz fesih olarak nitelendirmiş, kararda şu ifadeler kullanılmıştır: "*her ne kadar nakil yetkisi sözleşme ve yönetmelikten kaynaklanmakta ise de, bu nakil yetkisinin kötüye kullanıp kullanılmadığının keyfilik ve nesnellik açısınan denetime tabi tutulması gerekir. Zira işverenin sözleşme ve yönetmelikten kaynaklanan değişiklik yapma yetkisi sınırsız değildir. Bu yetkinin keyfi kullanılmaması gerekir*[771]". Doktrinde özellikle işçiyi cezalandırmak amacıyla yapılan işyeri değişikliğinin geçerli olmadığı, bu durumda işçinin söz konusu değişikliğe uymak zorunda olmadığı ifade edilmiştir[772].

Çalışma koşullarındaki değişiklik teklifleri, işçilerin temel hak ve özgürlükleri gözetilerek yapılmalıdır; örneğin işçinin anayasa ile korunan dinlenme hakkından yararlanmasını kısıtlamak, koşulların ağırlaştırılması anlamını taşır[773]. Ayrıca belirtmek gerekir ki işveren, işçinin özel hayatına dair koşulu işçiye dayatamayacaktır. İşçinin hamile kalmaması, evlenmemesi, boşanmaması, ilişki yaşamaması, dinini değiştirmesi gibi koşullara iş sözleşmesinde yer verilmesine geçerlilik tanınmadığı

[768] Alpagut, **Esaslı Değişiklik**, s. 107.
[769] Y9HD, T. 07.07.2008, 2007/24548 E., 2008/19209 K.; Y9HD, T. 18.01.2012, 2009/37886, 2012/812 K; Y9HD, T. 07.07.2008, 2007/24548 E., 2008/19209 K; Y9HD, T. 04.02.2020, 2016/12390 E., 2020/1393 K; Y9HD, T. 10.12.2020, 2016/30514 E., 2020/18056 K. (karararama.yargitay.gov.tr)
[770] Y9HD, T. 22.10.2007, 2007/17135 E., 2007/30948 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007,** s. 109.
[771] Y9HD, T. 07.01.2019, 2018/5051 E., 2019/117 K. (www.legalbank.net)
[772] Alpagut, **Esaslı Değişiklik**, s. 107.
[773] Y9HD, T. 20.10.2016, 2016/20266 E., 2016/18213 K. (Legal İSGHD, C: 14, S: 54, 2017, s. 864)

gibi buna ilişkin bir değişiklik kaydı da geçerli değildir[774]. Böyle bir durumda değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi kişilik haklarına aykırıdır ve Anayasal temel hak ve özgürlüklerin zedelenmesi söz konusudur[775].

İşveren görev değişikliklerini de işçinin temel hak ve özgürlüklerini kullanmasını engellemek yahut bu hakları kullandığı için cezalandırmak amacıyla yapamaz. İşçinin basın toplantısına katılması nedeniyle ihtar cezası verilmesi ve hemen ardından nakil yetkisini kullanmasının, işçiyi cezalandırmak amaçlı yapılmış olduğu, 2007 tarihli Yüksek Mahkeme kararıyla ortaya koyulmuştur[776]. Yargıtay'ın 2011 tarihli bir kararında işçiye doğum izni dönüşünde bir alt görev teklif edilmiş, bu esnada yerine başka işçi alınmış, ardından işçinin görev değişikliğini kabul etmemesi nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmiştir. İşçi işe iade davası açmış, ancak işverence işe başlatılmamıştır. Davacı, 37 yaşında ve 2 çocuk annesi olduğundan mevcut koşullarda iş bulmasının zorluğuna değinerek ayrımcılık tazminatı ve yoksun kalınan haklarını talep etmiştir. Kararda oldukça detaylı bir değerlendirme yapılarak ayrımcılık tazminatı koşullarının mevcut olduğuna karar verilmiştir[777]. Bir başka kararda ise sendikal faaliyet nedeniyle işçinin görev yerinin değiştirilmesi durumunda, işverence geçerli sebep ispatlanamadığından bu değişikliğin sendikal nedenle yapıldığına kanaat getirilmiştir[778].

İşçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen esaslı değişikliğin işverence uygulanmaya konulması, kural olarak işçiyi bağlamamaktadır. Örneğin işçilerin ücretlerinin düşük yatırılmasına yönelik teklif, işçi aleyhine olduğundan esaslı değişikliktir ve kural olarak yönetim hakkı kapsamında tek başına alınabilecek bir karar değildir; buna karşılık işverenin teklifi kabul etmeyen işçilerin ücretlerini eksik yatırması durumunda işçinin çalışma ilişkisi devam ettiği sürece ücretin düşük yatırılmasına itiraz etmemesi, bu değişikliği zımnen kabul ettiği

[774] Alp, **Değişiklik Kayıtları,** s. 44.
[775] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 194.
[776] Y9HD, T. 24.09.2007, 2007/13498 E., 2007/27926 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007,** s. 142.
[777] Y9HD, T. 29.11.2011, 2009/19835 E. 2011/46440 K. (www.legalbank.net)
[778] Y9HD, T. 18.10.2016, 2016/21496 E., 2016/18096 K. (Legal İSGHD, C: 14, S: 54, 2017, s. 873-876)

anlamına gelmeyecektir[779]. Buna karşılık Yargıtay'ın ücret niteliğinde olmayan çalışma koşullarındaki esaslı değişiklikler bakımından farklı kararları mevcuttur. İşyeri değişikliğinden uzun bir süre sonra değişikliğin zımnen kabul edildiği yönündeki kararlar doktrinde eleştirilmekteydi[780]. 2020 tarihli bir kararında genel merkezden başka bir banka şubesinde görevlendiren, genel merkezde sahip olduğu servis imkanını yitiren, çalıştığı yeni şubede servis sağlanmayan ve yol parası da ödenmeden sekiz ay süreyle çalışan işçi için değişikliğin zımnen kabul edilmediği yönünde hüküm kurulmuştur[781].

İşK m. 22 hükmü, değişikliğin kabul edilmemesi halinde eski koşullarla sözleşmeyi sürdüremeyeceğini ileri süren işverene fesih hakkı tanımaktadır[782]. Değişiklik feshi olarak adlandırılan bu durumla değişikliğin keyfi olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini tespit etmek için iki aşamalı denetim yapılmaktadır. İlk aşamada işverenin değişiklik teklif edilen hususun geçerli olup olmadığı, geçerli ise eğer ikinci aşamada, buna muhatap olan taraftan dürüstlük kuralı uyarınca değişikliği kabul etmesinin beklenip beklenmediği incelenmektedir[783]. Elbette bu inceleme, İşK m. 18 vd. hükümleri kapsamında dava açan işçiler bakımından yapılır. İş güvencesi olmayan işçiler bakımından değişiklik feshinin nasıl değerlendirileceği ise tartışma konusudur. Doktrinde bir görüşe göre iş güvencesi olmayan işçiler İşK m. 22/2 uyarınca altı işgünü içinde 24/II-f uyarınca haklı nedenle derhal fesih yoluna başvurmalıdırlar, aksi halde değişikliği kabul etmiş

---

[779] YHGK, T. 05.04.2017, 2015/3053 E., 2017/608 K.; YHGK, T. 05.04.2017, 2015/3055 E., 2017/610 K. (www.legalbank.net)

[780] Ömer Ekmekçi, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003**, Ankara, Türk-İş, 2005, s. 9-57, s. 33 (Değerlendirme 2003); Ali Güzel, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara, Türk-İş, 2007, s. 11-71, s. 17 (Değerlendirme 2005).

[781] Y9HD, T. 24.06.2020, 2016/18207 E., 2020/6369 K. (www.legalbank.net)

[782] Uşan, **Değişiklik Feshi**, s. 214.

[783] "*İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada fiilen teklif edilen sözleşme değişikliğinin kanuna, toplu iş sözleşmesine ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenip beklenemeyeceğinin, bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir. Diğer bir anlatımla ikinci aşamada değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla somut olayın özelliklerine göre ölçülülük denetimi yapılmalıdır. Değişiklik feshi, ancak çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise (ultima-ratio) gündeme gelebilir."* Y7HD, T. 06.03.2014, 2013/8710 E., 2014/5492 K. (Çalışma ve Toplum, 2015/1)

sayılacaklardır[784]. Kanımızca, iş güvencesi olmayan işçiler açısından susmanın kabul anlamına geldiğini kabul etmek, oldukça ağır bir yaptırımdır[785]. Değişikliğin kabul edilmemesinin olumsuz sonuçlarına katlanan taraf, işçi olmamalıdır.

4857 sayılı Kanun öncesi dönemde de dürüstlük kuralı uyarınca, aleyhine değiştirilen çalışma koşullarının işçiye uygulanabilmesi için, öncelikle işçi tarafından kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir[786]. Hatta toplu iş sözleşmelerine, değişiklik için işçinin rızasının aranacağına ilişkin hükümler eklenmekteydi[787]. Geçmişte değişikliği kabul etmeyen ve koşulları ağırlaşan işçi, yalnızca derhal fesih yoluna giderek kıdem tazminatı talebinde bulunabilmekte[788], ancak fesih yoluna gidilmesi işçinin işini kaybetmesine neden olduğundan, problemi çözmemekteydi. İşK m. 22 düzenlemesi, geçmişten gelen bu eleştirilere yönelmiş bir çözüm; dar anlamda değil, geniş anlamda iş güvencesinin bir parçası olarak yorumlanmalıdır. Bu nedenle tek taraflı değişikliklere karşı koruma, yalnızca İşK m. 18 kapsamındaki işçilere hasredilebilecek bir güvence olarak değerlendirilemez[789].

Kanunun düzenlenme biçimi de bu yönde bir yorumu mümkün kılmaktadır. Öncelikle çalışma koşullarının uygulanmaması durumunda tüm işçilere haklı nedenle derhal fesih hakkı tanınması, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından koşulların keyfi olarak değiştirilemeyeceğinin göstergesidir. Ayrıca 22. maddede işçinin "*17 ila 21nci madde hükümlerine göre dava açma hakkı*"ndan söz edilerek, işçi

---

[784] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 394; Göktaş, **a.g.e.,** s. 145.
[785] İş güvencesi sistemi getirilmeden önce doktrinde, işçinin değişiklik teklifi üzerine fesih hakkını kullanmaması halinde değişikliği kabul ettiğinin ileri sürülmesinin adaletsiz bir sonuç doğuracağı ileri sürülmüştür, bkz. Taşkent, **Yönetim Hakkı,** s. 127-128.
[786] Ekonomi, **İş Hukuku,** s. 119.
[787] Ekonomi, **İş Hukuku,** s. 119-120; Bu yönde bir karar için bkz. Y9HD, 09.12.1981, 1981/12567 E., 1981/14589 K., kararın incelemesi için bkz. Ulucan, **İHU**, s. 2-3 .
[788] Yüksek mahkeme, çalışma koşulunda esaslı değişiklik yapıldığı için sözleşmesini derhal fesheden işçinin kötüniyet tazminatı talebini reddetmiştir, bkz. Y9HD, T. 11.02.1992, 1991/12908 E., 1992/1250 K. (Naklen: Kutal, **Değerlendirme 1992,** s. 55). 1475 sayılı Kanun döneminde istisnai olarak bir Yargıtay kararında değişikliğin kabul edilmemesi halinde işçinin değil işverenin feshi olarak değerlendirme yapıldığı yönünde, bkz. Uşan, **Değişiklik Feshi**, s. 211-212, dn. 1.
[789] Alpagut, **22. Madde**, s. 54; Süzek, **İş Hukuku,** s. 673; Deniz İş Kanunu'na tabi olan gemiadamları bakımından dürüstlük kuralı gereğince çalışma şartlarının işveren tarafından tek taraflı olarak değiştirilemeyeceği hakkında bkz. Göktaş, **a.g.e.,** s. 214-215. Buna karşılık yazar, İşK kapsamında olan ancak iş güvencesi olmayan işçiler bakımından aynı görüşte değildir, karş., **a.e,** s. 144. Doktrinde Uşan da, Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler için İşK m. 22'nin uygulama alanı bulmayacağını ifade etmiştir, bkz. Uşan, **Değişiklik Feshi**, s. 216.

değişikliği kabul etmediği takdirde feshin işverence yapılacağına işaret edilmekte, işçinin iş güvencesinde olsun yahut olmasın, kendi koşulları uyarınca dava açma hakkı olduğu ifade edilmektedir. Bir diğer deyişle, değişiklik denetiminin yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçiler için yapılabileceğini söylemek mümkün değildir, buna karşılık iş güvencesi olmayan işçilerin 17. madde kapsamında koşulları oluşan ihbar ve kötüniyet tazminatlarını talep etme imkanları doğmaktadır[790].

Mahkemeler, iş güvencesindeki "geçerli neden"lerin dolanılmaması amacıyla ilk aşamada bu nedenin varlığını tespit etmektedirler. Ancak ikinci aşamadaki "*işçiden beklenebilir olma*" kriteri TMK m. 2'ye dayanır[791]. Kanımızca bu denetim tüm işçiler açısından geçerlidir; çünkü yapılan denetim, haklı beklentilerin tespitidir. Dürüstlük kuralı uyarınca işçiden kabulü beklenebilir nitelikte olmayan değişiklikler, keyfi değişiklikler olarak addedilebilecektir. Bununla birlikte, kendisine dayatılan çalışma koşuluna karşılık feshin cezalandırılma amacıyla yapılması halinde[792], işçinin kötüniyet tazminatı talebi mümkün olmalıdır[793]. Bir kararında Yargıtay, "*İşverenin hastalık sebebine dayalı olmasa dahi yönetim hakkı kapsamında işçinin çalıştığı işi ve işyerini değiştirme yetkisi mevcut olup bu yetkinin kullanılmasının iş koşullarında aleyhe değişiklik sonucunu meydana getirmesi halini karşılayan yaptırımlar mevcut olup bu yaptırımlar arasında kötüniyet tazminatı yer almaktadır"* ifadesiyle, bu durumda kötüniyet tazminatının talep edeceğini ifade etmektedir[794].

[790] Murat Engin, "İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Kararı Değerlendirmesi", **Legal İSGHD**, C:1, S:2, 2004, s. 543 (Ücretsiz İzin); Alpagut, **22. Madde**, s. 55; Uşan, **Değişiklik Feshi**, s. 215; Süzek, **İş Hukuku,** s. 674.
[791] Alpagut, **Değerlendirme 2010**, s. 54.
[792] Yargıtay, 2019 tarihli bir kararında kamu işyerinde çalışan işçinin, iddiaya göre cezalandırma amacıyla verilen nakil kararına karşı hukuka aykırılık tespitinin yapılabileceğine karar vermiştir. Kanımızca bu görüş, iş güvencesi olmayan işçiler için de sürdürülmelidir, bkz. Y9HD, T. 10.01.2019, 2017/8951 E., 2019/641 K.
[793] İsviçre Federal Mahkemesi, değişiklik feshinin bu şekilde uygulanmasını *sui generis* bir kötüye kullanım hali olarak tanımlamaktadır, doktrinde ise bunun misilleme feshinin bir türü olduğu ileri sürülmektedir, bkz. Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 656.
[794] Y9HD, T. 03.12.2010, 2008/42575 E., 2010/42575 K. (www.legalbank.net)

d. Deneme Süresi İçinde Yapılan Fesih

Kural olarak iş sözleşmelerinde deneme süresi kararlaştırılabilir ve taraflar, bu sürede işe uyum konusunda kendilerini ve muhatabı değerlendirirler[795]. Kanuna göre bu süre en çok iki ay olabilecek, toplu iş sözleşmesiyle bu süre dört aya kadar uzatılabilecektir[796]. Deneme süresi, İşK, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve TBK'da yer almakta, tüm kanunlarda taraflara, bu sürede tazminatsız ve bildirimsiz fesih imkanı tanımaktadır[797].

İşverenin kural olarak deneme süresinde fesih sebebini belirtmesine gerek olmamakla birlikte, sebebin belirtildiği hallerde yahut muhatabın kötüye kullanmayı ileri sürdüğü hallerde bu değerlendirmenin yapılması gerekmektedir[798]. İşçinin iş ile bağdaşmayan kişilik özelliklerinin feshe konu edilmesi, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi, sendikal hakların kullanılması[799], işvereni şikayet, sosyal güvenlik hukukundan doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin istenmesi[800], iş sağlığı güvenliği veya ücretinin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması[801] gibi sebepler, deneme süresinde bir işçinin iş sözleşmesinin feshi için sebep oluşturmamalıdır[802]. İsviçre'de 2007 yılında verilen bir karar[803] sonrasında,

---

[795] Faruk Barış Mutlay, "4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmelerine İlişkin Sorunlar ve Sözleşmenin Tazminatsız Sona Erdirilmesinin Anlamı", **Legal İSGHD**, C:16, S:61, 2019, s. 39-79, s. 41.

[796] Deneme süresi kayıtlarının işveren tarafından kötüye kullanılabileceği ve kısa süreli işçi ihtiyacını karşılamak amacıyla kullanılabileceği yönünde, bkz. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:11, S:2, Temmuz 2012, s. 47-84, s. 47 (Deneme Süreli).

[797] Mutlay, **a.g.m.,** s. 42.

[798] Y9HD, T. 11.05.2009, 2009/15921 E., 2009/13019 K (www.sinerjimevzuat.com); Mutlay, **a.g.m.,** s. 64-65.

[799] Y9HD, T. 20.06.2006, 2006/15239 E., 2006/18198 K, (www.sinerjimevzuat.com) bu kararda Yüksek Daire hiçbir inceleme yapmaksızın, deneme süresinde ücret dışında bir talepte bulunulmayacağı gerekçesiyle sendikal tazminat yönündeki yerel mahkeme kararını bozmuştur.

[800] Uygulamada işverenler, işçilerin sosyal güvenlik kurumuna bildirimini deneme süresi sonunda yapmakta, işçi deneme süresince sosyal güvenlik haklarından mahrum kalmaktadır,

[801] Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s. 47.

[802] Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Deneme Süreli**, s. 75.

[803] ATF T. 28.11.2007, 134 III 108, 110.

deneme süresi sonunda ileri sürüldüğünde hakkın kötüye kullanılması oluşturacak bir feshin, deneme süresinde de aynı şekilde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir[804].

Doktrinde Mutlay, feshin deneme süresinde sendikal nedene dayanarak yapılması halinde işçinin hem feshin geçersizliğinin tespiti davası açabileceğini, hem de sendikal tazminat talebinde bulunabileceğini ifade etmiştir[805]. Yargıtay 2014 tarihli bir kararında, deneme süresinde de olsa sendikal nedene dayanan feshin toplu sözleşme düzenine aykırı ve örgütlenme özgürlüğü teminatına ilişkin tutuma ters nitelikte olduğunu belirtmiştir[806]. Kanımızca işçinin sendika işyeri temsilcisi olma durumunda da, temsilcilere özgü güvenceden yararlanabilmesi bakımından deneme süresinde olup olmaması bir önem teşkil etmeyecek, aynı koruyucu yaklaşım temsilci güvencesine de uygulanacaktır.

Bir görüşe göre, işverenin deneme süresi içinde kendisine tanınan bildirimsiz fesih hakkını kullanmayacağını belirttikten ve işçide buna dayanan bir güven oluşturduktan sonra çelişkili davranarak fesih hakkını kullanması da kötüye kullanma kapsamında değerlendirilmelidir[807]. Deneme süresinde işverenin fesih hakkını kötüye kullanması halinde işçi, kötüniyet tazminatı talep edebilmelidir[808].

e. İşçinin Feshi

İşçinin de fesih hakkını kötüye kullanması mümkündür[809]. Bazı hukuk sistemlerinde bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır. İsviçre hukukunda kötüniyetli fesih halleri yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere hem işçi hem de işveren açısından eşit olacak şekilde düzenlenmiş ve aynı yaptırıma tabi tutulmuştur. Fransız

[804] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 625.
[805] Mutlay, **a.g.m.,** s. 68-69. İşçinin aynı işyerinde tekrar çalışmaya başlaması ve bu sözleşmede yer alan deneme kaydının geçersiz oluşu, deneme süresi denilen sürede sendikal nedene dayanan feshi de yargılama konusu olmuştur, bkz. Y9HD, T. 13.10.2008, 2008/36062 E., 2008/26704 K. (www.sinerjimevzuat.com)
[806] Y9HD, T. 15.09.2014, 2014/21141 E., 2014/26665 K. (www.legalbank.net)
[807] Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Deneme Süreli**, s. 75.
[808] Mutlay, **a.g.m.,** s. 72.
[809] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 98.

İş Kodu 1237-2. maddesinde açıkça fesih hakkının işçi tarafından kötüye kullanılması halinde işverenin zararını talep edebileceğine hükmedilmiştir[810]. Ancak hangi hallerin kötüye kullanma teşkil edeceğini belirtmekten kaçınılmıştır.

Fransız Hukukunda işçinin feshinin hakkın kötüye kullanılması denetimine tabi olduğu ifade edilmektedir[811]. 1988 tarihli bir kararında Fransız Yargıtayı, işçinin rakip bir başka şirketle süreklilik arz edecek şekilde bağlantıda olması ve ihbar süresi içinde iş performansında savsaklama nedeniyle düşüş olmasının, kötüye kullanmanın varlığını göstereceği görüşündedir[812]. Bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminatın işletmeye verilen zararı karşılamadığı hallerde veya işçinin işyerini terk etmede kusurlu olduğu durumlarda Sosyal Daire, işçinin fesih hakkını kötüye kullandığına yönelik karar vermiştir[813].

Türk İş Hukukunda işçinin fesih hakkının kötüye kullanmasına ilişkin bir hükme, mevzuatta yer verilmemiştir. İşveren, işçinin feshinde dürüstlük kuralına aykırılığı iddia ediyorsa, bu durumda ancak MK m. 2'ye ve genel hükümlere dayanabilecektir[814]. Doktrinde Saymen, işçinin çalışma özgürlüğünün korunması bakımından, iş sözleşmesini fesheden işçiye karşı, işverenin zarara uğrasa bile talepte bulunamayacağını ileri sürmüştür[815]. Yazar, işçinin feshi halinde kötüye kullanımın çok nadir ortaya çıkabileceğini, örneğin ödeme güçlüğüne düşen işverenin birkaç günlük gecikmesi üzerine işçinin feshinin, hakkın kötüye kullanımı oluşturabileceğini ifade etmiştir[816].

---

[810] Jean-Paul Duprilot, **Contrat de travail à durée indéterminée (Modes de rupture autres que le licenciement : conditions**), Knr. 113, Dalloz, 2017.
[811] François Gaudu / Raymond Vatinet, **Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux**, LGDJ, 2001, s. 393.
[812] Duprilot, **a.g.e.,** Knr. 119.
[813] Mankenin kendi beden ölçülerine özgü ayarlanmış kıyafeti müşteriye sergileyeceği gün aniden işi terk etmesi (Soc. T. 19.06.1959, D.1959. 513), sezonluk işin tam ortasında muhasebecinin işi işverene zarar vermek amacıyla ani bırakması (Soc. T. 26.06.1959); yine muhasebecinin muhasebe evraklarını teslim etmeden ve işyerinde organizasyonun bozulmasına sebep olarak aniden işi terk etmesi (Soc. T. 06.12.1967, Bull. civ. V, 646) halleri kötüye kullanım olarak değerlendirilmiştir. (Naklen: Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 405, s. 506, dn. 2)
[814] Süzek, **İş Hukuku,** s. 566; Tunçomağ, **İş Hukuku,** s. 364.
[815] Saymen, **İş Hukuku**, s. 549.
[816] Saymen, **İş Hukuku,** s. 568.

Doktrinde bir görüş, işçinin sözleşmeyi bildirim süresi vermeksizin feshi[817] ve aniden işi bırakmasının bir kötüye kullanım oluşturabileceğini savunmaktadır[818]. İşçinin iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanması halinin oldukça nadir görülebileceği görüşünde olan Süzek, özellikle "*zamansız fesih*"lerin bu kapsamda değerlendirilebileceğine işaret etmiştir. Yazara göre zamansız fesihten anlaşılması gereken uzun bir bekleme süresinin ardından işçiye en çok ihtiyaç duyulduğu zamanda işvereni ortada bırakacak bir şekilde feshin gerçekleştirilmesi halidir. Bu görüşe göre işçi, fesih hakkını işverenin içinde bulunduğu zor durumu daha da zor hale getirmek için kullanmamalıdır[819]. Kural olarak olağan fesihte bildirim süreleri, feshe muhatap olan tarafı ilişkinin sona ermesine hazırlamak amacıyla düzenlenmiştir[820]. İşverenin bildirim süresi içinde gerekli önlemleri alarak yeni bir işçi bulması, bu süreçte yeni işçiyi eğitmesi gerekir. Bir görüşe göre işveren, işçinin aniden işi bırakması nedeniyle yeni bir işçiyi bulana ve onu eğitene kadar uğradığı zararlar ile birlikte, manevi zararını da talep edebilecektir[821].

Türk Hukukunda geçmişte bildirim süresi verilmeksizin işçinin aniden iş yerini terk etmesi halinde yalnızca ihbar tazminatı talep edilmesi imkanı tanınmaktaydı. Kural olarak işçinin aniden iş bırakması usulsüz fesih olarak değerlendirildiğinden işveren bunun sonuçlarını talep edebilecektir. TBK m. 439 ile işçinin haklı sebep olmadan işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı durumlarda işverenin aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat ile birlikte ek zararlarının giderilmesini talep hakkı getirilmiştir. Doktrinde Akyiğit, işçinin zamansız feshi söz konusuysa bu hükme başvurulabileceği görüşündedir[822]. Diğer görüşe göre İşK m. 17'deki ihbar sürelerine

[817] Fransız İş Hukukunun aksine Türk İş Hukukunda istifa kavramı kullanılmaz. Fransız Hukukunda işçinin istifası (*la démission*) ile işverenin feshi (*le licenciement*) ayrı kavramlar olarak düzenlenmiştir. İstifa, Türk Hukukunda kamu görevlisinin görevden ayrılma yönündeki irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır, bkz. Halil Yılmaz, "İşçinin İş Sözleşmesini İstifa Beyanıyla Feshi (Yargıtay Kararlarına Genel Bakış)", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:2, İstanbul, Beta, 2011, s. 1231-1254, s. 1231; Mehmet Nusret Bedük, "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 27, S: 2, 2019, s. 679-726**,** s. 684 (İşçinin Feshi). Yargıtayın bu kavramı kullandığı bir kararı için bkz. Y22HD, T. 08.05.2018, 2017/13296 E., 2018/11179 K, eleştirisi için bkz. Akyiğit, **Ders Kitabı**, s. 225.

[818] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 99; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 939; Göktaş, **a.g.e.,** s. 128.

[819] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 155; Süzek, **İş Hukuku**, s. 566.

[820] Seliçi, **a.g.e.,** s. 150.

[821] Alpagut, **Hizmet Sözleşmesi**, s. 935-936.

[822] Akyiğit, **Ders Kitabı**, s. 247.

uyulmaksızın feshi, usulsüz fesihtir ve TBK ile farklı bir düzenleme yapılması uygun düşmemiştir[823].

Hüküm, İsviçre BK m. 337d'den iktibas edilmiştir. İsviçre' de doktrinde işçinin kısa süreliğine mi yoksa sürekli olarak mı işi bıraktığının, işi bırakmakta haklı sebebi olup olmadığının güven teorisi uyarınca tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[824]. Eğer durum açık değilse, bir görüşe göre işveren doğrudan sözleşmeye aykırılık sonucuna varmamalıdır; öncelikle işe devam etmesi gerektiği konusunda işçiyi ihtar etmeli, aksi halde sözleşmeyi aniden, bildirimsiz feshetmiş sayılacağı hususunda uyarmalıdır. İşverenin acele ederek sözleşmeyi işçinin devamsızlığı nedeniyle derhal feshetmesi yerine işçinin devamsızlık yaptığı günlere ilişkin ücretini ödemezlik define dayanarak ödememesi ve beklemesi, olası bir haklı sebebin varlığı durumunda 337c fıkra 3'te düzenlenen haksız fesih tazminatını ödemekten kurtulmasını sağlar[825]. Özellikle teknolojik imkanların anlık iletişime izin verdiği bu çağda, işçilerin sürekli ulaşılabilir olduğu dikkate alındığında, işçiye bu ihtarın gönderilmesi oldukça basittir; işçinin de sadakat borcu kapsamında mümkünse işvereni eylemi hususunda bilgilendirmesi, en azından kendisine gönderilen bu ihtara karşı bir davranışta bulunması beklenecektir[826].

Görülmektedir ki, mehaz İsviçre BK'de işçiye ihtar gönderilmesi ve uygun bir süre boyunca beklenmesi öngörülmüştür. Buna karşılık İşK bakımından işverenin beklemesi gereken süre art arda iki iş gününü geçemeyecektir, çünkü İşK m. 25/II-g hükmü devamsızlık durumunda işverene derhal fesih hakkı tanımaktadır. Bu hükme ilişkin açıklamalara ileride yer verileceğinden, şimdilik iki kanun arasındaki düzenleme farklılıklarını belirtmekle yetineceğiz.

---

[823] Başak Güneş / Faruk Barış Mutlay, "Yeni Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, S:3, 2011, s. 231-288, s. 276.
[824] Rehbinder / Stöckli, **a.g.e.,** 378-379.
[825] Werner Gloor, "Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers", **ARV,** 2013, s. 202.
[826] Gloor, **a.g.m.,** s. 202-203.

C. İş Güvencesi Sistemi

1. Genel Olarak

İş Hukukunun kendine özgü bir alana dönüşmesi ve devamındaki süreçte, bu alana has sorunlara çeşitli yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bu sorunlardan en önemlisi, işçinin yaşamını sürdürmek için çalışmasıyla elde ettiği geliri, dolayısıyla işini muhafaza edebilmesidir. Buna karşılık, işçinin işini korumasına yönelik hükümlerin çeşitli hukuk sistemlerinde düzenlenmesi, 20. yüzyılın ikinci yarısı ve 21. yüzyıl başlarına dek mümkün olmamıştır. Çünkü dönemin bireyci hukuk anlayışı, taraf iradelerine üstünlük tanımaktaydı[827]. Uzun bir süre boyunca dürüstlük kuralına aykırılık dışında fesih hakkını denetleme mekanizması bulunmamaktaydı. İşveren fesih bildiriminde bulunduktan sonra işçi hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürebilmekteydi[828]. Dürüstlük kuralına aykırılık kriteri ise mahkemelerce oldukça sınırlı bir şekilde uygulanmış ve iş sözleşmelerinin feshi aşamasında işçinin tek geçim kaynağı olan işi ve hayatını devam ettirmek için kazandığı ücreti[829] üzerinde bir güvence sağlanması mümkün olamamıştır[830]. İşin güvenceye alınması, fesih hakkının kanun vasıtasıyla sınırlandırılması, oldukça yeni sayılabilecek bir gelişmedir.

İş güvencesini kendi hukuk sistemlerinde düzenleyen Almanya ve Fransa gibi ülkelerin yanısıra, bazıları ekonomik gerekçelerle koruyucu hükümlere yer vermekten kaçınmışlardır. Ancak zamanla gelişen bu ihtiyaç, Uluslararası Çalışma Örgütü kapsamında Devletlere işçinin iş güvencesine sahip olması için yükümlülükler getiren 1982 tarihli Hizmet İlişkisine İşverence Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme'nin ("158 Sayılı Sözleşme") düzenlenmesine yol açmıştır[831]. Sözleşmede

---

[827] Alpagut, **Feshe Karşı Koruma**, s. 79; Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", **İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s. 15-147, s. 15 (İş Güvencesi).

[828] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 93; Güzel, **Eleştiri,** s. 238.

[829] İş ilişkilerinin borçlar hukukundaki ilişkilere göre çok daha kişisel, ancak aile ilişkilerine göre çok daha parasal nitelikte olduğu yönünde, bkz. Lyon-Caen, **Genel İlkeler**, s. 284.

[830] Süzek, **Geçerli Fesih**, s.565. (Geçerli Fesih)

[831] Metin Kutal, "İş Güvencesi ile İlgili ILO Normları ve Türk Mevzuatının Durumu", **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası,** C:46, 1988, s. 24 (İş Güvencesi); Türk İş Hukukunda da iş güvencesinin temelini bu sözleşme oluşturmaktadır, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.**, s. 569-570.

işverenin feshinin hangi koşullarda hukuka uygun sayılacağı ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

Zaman içerisinde taraf Devletler, sözleşme ile üstlenilen bu yükümlülükleri yerine getirmek adına iş güvencesine dair çeşitli düzenlemeler yapmışlardır. Uluslararası normlara uyum çabası ve sosyal devlet anlayışı gereğince gelinen noktada, istihdamda istikrarı koruma amacı güden düzenlemelerin, günümüzde birçok ülkenin iş mevzuatının en kalabalık hükümlerine sahip bölümünü oluşturduğu söylenebilecektir[832]. Türk İş Hukukunda dar anlamda iş güvencesi, 4773 sayılı Kanun[833] ile 1475 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ve sonrasında 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenebilmiştir.

İşin güvenceye alınmasından, kısaca "iş güvencesi"nden bahsederken, kavramın doktrince ifade edilen dar ve geniş anlamlarına değinmekte fayda görmekteyiz. İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması veya bu hakkın sonucunda oluşan zararın giderilmesi niteliği taşıyan her türlü düzenleme, geniş anlamda iş güvencesi kapsamında sayılmıştır. Dar anlamda iş güvencesi ise, fesihte işverenin keyfi uygulamalarının önüne geçilerek, feshin makul sebeplere dayandırılmasıdır[834]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, iş güvencesi niteliğindeki düzenlemeler kanun koyucunun iradesiyle getirilebildiği gibi, sosyal taraflar arasında sözleşme ilişkisiyle de düzenlenebilir. Toplu iş sözleşmeleri veya bireysel iş sözleşmelerine de iş sözleşmesinin feshini sınırlayıcı nitelikte hükümler konulabilir[835].

İş güvencesi sisteminin kabul edilmesiyle, fesih serbestisi esas olmaktan çıkmış, feshin sınırlandırılmasına yönelik irade ağır basmıştır[836]. İş güvencesiyle fesih için geçerli sebebin varlığı aranmaktadır ve bu yolla fesih hakkının doğumuna

---

[832] Alpagut, **Feshe Karşı Koruma**, s. 82.
[833] 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG T.15.08.2002, S: 24847.
[834] Şahlanan, **Feshe Karşı Koruma**, s. 144, Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 956; Kutal, **Feshe Karşı Koruma**, s.16; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 9; Centel, **İş Güvencesi**, s. 15-16; Güzel, **İş Güvencesi**, s. 17.
[835] Centel, **İş Güvencesi,** s. 17 vd.
[836] İş güvencesine ilişkin düzenlemeler sebebiyle geçerli sebebe bağlanan olağan fesih hakkı ile haklı nedenle derhal feshin hukuki nitelik itibariyle birbirlerine yaklaştıkları yönünde bkz. Süzek, **Geçerli Fesih**, s.568; Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 11; Savaş, **a.g.e.,** s. 30.

sınırlama getirilmektedir. Bir görüşe göre hakkın doğumu sebebe bağlandığından, burada fesih hakkının teknik anlamda sınırlanması söz konusu değildir[837]. İş güvencesi, işverenin keyfi mahiyetteki fesihlerini engelleme amacıyla düzenlenmiştir. İşveren, geçerli sebep olmadıkça işçinin iş sözleşmesini feshederse, bu durumda söz konusu fesih geçersiz olacak ve işçinin işe iade talebi gündeme gelecektir[838]. Hukukumuzda iş güvencesiyle fesihlere getirilen bu sınırlama oldukça önemli bir değişikliktir[839].

Bununla birlikte, iş güvencesinin hem geniş hem dar anlamıyla varlık sebeplerinden biri, iş ilişkisinde yalnızca işçiyi değil aynı zamanda dengeyi de korumaktır. Doktrinde Ekmekçi, keyfi olarak alınan fesih kararlarıyla işçinin bir hakkını kullanmasının engellenmesinin söz konusu olduğunu, ancak iş güvencesiyle işçi çıkarmayı tamamen ortadan kaldırmanın amaçlanmadığını ifade etmiştir[840]. Katıldığımız bu görüşe göre, fesih hakkının amacı sözleşme özgürlüğü prensibini yerine getirmek olduğundan, işverenin sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıracak bir sınırlandırmaya müsaade edilmemelidir. İş güvencesiyle, feshin işçi üzerindeki sosyo-ekonomik etkilerini azaltma amacının olduğu ifade edilmiştir[841].

Çalışmamızda yer verdiğimiz çeşitli ülkelerin, dar anlamda iş güvencesi sistemini kabul edip etmediğine kısaca değinmek gerekmektedir. Sözleşme serbestisinin esas alındığı İsviçre'de, feshin geçerliliği için geçerli neden aranmamış, işe iade mekanizması oluşturacak bir sistem yasama faaliyeti ile düzenlenmemiştir. Tek bir istisna dışında haricinde, feshin geçersizliğinin tespiti için mahkemeye başvurma hakkı tanınmamıştır[842]. Buna karşılık doktrinde İsviçre BK m. 336 ve devamındaki hükümlerin kabulü ile fesih hakkına bakış açısının değiştiği, fesih için

---

[837] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 24.
[838] Kutal, **Feshe Karşı Koruma,** s.16; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 9; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 381; Yusuf Yiğit, "İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:2, İstanbul, Beta, 2011, s. 1143-1207, s. 1145 (Geçersiz Fesih).
[839] Yiğit, **Geçersiz Fesih**, s. 1144.
[840] Ömer Ekmekçi, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Legal İSGHD**, S:1, 2004, s. 165-181, s. 166 (Değerlendirme); Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 594; aynı görüşte Ulucan, **İş Güvencesi,** s. 23.
[841] Şahlanan, **Feshe Karşı Koruma**, s. 144.
[842] Doktrinde Ertürk, hukuk etiğine açık aykırılık teşkil eden fesihlerde de iş ilişkisinin sona erdiğini ifade etmiştir, bkz. Ertürk, **Temel Haklar,** s. 168.

sebep gösterme zorunluluğu bulunmamakla birlikte bir maddi gerekçelendirmeye, bir makul sebebe dayanması ve bunun da karşı tarafa bildirilmesi gerekliliğinin artık içtihatla kabul edildiği ifade edilmektedir[843].

1973 tarihli değişiklikten bu yana Fransız kanun koyucusu, süreli fesihlerde gerçek ve ciddi bir fesih nedeni aramaktadır[844]. Doktrinde ciddi ve gerçek sebebin aranmasının, hakkın kötüye kullanılması denetiminin yerini aldığı ifade edilmektedir[845]. Fransız Hukukunda gerçek ve ciddi sebep yokluğunda, işçinin işe iadesi gündeme gelir ve buna "*réintégration*" denilmektedir. Türkçe karşılığı "yeniden entegre etme" olarak ifade edilebilir. Alman Hukukunda ise 1951 tarihli Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSchG) ve 1972 tarihli İşletme Yasası (BetrVG) ile yapılan düzenleme uyarınca, bu kanunlardaki fesih sebeplerinin varlığı halinde iş sözleşmeleri feshedilebilecektir[846]. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesine bakıldığında da, genel feshe karşı koruma hükmüyle tüm fesih bildirimlerinin geçerliliği için bir sosyal nedenin varlığının arandığı görülmektedir[847]. Kanunun amacı, mevcut durumun korunarak işçinin işini kaybetmesinin ancak belirli hallerle sınırlı tutulmasıdır[848].

Dar anlamda iş güvencesini sağlayan Alman ve Fransız sistemlerinde[849] yıllar içerisinde uygulamayla getirilen birçok ilke olmuş[850] ve bu ilkeler Yargıtay tarafından da kararlarda benimsenerek gerekçelere dahil edilmiştir. Bu ülkelerde olabildiğince fazla sayıda işçinin iş güvencesinden yararlanması gözetilerek kapsam geniş

---

[843] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 87, s. 683-684.
[844] Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 446, s. 553; Serkan Odaman, "Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı", **Kamu-İş**, C:7, S:2, 2003, s. 20-32, s. 5 (Geçerli Sebep); Odaman, **Değerlendirme 2011**, s. 147 vd..
[845] Françoise Favennec-Héry / Pierre-Yves Verkindt, **Droit du travail**, 5e édition, LGDJ, 2016, s. 479; Cristau, **a.g.m.,** Knr. 161; Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 456, s. 570; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 985.
[846] Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 36. Alman hukukundaki düzenlemenin esas itibariyle hakkın kötüye kullanılması denetimi olduğu ancak ispat yükünün yer değiştirdiği yönünde, bkz. Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 28.
[847] Vedat Laçiner, "Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları", **Yönetim Bilimleri Dergisi** (3:2), 2005, s. 149.
[848] Ulrich Preis (Çev. Nurşen Caniklioğlu), "Federal Almanya'da İşçinin Feshe Karşı Korunması", **Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri**, İstanbul 1997, s. 27.
[849] Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde feshe yönelik düzenlemeler için bkz. Güzel, **İş Güvencesi,** s. 36-42; Ulucan, **Alman Hukuku**, s. 237 vd.; Alpagut, **Feshe Karşı Koruma**, s. 85 vd.
[850] Taşkent, **İlkeler**, s. 15.

tutulmuştur, buna karşılık Türk Hukukunda iş güvencesi sağlanmak istenmesinin yanı sıra, otuz işçi ölçütü getirilerek işletmelerin üzerindeki ekonomik yükün de artırılmaması amaçlanmıştır. Bu bakımdan, Alman Hukukunda veya Fransız Hukukundaki iş güvencesine dair kriter veya ilkelerin, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığı, farklı hukuk sistemlerinde yer alan kriterlerin hukukumuza her halükarda doğrudan alınmaması gerektiği görüşü doktrinde ileri sürülmüştür[851].

Kanımızca her ülke kendi sosyo-ekonomik sistemi esas alarak iş güvencesini düzenlemekle beraber, iş ilişkisini sonlandıran bu kurumun önemi gözetilerek, uygun düştüğü ölçüde diğer ülkelerdeki kriterler ve görüşler değerlendirilmeli, yaşayan ve gelişen bir hukuk dalı olarak İş Hukukundaki ihtiyaçlar kapsamında iş güvencesi de gelişim göstermelidir. Ayrıca eğer söz konusu değerlendirme kıstasları dürüstlük kuralı kapsamında işverenden beklenebilecek nitelikteyse, bu durumda Türk Hukukunda yapılacak değerlendirmeye alınmasında bir sakınca görülmemelidir.

2. İş Güvencesinin Kapsamı ve Dürüstlük Kuralı

İş güvencesi kapsamına kimlerin dahil olduğu, İşK m. 18'de belirtilmektedir. Buna göre, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan, İş Kanunu veya Basın İş Kanununa tabi olan işçiler, en az otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdeme sahip olma koşuluyla iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler. Bu işçilerin aynı zamanda belirli koşullardaki işveren vekili veya yardımcıları olmamaları gerekmektedir.

İş güvencesinin İşK kapsamında düzenlenmesi ve Basın İş Kanununa tabi gazetecilerin hükme eklenerek kapsama alınması, kanun yapma tekniği bakımından doktrinde eleştirilmiştir[852]. Kanun koyucu, bu tercihte bulunarak Deniz İş Kanunu ve TBK hükümlerine tabi olarak çalışan işçileri, iş güvencesi kapsamı dışında bırakmıştır. Özellikle İşK m. 4 uyarınca kanun kapsamı dışında kalan hava taşıma işlerinde çalışan

[851] Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında yer verilen kriterlerin hukukumuzda yer almadığı yönündeki eleştirisi bakımından bkz. Centel, **İş Güvencesi**, s. 5.
[852] Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 28-29.

pilot ve uçucu personel ile tarım işlerinde çalışanların iş güvencesinden yararlanamaması da doktrinde eleştirilmektedir[853].

Kanun koyucunun aradığı şartlar içinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma şartı da bulunmaktadır. Ancak belirli süreli iş sözleşmelerine dair düzenleme aşağıda inceleneceğinden, burada ayrıca ilgili koşula yer verilmeyecektir[854].

İş güvencesinin kapsamında dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, özellikle otuz işçi ile altı aylık kıdem koşullarının sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Bu aşamada kanunda yer alan boşluklar dürüstlük kuralı vasıtasıyla doldurulmakta, uygulamadaki kötüye kullanımlar ise hakkın kötüye kullanılması denetimi yoluyla gözden geçirilmektedir.

a. Otuz İşçi Koşulunda Hakkın Kötüye Kullanılması İddiası

İş güvencesinin kapsamını belirleyen koşullardan biri, işyerinde çalışan işçi sayısıdır. 158 sayılı Sözleşme m. 2/5 uyarınca işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar olan durumlarda, işçilerin bir kısmının koruyucu hükümlerin kapsamı dışında kalacağı düzenlenebilir[855]. Bu bağlamda ülkemizde iş güvencesi sistemine dair ilk düzenleme olan 4773 sayılı Kanun'da işyerinin büyüklüğü belirlenirken, kriter olarak işyerinde çalışan işçi sayısı esas alınmış ve 10 ve daha fazla işçinin çalıştığı işyerleri güvence kapsamına alınmıştır. Buna karşılık, hemen ardından yürürlüğe giren ve şu anda yürürlükte olan iş güvencesi sistemimizi düzenleyen 4857 sayılı İşK ile bu sayı 30'a çıkartılmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne bu düzenlemenin iptali için açılan davada[856], küçük işletmeler üzerinde iş güvencesinin getirdiği ekonomik yükü azaltmak nedeniyle düzenlendiği ve 158 sayılı Sözleşme'ye de uygun

[853] Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.28
[854] bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II-C.
[855] Kutal, **İş Güvencesi,** s. 25; Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 959. Mayıs 1992'de hükümete sunulan iş güvencesi kanun tasarısının incelemesini yapan Kutal, tasarıda işçi sayılarını esas alarak kapsama ilişkin hükme yer verilmemesini doğru bularak, işyerlerini bölerek kanuna karşı hile yolunu açmamanın amaçlandığını ifade etmektedir, bkz. Kutal, **İş Güvencesi,** s. 31.
[856] AYM T. 19.10.2005, 2003/66 E., 2005/72 K. RG T. 24.11.2007, S:26710.

olduğu gerekçesiyle, hüküm Anayasa'ya aykırı bulunmamış ve iptal istemi reddedilmiştir[857].

İşyerinde otuz veya daha fazla işçi çalışmasına dair sınırlama, iş güvencesinin en tartışmalı düzenlemesi olagelmiştir. Bu sayının yüksek olması nedeniyle, iş güvencesinin kapsamını fazlasıyla daralttığına doktrinde sıklıkla değinilmiştir[858]. Buna rağmen, yasanın yürürlüğe girmesinden bu yana bu konudaki eleştirileri giderebilecek hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Bu nedenle 29 veya daha az işçi çalıştırılan yerlerde işveren, iş sözleşmesini bildirimli fesih yoluyla sona erdirmek için geçerli neden göstermek zorunda değildir. Otuz sayısının altında işçi çalışan işyerlerinde, iş güvencesi sistemi uygulanmayacağından, ancak koşulları mevcutsa kötüniyetli fesihten doğacak talepler ileri sürülebilecektir. Belirtmek gerekir ki, hükmün nisbi emredici niteliği gereğince taraflar, işyerinde en az otuz işçi çalışma koşulunu işçi lehine sözleşme yahut toplu iş sözleşmesiyle değiştirebilir ve hatta kişi sayısı koşulunu tamamen kaldırabilirler[859].

Kanun koyucu, otuz işçi koşulunun değerlendirilmesinde, işverenin aynı işkolundaki işçilerinin sayılarının toplanmasını öngörmüştür[860]. Bu işyerlerinin aynı il

---

[857] Nuri Çelik, "İş Güvencesi Kapsamı ile İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6, S:12, Güz 2007/2, s. 1-6, s. 2 vd.(Otuz İşçi); Kılıçoğlu, **Çalışma Hakkı**, s. 1212; Aktay / Arıcı / Senyen Kaplan, **a.g.e.,** s. 186; Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2016**, s. 443; Centel, **İş Güvencesi**, s. 48; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 575; Süzek, **İş Hukuku**, s. 575. Ayrıca yazar, iş güvencesini düzenleyen diğer ülkelerde bu sayıların 5-15 arasında olduğu, bazı ülkelerde ise hiçbir sayı kısıtlamasının bulunmadığını ifade etmektedir.

[858] Centel, **İş Güvencesi**, s. 47; Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 962; Eşitlik ilkesine aykırı olduğu görüşünde bkz. Süzek, **İş Hukuku,** s. 576; Eyrenci / Taşkent / Ulucan/ Baskan, **a.g.e.,** s. 196; 158 sayılı ILO Sözleşmesine aykırı olduğu yönünde bkz. Güzel, **Eleştiri**, s. 264-265; Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 39; Ercüment Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bir Bakış", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları 3/4 Haziran 2011**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 92-136, s. 96 (Eleştiri); Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 328.

[859] Gaye Burcu Yıldız, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emrediciliği", **Legal İSGHD**, S. 11, 2006, s. 901-911, s. 909. (Otuz İşçi); Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 972-973; Fevzi Şahlanan, "İş Güvencesinin Kapsamı Dışında Olanlar İçin Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen İş Güvencesi Tazminatı" (Karar İncelemesi), **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, s.192-193 (Otuz İşçi). İşK m. 21/son uyarınca iş güvencesine ilişkin hükümlerin sözleşmeler ile değiştirilemeyeceği ve aksinin kararlaştırılamayacağı görüşünde, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 671.

[860] İşçinin korunması ilkesi ile bağdaşmadığı yönünde, bkz. Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 964.

sınırları içinde olmasına dahi gerek yoktur[861]. Nitekim bu vesileyle yalnızca yasayı dolanmak amaçlı değil[862], yapılanması gereği farklı illerde yer alan banka şubeleri gibi işyerlerinde de işçi sayısı toplanmakta ve işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılabilmektedirler. Yine de uygulamada işkolu ölçütünün sorunlara yol açtığı, bu nedenle işverenin çalıştırdığı işçi sayısı ölçütünün getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[863]. Yargıtay'ın 2013 tarihli bir kararında, ilaç mümessili olan işçinin çalıştığı işveren ile birlikte, aynı kişilerin hissedar oldukları birkaç firmaya da hizmet verdiği, bunların aralarında organik bağ bulunduğu, bu nedenle birlikte istihdam olgusunun kabul edilerek, farklı işkollarına tabi olarak kayıtlanmış bu işverenlerde çalışan toplam sayı üzerinden hesaplanması gerektiğine hükmedilmiştir[864]. Eğer işçi somut olaydaki gibi birden fazla işverene hizmet veriyorsa; birden fazla işyeri farklı işkolları altında örgütlense dahi aralarında organik bağ bulunduğu tespit edilerek, işkolu ölçütünün yaratabileceği olumsuz sonuçlar engellenebilecektir. Grup şirketleri bakımından işçinin eşzamanlı olarak birden fazla işverene hizmet vermesi durumunda Yargıtay, tüm şirketlerdeki işçi sayısının dikkate alınması gerektiğine dikkati çekilmiştir[865]. Buna karşılık, salt aynı grup içinde yer almak, şirketlerin birlikte işveren oldukları anlamına gelmeyecektir[866].

Kötüniyet tazminatı talebiyle açılan birçok davada Yargıtay, ilk derece mahkemesinin incelemesinde işyerinde otuz işçi çalışıp çalışmadığının tespit edilmesini aramaktadır. Nitekim bu tespitin yapılma amacı, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığını ortaya koymaktır. Birçok kararda Yüksek Mahkeme, ilgili değerlendirmenin yapılmadığı gerekçesiyle eksik inceleme yönünde hüküm

---

[861] Süzek**, İş Hukuku,** s. 577.
[862] Aziz Can Tuncay, "İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S: 6, Haziran 2007, s. 75-81, s. 78 (Otuz İşçi); Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 160.
[863] Güzel, **Eleştiri,** s. 265; Özkaraca, **Eleştiri**, s. 100; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 575.
[864] Y9HD, T. 09.05.2013, 2013/5859 E., 2013/14013 K. (Çalışma ve Toplum, S:39)
[865] Y9HD, T. 16.11.2009, 2009/5148 E., 2009/31975 K.; Alpagut, **Esaslı Değişiklik**, s. 91; Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 970; Fatma Arda Bicaz, **Türk İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, İstanbul, Legal, 2017, s. 78; Organik bağ veya faaliyeti farklı olsa bile birlikte istihdamda tüm işverenlere hizmet veren işçiler ile geçişleri yapılan işçiler yönünden iş kolunun aynı olmasına gerek olmadığı yönünde bkz. Y9HD, T. 22.11.2017, 2016/28027 E., 2017/18860 K.
[866] Y9HD, T. 31.03.2008, 2007/29950 E., 2008/7008 K. ve kararın incelemesi için bkz. Ahmet Nizamettin Aktay, "İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı "Bordro İşvereni" Tabiri Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri, **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S:11, Eylül 2008, s. 59-64 (Otuz Sayısı); Şahlanan, **Değerlendirme 2008**, s. 140-141; Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2016**, s. 429.

vermiştir. Her ne kadar iş güvencesi sistemi yürürlüğe girdiğinden beri bu yöndeki uyuşmazlıklar azalmış olsa da, bu hususta eksik inceleme yapıldığına dair kararlara yine de rastlanmaktadır. 2019 tarihli bir kararında Yargıtay, davalı sendikanın ekonomik gerekçelerle işçi çıkarması ancak bunun ardından 29 işçi alması durumunda ekonomik gerekçeden bahsedilemeyeceği, davalının fesih hakkını kötüye kullandığı yönündeki yerel mahkeme kararının yerinde olduğunu ancak işçinin kötüniyet tazminatı talep edebilmek için öncelikle işyerinde otuz işçi çalışıp çalışmadığının tespit edilmesi gerektiğine yönelik hüküm kurmuştur[867].

Uygulamada işverenlerin, aynı işi yapmak üzere işe aldıkları işçileri, farklı tüzel kişiler bünyesinde istihdam ettikleri ve bu yolla işletmenin büyüklüğünden doğacak hukuki ve idari birtakım sorumluluklardan kaçmaya çalıştıkları gözlemlenmektedir. Ancak yargılamaya konu olmuş birçok olayda, hukuka uygun olan kurumlar ile hukuka aykırı davranışların tespiti arasında zorluk yaşandığı ifade edilmiştir[868].

İşverenin çalıştırdığı işçilerin belirli bir sayı altında tutulması ve farklı işverenlerin istihdam ettiği işçilerin, görünüştekinden farklı bir ilişki olduğuna dair iddiaları, dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilir. Farklı tüzel kişiler altında istihdam edilenler için işverenin tespiti, tüzel kişilik perdesi aralanarak bulunabilecek ve iş güvencesinden yararlanma mümkün olacaktır. Doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi[869], kaynağını hakkın kötüye

---

[867] Y9HD, T. 26.03.2019, 2015/31771 E., 2019/6786 K.; Y9HD, T. 26.03.2019, 2015/31772 E., 2019/6787 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr), Aynı yönde, bkz. Y9HD, T. 13.11.2019, 2019/6389 E., 2019/19766 K.

[868] bkz. Kübra Doğan Yenisey, "İşverenin Tespitinde Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", **Yargıtay Kararları Işığında İnşaat Sektöründe İş Hukuku Uygulamaları Semineri**, (Ed.: Levent Akın), Ankara, İNTES, 2019, s. 67-73, s. 67-68 (Organik Bağ). İşK m. 2/7'deki karinenin, işverenin organizasyondaki bölümleri belirleme serbestisinin kısıtlandığı şeklinde yorumlanmaması gerektği yönünde, bkz. Münir Ekonomi, "İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007**, İstanbul, Beta, 2009, s. 1-64, s. 19 (Değerlendirme 2007).

[869] Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi hakkında bkz. Veliye Yanlı, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması,** İstanbul, Beta, 2000, s. 49 vd.; Canbolat, **a.g.m.,** s.86; Soyer, **Feshe Karşı Koruma,** s. 43; Arda Bicaz, **a.g.e.**, s. 41 vd. İşçinin rızası alınmak suretiyle iş sözleşmesinin devri yoluyla da işveren değişir; bu halde de perdenin aralanması yoluyla aradaki ilişki ve gerçek bir işveren değişikliği olup olmadığı tespit edilecektir, bkz. Ender Gülver, **Özellikle Koşulları ve Hukuki Sorunları**

kullanılması yasağında bulmaktadır[870]. Bu teoriyle, üçüncü kişilerin güvenini zedeleyecek yahut onların hukuki güvencelerden yoksun kalmasına neden olacak şekilde oluşturulan tüzel kişilik bir kenara bırakılarak, ardındaki kimselerin (ortakların) sorumluluğuna gidilmektedir. İş hukukunda da hem doktrinde, hem de Yargıtay kararlarında işyerinde çalışan işçi sayısının tespiti için görünüşte farklı olan işverenlerin arasındaki ilişki incelenmekte, bu inceleme "organik bağ" tespiti ile yapılmaktadır[871]. Belirtmek gerekir ki organik bağ ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının aynı şeyi mi ifade ettiği yoksa her ikisinin de ayrı kurumlar mı olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır[872]. Bu kavramlar arasındaki ilişkinin incelenmesi çalışmamız kapsamını aşmakla birlikte, kötüye kullanımın tespit edildiği hallerde nasıl bir sonuca varıldığı değerlendirilecektir.

Kanımızca otuz işçi sayısına ulaşılmaması için işin bölünmesi gibi uygulamaların kanuna karşı hile kapsamında değerlendirilmesi gerekir[873]. Kural olarak burada fesih hakkı kötüye kullanılmamaktadır; buna karşılık tüzel kişiliğin varlık amacı iş güvencesi hükümlerini dolanmaktır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2017 tarihli bir kararında, bu şekilde farklı işverenler altında çalışıyor gösterilerek işyerindeki işçi sayısının düşürülmesini, tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması ve

Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Rızaya Dayalı Devri Yoluyla İşçi Geçişi, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 150-153.

[870] Arda Bicaz, **a.g.e.,** s. 43-44.

[871] Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2013**, s. 32 vd.; Mehtap Yücel Bodur, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik**, İstanbul, Beta, 2018, s. 85; Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2016,** s. 421; Doğan Yenisey, **Organik Bağ**, s. 68; Arda Bicaz, **a.g.e.,** s, 54-55. Yargıtay'ın ifadesiyle "*Organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi söz konusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde olunan kişi ile özdeş kabul edilir. Bu anlamda; tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme (haklarının alınmasını engelleme), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıtta işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudr. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır*." Y9HD, T. 19.10.2015, 2015/19180 E., 2015/28952 K.

[872] Organik bağın olduğu her durumda hakkın kötüye kullanılması olmadığı yönünde, bkz. Öner Eyrenci, "Şirket Topluluklarında-Holdinglerde Çalışma İlişkileri", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan,** (Ed.:Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 575-602, s. 581(Şirket Toplulukları).

[873] Aktay, **Otuz Sayısı**, 64.

kanuna karşı hile kapsamında değerlendirilmiştir[874]. Kanuna karşı hile ile hangi hukuk kuralının dolanılması amaçlanıyorsa, bu işleme ilgili yaptırım uygulanacaktır[875]. İşverenlerin farklı tüzel kişilikler olarak adlandırılarak işçi sayısının bölünmesinde iş güvencesi kapsamında uyulması gereken yasal zorunluluklardan kanımızca işveren artık kaçınamamalıdır. İşçilerin dürüstlük kuralına aykırı olarak kapsam dışı bırakılması durumunda, yeniden güvenceye kavuşabilmeleri önem arz eder[876]. Uygulanan yöntem, iş ilişkisinin geçersiz sayılması değil, İş Hukukuna özgü olarak işçinin işvereninin değişmesi yaptırımıdır[877]. Yasada muvazaa karinesi teşkil eden asıl işin bölünerek alt işverenlere verildiği haller[878] bakımından Yargıtay, İşK m. 2/7'de yer verilen asıl işverenin işçisi sayılma yaptırımını uygulamaktadır; bununla birlikte alt işveren olarak davanın yöneltildiği kişiyi haksız fiil hükümlerine dayanarak sorumlu tutmaktadır[879]. Bu hususta verilen bir kararda Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, muvazaalı işlemi yapan alt işverenin muvazaaya dayanarak işçiye karşı sorumlu olmadığını iddia etmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturacağını ortaya koymuştur[880]. Koşulları gerçekleşmediği halde alt işverenlik ilişkisinin kurulması halinde ise yasada bir yaptırım öngörülmemekle birlikte, Yargıtay bu durumda sözde alt işverenin işçilerini de sözde asıl işverenin işçisi saymaktadır[881].

Kural olarak, işverenin aynı işkolunda çalışan işçilerinin hesabında, geçici (ödünç) iş ilişkisiyle çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri dikkate alınmaz[882]. Buna rağmen işçilerin sırf iş güvencesi hükümlerini dolanmak amacıyla bu şekilde

---

[874] Y9HD, T. 22.11.2017, 2016/28027 E., 2017/18860 K. Aynı yönde, Y9HD, T. 11.05.2016, 2016/8355 E., 2016/11909 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2016**, s. 423-424.

[875] Eren, **a.g.e.,** Knr. 1153, s. 420.

[876] 2010 tarihli bir kararda muvazaalı olduğu tespit edilen alt işverenlik ilişkisinde, koşulları mevcut iken işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmamasının, anayasal sendikal hakları engelleyen bir durum olduğu tespit edilmiştir, bkz. Y9HD, T. 21.01.2010, 2009/41520 E., 2010/669 K. ve kararın değerlendirmesi için bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2010**, s. 25.

[877] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s 323-324; Gümüş, **a.g.e.,** s. 218.

[878] Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler" **Legal İSGHD**, S:1, 2004, s. 15-55, s. 32 (İş Kanunu).

[879] Alpagut, **Değerlendirme 2010**, s. 25;

[880] Y7HD, T. 07.03.2013, 2013/2572 E., 2013/2349 K., Kararı inceyen Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2013**, s. 55-57.

[881] Güzel, **Değerlendirme 2005**, s. 17 ; Her durumda bu yaptırımın uygun olmayacağı yönünde, bkz. Ekonomi, **Değerlendirme 2007**, s. 32-33; Süzek, **İş Hukuku,** s. 174-175.

[882] Aktay / Arıcı / Senyen Kaplan, **a.g.e.,** s. 187; Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 967.

çalıştırıldıkları tespit edilirse, bu durumda bu işçilerin de hesaba katılacağı, 2008 tarihli bir Yargıtay kararında açıkça ifade edilmiştir[883]. Burada Yüksek mahkeme, doğrudan işçileri sayı hesabına dâhil ederek, iş güvencesi kapsamına alma yolunu tercih etmiştir[884].

Doktrinde bir görüş, evden çalışanlar ile tele çalışanların, genel itibariyle uzaktan çalışanların işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmeyeceğini ileri sürmektedir[885]. Buna karşılık diğer görüş, işverenin iş organizasyonu kapsamına dahil olduğu takdirde ev veya farklı bir yer olması önem arz etmeksizin sayıda dikkate alınacağını belirtmiştir. Kanımızca da işçinin uzaktan çalışması iş organizasyonu kapsamı dışında değerlendirilemez, işverenin iş görmesi için uygun bulduğu her yer iş organizasyonu kapsamında sayılmalıdır[886]. Nitekim pandemi döneminde açıkça görüldüğü üzere, niteliği gereği uzaktan yapılabilecek her iş evden görülmeye devam etmiş, böylece işin kendisi elveriyorsa, klasik işyeri[887] olarak adlandırılan fabrika, bina, ofis gibi bir yerde görülme zorunluluğunun teknolojik imkanlar vasıtasıyla ortadan kaldırıldığı da kanıtlanmış bulunmaktadır. Çalışma hayatında esneklik, Endüstri 4.0 ile ayrı bir boyut kazanmış ve işyeri ve işveren gibi geleneksel kavramları halihazırda zorlamaya başlamışken, üstüne bir de Covid-19 pandemisi gibi global bir kriz de bu süreci hızlandırmıştır. Ayrıca eğer iş organizasyonu[888] yalnızca ilk görüşte belirtildiği gibi işyeri, bağlı yer, eklenti ve araçlardan ibaret sayılır ve evden çalışan işçiler sayıda hesaba katılmazsa, işverenin iş güvencesi yükümlülüklerinden kaçınmak için işçileri daimi olarak uzaktan çalıştırma kararı gündeme gelecektir, böyle bir durum da kanımızca yönetim hakkının kötüye kullanılması sonucu doğuracaktır. Ayrıca bu

[883] Y9HD T. 31.03.2008, 2008/29950 E., 2008/7008 K.; Resmi belgelerde işveren olarak görünen kişinin daha sonradan muvazaaya dayanarak işveren olmadığını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanımı oluşturacağı yönünde, bkz. Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2013**, s. 58.
[884] Belirtmek gerekir ki, geçici iş ilişkisini düzenleyen İşK m. 7, özel istihdam büroları aracılığıyla yapılan çalışmaları düzenlemek amacıyla yapılan 2016 yılında yürürlüğe giren 6715 sayılı Kanun ile kapsamlı bir değişikliğe uğramıştır. Bu dönemin öncesinde özel isthdam büroları aracılığıyla kurulan iş ilişkisi hukuka uygun sayılmıyor, uygulamada bordro işvereni olarak görünen ancak işçiyi geçici iş ilişkisi kurmak için bir başka işverene gönderen, faaliyet alanları bundan ibaret olan tüzel kişiler bulunuyordu, bkz. Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 41.
[885] Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 968.
[886] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 428; Centel, **İş Güvencesi**, s. 49; Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 40.
[887] Doğan Yenisey, **İşyeri,** s. 381-382.
[888] İş hukukunda organizasyon kavramı için bkz. Doğan Yenisey, **İşyeri,** s. 397 vd.

görüş kabul edildiği takdirde yalnızca uzaktan çalışanlar değil, geleneksel işler yapanlar ancak bu işleri iş organizasyonu gereğince dışarda görenler (gündelik işler yapanlar, ustalar, ilaç mümessilleri vb.) de hiçbir surette otuz işçi sayısına dahil edilemeyecektir ki, bu durumun normun koruma amacıyla bağdaşmadığı açıktır.

b. Altı Aylık Kıdem Koşulunda Hakkın Kötüye Kullanılması İddiası

İş güvencesinin kapsamını düzenleyen bir diğer düzenleme de işçinin işyerindeki kıdemidir. Kıdem, işçinin çalışma süresi esas alınarak belirlenir. Bu noktada kanun koyucu, işçinin ve işverenin birbirlerine adapte olmaları amacıyla altı aylık bir süre öngörmüştür[889]. Bu düzenleme nisbi emredici nitelikte olup işçinin lehine olarak kısaltılabilir, hatta kaldırılabilir, ancak artırılamaz[890]. Bu süre işçinin fiilen çalışmaya başlama tarihinden, feshi ihbarın işçiye tebliğ edildiği tarihe kadar geçmesi beklenen süredir[891]. Fiilen çalışma süresine deneme süresi de dahildir. Aynı işverenin yanında geçirilen fasılalı çalışmalar ve aynı işverenin birden çok işyerinde çalışma bakımından sürelerin toplamı altı ayı geçiyorsa, yapılan çalışmaların biri veya birkaçı altı aydan az olsa da toplam süre esas alınacaktır[892]. Uygulamada özellikle vasıfsız işçiler sürekli olarak işe devam etmekte ancak resmi kayıtlarda işçilerin giriş çıkışı yapılmaktadır. İşverenin dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde işçiyi kısa aralıklarla çalıştırması, işçinin giriş çıkışının yapılması engellenemediğinden, iş güvencesinden yararlanma süresini doldurması bakımından işçi lehine yorum yapılmaktadır. Kanunda buna engel teşkil eden bir düzenleme yapılmadığından, yalnızca aynı işkolundaki değil, farklı işkollarındaki çalışmaların da birleştirilmesi

---

[889] 6552 sayılı Kanun ile hükmün birinci fıkrasına eklenen cümle ile yer altı işlerinde çalışan işçiler, kıdem şartı aranmaksızın iş güvencesi hükümlerinden yararlanırlar.

[890] Y9HD, T. 04.02.2019, 2019/66 E., 2019/2622 K. İşK m. 21/son uyarınca iş güvencesine ilişkin hükümlerin sözleşmeler ile değiştirilemeyeceği ve aksinin kararlaştırılamayacağı görüşünde, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 671.

[891] Güzel, **Eleştiri**, s. 266; Süzek, **İş Hukuku**, s. 581; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 519; Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 168; Soyer, **Feshe Karşı Koruma,** s. 33; Yusuf Yiğit, "Türk İş Hukuku Açısından İş Güvencesi Uygulamasında En Az Altı Aylık Kıdeme Sahip Olma Koşulu", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:20, S:2, 2012, s. 195-241, s.204-205. (Altı Aylık Kıdem).

[892] Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 975-976; Centel, **İş Güvencesi**, s. 61.

uygun düşecektir[893]. Yine doktrindeki bir görüşe göre işçinin kapsam dışı çalışmaları ile kapsam içi çalışmaları da birleştirilebilmelidir; örneğin hava taşıma işinde uçucu personel olarak görev yapmakta iken, yer hizmetlerine alınan ve iki çalışmanın toplamı altı aylık süreyi aşar şekilde geçirilmesinin ardından işçinin sözleşmesi feshedilirse veya işverenin otuzdan az işçi çalışan işyerinde çalışmasının ardından otuz ve daha fazla işçinin çalıştığı işyeri veya işkolunda çalışmaya devam eden işçinin durumu bu şekilde değerlendirilmelidir[894].

Altı aylık sürenin sonunda diğer iş güvencesi koşullarını da sağlayan işçinin iş sözleşmesi, artık iş güvencesi nedeniyle geçerli neden olmaksızın feshedilemeyecektir. İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşullarından kıdemin tamamlanmasına az kala bir süre içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde yararlanıp yararlanmayacağı konusu gerek teoride ve gerekse uygulamada[895] tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde dört görüş bulunmaktadır. İlk görüş, işçinin altı aylık kıdemi doldurmaya kısa bir süre kala sözleşmesinin feshinde altı aylık sürenin dolmamasının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaya engel teşkil edeceğini savunmaktadır. Ancak bu işçiler, kötüniyet tazminatı talep edebilirler[896]. İkinci görüşe göre ise, şartın gerçekleşmesine iki taraftan biri iyi niyet kurallarına aykırı bir davranışla engel olursa, o şartın gerçekleşmiş sayılacağını öngören TBK m. 175 hükmü bu olaya kıyasen uygulanabilir[897]. Üçüncü görüş yine dürüstlük kuralına aykırılık temeline dayanmaktadır. Burada işçi, dürüstlük kurallarına aykırılık nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğini ileri sürülebilecektir[898]. Dördüncü

---

[893] Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 34.
[894] Soyer, **Feshe Karşı Koruma,** s. 35.
[895] 5 ay 29 günlük iş sözleşmesinin feshinde hakkın kötüye kullanıldığı yönünde, bkz. Y9HD, T. 01.04.2013, 2012/35856 E., 2013/10606 K. (www.legalbank.net)
[896] Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 200-251, s. 209 (İş Güvencesi); Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 978; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **Ders Kitabı**, s. 301; Özkaraca, **Eleştiri,** s. 102; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 62.
[897] Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.37; Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 233.
[898] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 167; Kılıçoğlu, **Çalışma Hakkı,** s. 1214; Çelik /Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.,** s. 519; Eyrenci /Taşkent /Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 199; Somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Süzek, **İş Hukuku,** s. 584; Güzel, **Eleştiri,** s. 266; İşçide bir güven oluşturulması durumunda ancak kötüye kullanımdan bahsedilebileceği yönünde Mustafa Alp, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, Ankara, TİSK, 2009, s. 133-177, s. 150 (Değerlendirme 2006); Gizem Sarıbay, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe**

görüş ise, işçinin iş güvencesi hükümlerine başvurmasını kabul etmemekle birlikte, burada hakkın kötüye kullanılması iddiasının da mümkün olmayacağını, altı aylık sürenin işverene tanınan bir değerlendirme süresi olduğunu[899], burada "*altı aya kısa bir süre kala*" kavramının objektif olarak tespitinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Nitekim altı aya beş gün kala yahut altı aya on gün kala gibi sürelerin hepsi, sürenin sonuna yakındır, ancak burada yakınlık kavramı nasıl belirlenecektir? Kısa sürenin belirlenmesi mümkün olmadığından, hangi koşulda, kaç gün kala dürüstlük kuralına aykırılık sonucu doğuran bir fesih olduğu tespit edilmesi de eşit ölçüde zorluk yaratacaktır[900].

Alman Federal İş Mahkemesi geçmişte verdiği bazı kararlarında, dürüstlük kuralına aykırı şekilde işçinin koruma kapsamına girmesini engelleyici nitelikte bir feshin yapılması söz konusuysa, bu durumda korumanın işletilmesi gerektiğini belirtmiştir[901]. İşverenin sözleşmenin altı aylık sürenin sonrasında da devam edeceğine dair beklenti yaratan davranışlarına karşılık kıdem süresi sona ermeden fesih bildiriminde bulunmasının çelişkili davranış yarattığı ve dürüstlük kuralına aykırı olduğuna karar verilmiştir[902]. Ancak işverenin sözleşmeyi feshetmek için objektif bir nedeni varsa, söz konusu sonuca ulaşılamaz. Belirtmek gerekir ki, objektif neden ifadesiyle Alman Feshe Karşı Koruma Yasası'nın 1. maddesinde sosyal anlamda haklı bir neden kastedilmemektedir[903]. İşveren bu süreçte işçinin işe ve işyerine uyumunu gözlemleyerek gerekirse içgüdülerine dayanarak dahi karar verebilecektir; kural olarak altı aylık dönemde sözleşmeyi feshetmek bakımından özgür olduğu kabul edilmektedir[904].

İtirazın Sonuçları, İstanbul, Legal, 2007, s. 70; Şahlanan, **Değerlendirme 2008**, s. 142; Münir Ekonomi, "İş Güvencesinden Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi, Bekleme Süresi", **Legal İSGHD**, S: 34, 2012, s. 26-27 (Altı Aylık Kıdem); Bektaş Kar, **İş Güvencesi ve Uygulaması**, 3. Bs., Ankara, Yetkin, 2017, s. 98.

[899] Özkaraca, **Eleştiri,** s. 102; Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2016**, s. 446-447; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e**., s. 582.

[900] Y9HD T. 04.02.2019, 2019/66 E., 2019/2622 K.

[901] BAG T. 05.03.1987 - 2 AZR 187/86, T. 18.08.1982 - 7 AZR 437/80, T. 12.12.1996 - 2 AZR 7/96.

[902] BAG 16.09.2004 - 2 AZR 447/03; APS/Vossen, **KSchG § 1**, Knr. 34.

[903] BAG T. 22.04.2010 - 6 AZR 828/08

[904] APS/Vossen, **KSchG § 1**, Knr. 32.

Türk Hukukunda doktrindeki görüşleri değerlendiren Yargıtay daireleri, altı aylık sürenin işverene tanınan bir süre olduğu ve bu nedenle altı ayın dolmasına kısa bir süre kala yapılan feshin, kötüye kullanma sonucu doğurmayacağı yönünde görüş değişikliğine gitmiştir[905].

3. Feshin Geçerliliği İçin Aranan Koşullar ve Dürüstlük Kuralı

a. Belirli Hususların Feshe Konu Edilmemesi

İş güvencesinin kapsamını düzenleyen 18. maddenin üçüncü fıkrasında bazı hususların özel olarak fesih sebebi teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre: *"Özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz: a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak. b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak. c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak. d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler. e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek. f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık."*

Sayılan haller, 158 sayılı Sözleşme'nin 5 ve 6. maddelerinden alınmıştır. 5. maddede birtakım sebepler sayılarak bunların feshe konu edilmemesi öngörülmüş, 6. maddede ise belirtilen sebeplerin ancak belirli bir zamanda feshe konu teşkil edebileceği düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasının a, b, c ve d bentleri Sözleşme'nin 5. maddesine, e ve f bentleri ise Sözleşme'nin 6. maddesine tekabül etmektedir.

[905] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e**., s. 582; Y9HD T. 01.06.2016, 2016/21667 E., 2016/13091 K.; Y9HD, T. 04.02.2019, 2019/66 E., 2019/2622 K.(Naklen: Şahin Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2019-2021**, Ankara, Yetkin, 2021, s. 501-503).

Belirtmek gerekir ki, 158 sayılı Sözleşme'nin amacı, iş sözleşmesinin feshini yalnızca küçük bir grup işçi için geçerli sebeplere bağlamak değil, olabildiğince çok işçi için güvence getirilmesidir. Fesih için sebep oluşturmayacak haller sözleşme ile düzenlenirken, Sözleşme'nin 5. maddesindeki sebepler diğer ILO sözleşmelerinde işçinin korunması öngörülen hallerin derlemesi olarak düşünülmüştür. Altıncı maddede ise işe geçici devamsızlık olarak nitelendirilen hallerin değerlendirilmesi ulusal mevzuata bırakılmıştır[906]. Bununla birlikte Uzmanlar Komitesi, işçinin işe devam etmesinin mümkün olmadığı hallerde işin korunmasını sağlamanın maddenin temel amacı olduğunu ve yapılacak değerlendirmeye bu amacın esas alınması gerektiğini ifade etmektedir[907].

Kanun koyucu iş sözleşmesinin geçerli fesih sebeplerine geniş bir çerçeve çizerek, somut olaydaki değerlendirmeyi yargılamaya bırakmayı; ancak feshe konu olmayacak halleri açıkça düzenlemeyi tercih etmiştir[908]. Doktrinde, bu sebeplerin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir[909]. Kanımızca bir sebep eğer bir iş sözleşmesini sona erdirmek için geçerli sebep olarak kullanılamayacaksa ve fesih hakkının kullanılması ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasının çatıştığı bir noktadan bahsediliyorsa[910], dürüstlük kuralı kapsamında, iş güvencesi olsun olmasın tüm iş sözleşmeleri bakımından bu sebeplerin feshe konu edilmemesi gerekmektedir. Nitekim yukarıda hakkın kötüye kullanılması sisteminde de ayrıntılı bir şekilde değerlendirildiği üzere, kanunda yer alan hususlar, kötüye kullanım örnekleri olarak değerlendirilmektedir.

Belirtilen haller sınırlı olarak sayılmamıştır[911]. Yargıtay'ın bir kararına göre, *"...Bundan başka 4857 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (*

[906] Note on Convention No. 158 and Recommendation No. 166 concerning termination of employment, s. 8. (Çevrimiçi: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_171404.pdf) (Erişim tarihi: 10.11.2020)
[907] ILO, **Protection Against Unjustified Dismissal**, International Labour Conference 82nd Session, 1995, Knr. 137, s. 59 (Çevrimiçi: http://ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1995-82-4B).pdf) (Erişim tarihi: 10.11.2020)
[908] Centel, **İş Güvencesi,** s.74.
[909] Ulucan, **İş Güvencesi,** s. 46-47; Eyrenci, **İş Kanunu,** s. 34; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 206.
[910] Madde gerekçesinde özel olarak güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin, fesih sebebi olamayacağı açıkça belirtilmiştir.
[911] Süzek, **İş Hukuku**, s. 615; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 207.

b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayrım yasağı da mutlak ayrım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Yasanın 5 inci maddesiyle 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayrım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasî sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık da korunmamalıdır[912] *"*

Kanun koyucu söz konusu hallerin feshin koruma amacı dışında kaldığını, bu nedenle sayılan sebeplerin geçerli neden olarak kabul edilemeyeceğini "*yoruma yer vermeyecek bir biçimde*" açıkça belirtmiştir. 158 sayılı Sözleşme'de yer verilen bu fesih engelleri genel olarak fesih hakkının amacıyla bağdaşmayan hallere işaret eden, fesih hakkının kötüye kullanılması sonucu doğuracak sebeplerdir[913]. Ayrımcılık, sendikal sebepler, misilleme amacıyla yapılan fesihler ve iş sözleşmesinin askıya alınmasının mümkün olduğu bazı hallerde işverenin fesih hakkını kullanması engellenmek istenmiştir[914]. Fransız Hukukunda da benzer düzenlemelere İş Kodu'nun çeşitli hükümlerinde yer verilmiştir. Cinsel veya psikolojik tacize maruz kalan işçiler, grev hakkını kullanan işçiler feshe karşı korunmuş, ayrımcılığa dayanan fesih yasaklanmış; hamile veya hasta olan işçilerde ise işverenin fesih hakkını kullanabilmesi için bu durumlarla ilgisi olmayan ağır sebeplerin mevcut olması aranmıştır[915].

Kanımızca bu sebepler yalnızca geçerli sebep olamayacak haller değil, aynı zamanda *de lege feranda* feshe sebep olamayacak haller arasında sayılmalıdır. Sayılan hallerin iş güvencesini düzenleyen hükümler içinde yer almaları, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için "makul sebep" olduğu anlamına gelmemelidir. Nitekim bu düzenlemeye paralel biçimde yargılama ile hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu tespit edilen diğer hallere de yukarıda ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Görülmektedir ki fesih hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçebilmek adına,

[912] Yargıtay 9. HD T. 08.09.2014, 2012/33335 E. , 2014/25434 K. (www.legalbank.net)
[913] Aynı görüşte, Bedük, **Kötüniyet,** s. 929.
[914] Centel, **İş Güvencesi,** s. 75 vd. Buna karşılık Yargıtay, işçinin raporlu olduğu dönemde iş sözleşmesinin feshedilmesini kötüniyet olarak saymamıştır, bkz. Y9HD, T. 09.05.2008, 2008/12847 E., 2008/11903 K., Y9HD, T. 15.02.2010, 2008/16806 E., 2010/3579 K.
[915] Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 474, s. 589-590.

sayılan hallere iş güvencesini düzenleyen 18. madde yerine, bildirimli feshi düzenleyen 17. maddede yer verilmesinin, olması gereken hukuk bakımından uygun düşeceği kanaatindeyiz. Özetle, hem 158 sayılı Sözleşme'yle hem de İşK ile bu hallerin feshe konu edilemeyecek haller arasında sayılması, temel hak ve özgürlüklerin korunması kapsamında değerlendirilmeli, amaca uygun olarak tüm işçilere yönelik fesihlerde bir sınırlama teşkil etmelidir.

b. Geçerli Sebebin Varlığı

(1) Geçerli Sebep Kavramı

İşK m. 18'de feshin hangi hallerde hukuka uygun sayılacağı, geçerli sebeplere atıf yapılarak düzenlenmiştir. Geçerli neden ile anlatılmak istenen nedenler, işletmeye veya işe zarar vermeyen ancak iş ilişkisine devamı mümkün kılmayan, işgörme borcunu olumsuz etkilediği için işin gereği gibi ifasını engellemektedir[916]. Maddenin özelliği, ILO düzenlemeleriyle paralel bir biçimde, açıkça bir geçerli fesih sebebi belirtmeden genel bir çerçeve oluşturmasıdır. İşçinin yetersizliği veya davranışları yahut işletme gerekleri geçerli neden oluşturduğundan, bu hallerin kanun koyucu tarafından tek tek sayılması mümkün olamayacaktır, zira çalışma hayatı içinde birçok olay yaşanabilir ve nelerin yaşanabileceği önceden tahmin edilemeyebilir. Gerekçede belirtildiği üzere sözleşmenin "*işveren açısından önemli ve makul ölçüler*" kapsamında sürdürülememesi beklenecektir.

Kanunun yürürlüğe girdiği 2003 yılından bu yana Yargıtay uygulamaları, bu konuda zengin bir içtihat oluşmasını sağlamıştır. İş güvencesini kabul eden diğer ülkelerde somutlaştırma yargılama yoluyla olmuştur. Fransız Hukukunda "*gerçek ve ciddi sebep*[917]" olarak adlandırılan ancak içeriği yasal düzenleme ile doldurulmamış

[916] Ulucan, **İş Güvencesi,** s. 37; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 69; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 984.

[917] Fransız Çalışma Bakanlığının ifadesiyle: "*sebebin gerçek olması, önyargıdan ve keyfilikten uzak, objektif olmasını ifade eder; örneğin kusur, profesyonel yetersizlik veya işletmede yeniden yapılanma birer gerçek sebep olabilir*"; sebebin ciddiyeti ise, "*ciddi bir sebep, işletmeye zarar vermeksizin çalışmayı sürdürmeyi imkansızlaştıran ve feshi gerekli kılan belirli ağırlıktaki sebeptir*." olarak tanımlanmaktadır, bkz. Cristau, **a.g.m.,** Knr. 166, 172.

fesih sebeplerinin, içtihatlarla şekillendirildiği savunulmaktadır[918]. Alman hukukunda da yasal düzenlemenin "*sosyal açıdan haklılık*" arayışında olduğu görülmekle, hangi nedenlerin sosyal açıdan haklı olduğu yargılama ile tespit edilmektedir[919].

Geçerli sebeplerin tespitinde içtihadın oluşması noktasında kötüniyetli feshin de yol gösterici olduğu doktrinde kabul edilmiştir[920]. Doktrinde Alp, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için kötüniyetin varlığının aynı zamanda fesih için geçerli bir sebebin de yokluğu sonucu doğuracağını ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, geçerli sebep ile kötüniyetin arasındaki farka değinmek açısından şu betimlemeyi yapmıştır: "*Geçerli bir sebebin varlığını iddia eden işveren, iş ilişkisinin devamına engel olan objektif nedenlerin varlığını ispatla yükümlüdür. Burada artık iyiniyet ya da kötüniyetin varlığı araştırılmamakta, işverenin davranışları değerlendirilmemekte, sadece işyeri, iş ve işçi açısından iş ilişkisinin devamını engelleyen somut objektif olgular araştırılmaktadır.*[921]"

İş güvencesi sisteminin öncesinde, fesihlerde geçerli sebep aranmamaktaydı[922] ve hakkın kötüye kullanılması, olağan fesih için bir geçersizlik ölçütü olarak sayılmıyordu[923]. İş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebilmesi, hakkın kötüye kullanılması denetimine göre çok daha gelişmiş bir yöntemdir[924], çünkü geçerli sebebin ortaya çıkması, fesih hakkının doğmasına neden olur[925]. Buna karşılık, iş güvencesini haiz olmayan işçiler bakımından, işverenin fesih hakkının doğması için bir geçerli sebebe gerek yoktur. İki sistem arasındaki temel farklılık buradan gelmektedir[926]. İş güvencesi olmayan işçi bakımından feshe konu edilen sebep açıklanmamakta, işverenin davranışının hakkın kötüye kullanılması oluşturup oluşturmadığı olay örgüsü kapsamında değerlendirilerek tespit edilebilmektedir. Bu nedenle işverenin fesih nedenini ispatlayamaması iş güvencesi sisteminde feshi

---

[918] Odaman, **Geçerli Sebep**, s. 23; Odaman, **Değerlendirme 2011,** s. 146 vd.
[919] Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 70-71.
[920] Mustafa Alp, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", **DEÜHFD**, C:5, S:1, 2003, s. 1-40, s. 12 (İş Güvencesi); Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 202.
[921] Alp, **İş Güvencesi**, s. 14.
[922] Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 983.
[923] Saymen, **İş Hukuku,** s. 567.
[924] Özdemir, **Dürüstlük Kuralı**, s. 57.
[925] Savaş, **a.g.e.,** s. 29; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 346; Fabre, **a.g.m.,** Knr. 139.
[926] Süzek, **İş Hukuku,** s. 573; Süzek, **Geçerli Fesih**, s. 567; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 204.

geçersiz kılabilecekken, güvencenin olmadığı iş ilişkileri bakımından feshi başlı başına kötüniyetli kılmayacaktır[927].

Feshe karşı getirilen güvenceler bakımından bu temel ayrımın tespitini destekleyen bir diğer hususun da ispat yükü olduğu belirtilmiştir, nitekim geçerli sebebin varlığını işveren ispat etmekte, buna karşılık hakkın kötüye kullanıldığını işçi ispat etmektedir[928]. Ancak belirtmek gerekir ki hakkın kötüye kullanıldığı hallerde kişinin niyeti araştırılmamakta, hakkın dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmaması aranmaktadır.

Geçerli nedenler, sözleşmeye derhal son verilmesine sebep olmaz ancak, bunların makul ve meşru sebepler olması ve haklı nedenlerden farklı nitelikte olması gerekir[929]. Geçerli nedenler ile feshe makul sebep teşkil eden dürüstlük kuralına uygun nedenlerin uyuştuğu doktrinde ifade edilmektedir[930]. Madde gerekçesi bu anlamda uygulayıcılara yol gösterici olmaktadır[931]. Çeşitli örnekler kanunun gerekçesinde sayılmıştır; işçiden kaynaklanan yahut işyeri, işletme ve işin niteliğinden kaynaklanan nedenler, geçerli neden olabilir. İşçiden kaynaklanan nedenler, işçinin yetersizliği veya davranışlarıdır. Yetersizlik, mesleki ya da kişisel yetersizlik olarak ortaya çıkabilir. İşçinin davranışları ise kanun gerekçesinde 25. maddede belirtilen ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık halleri kadar ağır olmayan ancak işyerindeki sükûn ve işleyişi bozacak, güven sarsıcı davranışlar olarak nitelendirilmiştir.

Salt bu nedenlerin varlığı da tek başına feshin geçerliliği sonucunu doğurmayacaktır. Dürüstlük kuralı, iş güvencesinde geçerli nedenin tespitinde işlevini

---

927 Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 567.
928 Alp, **İş Güvencesi**, s. 15.
929 Güzel, **İş Güvencesi**, s. 53 vd. ; Devrim Ulucan, "4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı", **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri,** 2. Bs., İstanbul Barosu Yayınları, 2003 s. 17-49 (Geçerli Neden); Alp, **İş Güvencesi**, s. 14; Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 960, 985; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 102. Yargtay'ın ölçülülük ilkesine başvurarak haklı neden yerine geçerli nedeni tespit ettiği yönünde, bkz. Centel, **İş Güvencesi**, s. 72; Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 1017; Doktrinde Süzek'in ifade ettiği "makul sebep" ile "geçerli sebep" kavramlarının aynı anlama geldiği yönünde, bkz. Odaman, **Değerlendirme 2011**, s. 144, dn 15.
930 Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 18; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 960; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 70.
931 Fevzi Demir, "Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama", **Legal İSGHD**, S:10, 2006, s. 469-499, s. 471 (Geçerli Sebep); Gerekçedeki örneklerin Alman Federal İş Mahkemesi kararlarından oluşturulduğu görüşünde, bkz. Aktay / Arıcı / Senyen Kaplan, **a.g.e.,** s. 190.

sürdürmektedir. Çünkü belirtilen sebebin "geçerli neden" teşkil etmesi için işçinin kusuru, verdiği zarar, davranışın işyeri düzenine etkisi gibi kıstaslar ile birlikte; işverenin iş ilişkisine devam etmesinin somut olaya göre beklenebilir olup olmadığı, yaşanan olayın veya işçinin davranışının güven ilişkisini tamamen ortadan kaldırıp kaldırmadığı gibi hususlar gözetilmektedir[932]. Dürüstlük kuralı gereğince somut olaya göre değerlendirme yapılmakta, kimi zaman bir işveren için geçerli sebep oluşturabilecek durum, bir başka işveren için oluşturmamaktadır.

Bu hususu işçi ve işveren açısından iki aşamalı olarak değerlendirmek gerekmektedir. İlk aşamada, işçinin iş görme borcu, sadakat borcu, özen borcu gibi iş sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmesinin kriteri olarak dürüstlük kuralına başvurulmaktadır. İkinci aşamada, işverenin sözleşmeyi sona erdirmede, yani fesih hakkını kullamakta haklı menfaati olup olmadığı değerlendirilmektedir. Hem işçi, hem de işveren iş sözleşmesinin sürekliliği için gerekli özeni göstermek ve buna göre sözleşmenin ifa edilmesini güçleştiren davranışlardan dürüstlük kuralı uyarınca kaçınmakla yükümlüdürler[933].

İşletmeden kaynaklanan nedenler ise reorganizasyon, ekonomik kriz nedeniyle bölüm kapatılması, teknolojik yapı değişikliği vs gibi işçinin artık ilgili pozisyonda çalışabileceği alan bırakmayan nedenler olarak tanımlanabilir. Bu nedenlerde de yapılan denetimde iş organizasyonunda yapılan değişiklik nedeniyle objektif olarak dürüst, makul ve adil bir işverenin davranışı tespit edilmekte ve fesih kararının objektif, tutarlı, keyfi olmayan bir biçimde alınması beklenmektedir.

Madde gerekçesinde "*iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda*" ifadesiyle, işverenin sözleşmeyi sürdürmesine engel teşkil eden hallere işaret edilmektedir; hangi hallerde makul ve önemli ölçü kriterinin gerçekleştiği, yargılama faaliyetiyle

[932] Fransız Hukukunda güvenin sarsılması yahut güven kaybının, başlı başına fesih sebebi olarak değerlendirilmemesi gerektiği 1990 yılında verilen *Fertray* kararıyla tespit edilmiştir. İlerleyen yıllarda ise bir adım öteye gidilerek, objektif olgulara dayansa dahi güven kaybının fesih sebebi teşkil etmeyeceği çünkü sebebin kendisinin yeterli objektifliğe ulaşmadığına yönelik kararlar verilmiştir, bkz. Fabre, **a.g.m.,** Knr. 145-146.
[933] Özdemir, **Dürüstlük Kuralı**, s. 58; Güzel, **Ultima Ratio,** s. 63.

somutlaştırılmaktadır[934]. İşçiden kaynaklanan geçerli sebeplerin tespiti ve işletme gereklerinde işverenin nasıl bir yol izlemesi gerektiği, tarafların hak ve borçlarının şekillendirilmesi vesilesiyle belirginleşecektir. Bu nedenle borcun ifasında ve hakkın kullanılmasında ölçüt olarak dürüstlük kuralına başvurulmaktadır.

(2) İşçinin Yetersizliği veya Davranışlarından Kaynaklanan Sebepler

(i) İşçinin Yetersizliği

Yeterli olmak, kişinin yetenek, bilgi, birikim, eğitim, fiziksel engeli olmama, sağlık gibi sınırlı olarak sayılamayacak özelliklerinin, yapacağı işe göre değişkenlik göstermekle birlikte kendi göreceği iş için uygun, ideal olmasını ifade eder. Bu nedenle yetersizlik denildiğinde, yeterliliğin zıddı ve kişinin, iş için uygun olmadığı anlaşılmalıdır[935]. İşçinin yetersizliği, verime, performansa veya uyuma ilişkin olabilir, kanun gerekçesinde de bazı örneklere yer verilmiştir[936].

İşçinin yetersizliğini fiziki ve mesleki yetersizlik olarak iki ana başlıkta inceleyebilmekteyiz. Fiziki yetersizlik, işçinin bedensel engelliliği, hastalığı veya yaşlılığı gibi durumlarda iş görme borcunu beklenildiği gibi ifa edememesi olarak görünüm kazanır. Burada, işçinin fiziki yetersizliği ile işyerindeki işleyişin bozulması arasında illiyet bağı aranır[937]. Kişinin salt yaşlanmış olması başlı başına bir geçerli neden teşkil etmez, yaşlılık eğer işçinin verimini etkiliyorsa feshe neden olabilecektir. Kıdemli işçinin sözleşmesinin verim düşüklüğü iddiasıyla feshedilmesinde, doktrinde dürüstlük kuralına göre en azından işçinin yaşlılık aylığına hak kazanmasının beklenilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[938]. Bu hususa ilişkin açıklamalara yukarıda ayrıntılı olarak yer verilmiştir[939].

---

[934] Ulucan, **İş Güvencesi,** s. 44.
[935] Alpagut, **İş Güvencesi**, s. 213.
[936] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 74; Aktay / Arıcı / Senyen Kaplan, **a.g.e.,** s. 190.
[937] Süzek, **Geçerli Fesih**, s. 570; Karademir, **a.g.e.,** s. 110.
[938] Süzek, **Geçerli Fesih**, s. 573. Aynı görüşte Billeter, **a.g.e.,** s. 46.
[939] bkz.: yuk. İkinci Bölüm, II-B-3-a-(3)-(iv).

Sık sık rapor alınması geçerli nedenlere bir örnek oluşturabilir[940], fesih sebebi hastalık değil ancak hastalık nedeniyle yetersiz iş görülmesi olmaktadır[941]. Ayrıca işin niteliğine göre raporun hangi sıklıkta alındığı incelenmektedir; zira işin niteliği, işverenden objektif olarak beklenebilirliği belirtecektir. 2018 tarihli bir kararda kabin memuru olan işçinin yılda 25-30 gün arasında değişen sayılarda rapor alması, geçerli neden olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar BAM kararında bir yılda alınan rapor süresi makul süre kapsamında değerlendirilmiş olsa da Yargıtay, uçuş planlarının önceden yapıldığını ve son dakika alınan raporların uçuşları ve işin yürütmünü olumsuz etkilediğini, bu nedenle işveren için sözleşmeye devamın çekilmez kılındığına karar vermiştir[942].

Kimi zaman işçinin kilo gibi fiziksel özellikleri de bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Yargıtay kilo fazlası nedeniyle uçuş personeli olarak görevlendirilemeyen işçinin, yer hizmetlerinde görevlendirilmesinin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir[943]. Somut durumda işçinin fiziki yetersizliği kabul edilse dahi geçerli nedenden bahsedebilmek için öncelikle feshe alternatif yolların tüketilmesi aranmıştır.

İşçinin mesleki yetersizliği bakımından hükmün gerekçesinde, aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışması durumunda geçerli nedenin ortaya çıktığı belirtilmektedir[944]. Performans düşüklüğü, işverenler için sıklıkla başvurulan bir fesih sebebi olmakla birlikte, bu sebebin keyfi olarak kullanılması engellenmek istenmektedir. Objektif olarak o işyerine özgü öngörülmüş gerçekçi performans kriterlerinin işçiye önceden tebliğ edilmesi gerekliliği birçok

[940] Demir, **Geçerli Sebep**, s. 475; Somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği görüşünde, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 597.
[941] Mahmut Kabakcı, **Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme**, İstanbul, Beta, 2012, s. 163.
[942] Y9HD, T. 24.10.2018, 2018/2972 E., 2018/16466 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[943] Y22HD, T. 18.06.2012, 2012/11598 E., 2012/23353 K. Kararın eleştirisi için, bkz. Fevzi Şahlanan, "İşçinin Fiziki Yetersizliği Nedeniyle İş Akdinin Feshi", (Karar İncelemesi), **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, s. 200-203 (Fiziki Yetersizlik).
[944] Kabakcı, **a.g.e.**, s. 13; Süzek, **Geçerli Fesih**, s. 573.

Yargıtay kararıyla ortaya koyulmuştur[945]. İşveren performans kriterlerini işçi çıkarmak için değil, işyerinde verimliliği artırmak için getirmeli ve dürüstlük kuralına uygun bir biçimde ölçmeli, takibini yapmalıdır. Ayrıca işçinin mesleki yetersizliği olduğunu iddia edebilmek için, verilen iş ile işçinin mesleki yeterliliği veya kapasitesinin örtüşmesi gerekir. 2005 tarihli bir Yargıtay kararında, özürlü işçi kontenjanında çalışan ve %45 özrü olan işçiye masa başı iş verilmesi gerekirken, uzun saatler ayakta çalıştırılan, bu nedenle de performansının diğer işçilere göre düşük çıkan işçinin somut olayda, kendi özel durumu uyarınca performans değerlendirmesine tabi tutulması gerektiği belirtilmiştir[946]. Dürüstlük kuralı uyarınca, işçinin zaten yapmaya yetkin olmadığı bir işi yapması beklenmemelidir.

Performans düşüklüğünün süreklilik arz etmesi halinde işverenin işçiyi uyarması, uyarının üstüne işçinin bu durumu düzeltmesi için ona uygun bir süre tanınması, mümkünse yüksek maliyeti olmayan eğitimlerin işçiye sağlanması[947] gibi uygulamalar da işverenden, dürüstlük kuralı uyarınca fesih yerine başvurması gereken yollar olarak görülmektedir. Bu yollar, son çare ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir.

(ii) İşçinin Davranışları

İşçinin davranışları işyerindeki işleyişi olumsuz etkiliyorsa, geçerli neden teşkil edebilecektir[948]. Bu davranışların neler olduğu sınırlı olarak sayılamamakla beraber, haklı neden teşkil edecek kadar ağır olmayan davranışların geçerli neden olabileceği ifade edilmektedir. Kanun gerekçesinde hangi davranışların bu kapsamda değerlendirileceğine dair birtakım örnekler verilmiş ve yıllar içinde Yargıtay uygulamasıyla bu örnekler geliştirilmiştir. Davranışın geçerli neden mi yoksa haklı

[945] Y9HD, T. 08.04.2008, 2007/27735 E., 2008/7818 K.; Y9HD, T. 28.04.2008, 2007/35831 E., 2008/10338 K.; Y9HD, T. 09.03.2009, 2008/20570 E., 2009/6142 K.; Centel, **İş Güvencesi,** s. 75-76; Demir, **Geçerli Sebep**, s. 476.
[946] Y9HD, T. 21.04.2005, 2004/23961 E., 2005/14007 K.
[947] Centel, **İş Güvencesi,** s. 76-77; Dilek Dulay, "İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi", **Legal İSGHD**, S: 27, 2010, s. 963-978, s. 976.
[948] Süzek, **Geçerli Fesih,** s. 575.

neden mi oluşturacağı arasındaki ayrımı yapmak her durumda kolay olmamaktadır[949] ve bu durumda kullanılan ölçütlerden biri işçinin kusuru olacaktır. Kural olarak ağır kusurlu davranışlar haklı nedenle derhal fesih hakkı vermekle birlikte, bu dereceye ulaşmayan ihmali davranışlar, geçerli sebep oluşturabilecektir[950]. Hafif kusurun veya işin niteliği gereği beklenebilir aksaklıkların geçerli neden olarak değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir[951]. İşçiden dürüstlük kuralı kapsamında beklenecek özene göre hafif kalacak bazı davranışlar, geçerli sebep oluşturmamalıdır[952]. Ayrıca işveren, geçerli neden oluşturduğunu iddia ettği davranışlara kendisi sebep olmamalıdır. İşverenin, işçi ile diğer çalışanlar arasında fikir çatışmasına sebep olacak bir ortam yaratması ardından, işçinin zor bir karakteri olduğunu ileri sürerek işin yürütümünün olumsuz yönde etkilendiği iddiasıyla sözleşmenin feshi, İsviçre Federal Mahkemesince dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilmiştir[953].

Söz konusu nedenin geçerli neden oluşturup oluşturmayacağı objektif olarak işçiden beklenen davranışın tespitiyle, yani dürüstlük kuralıyla ortaya koyulacaktır. İşçi, eğer objektif olarak sözleşmeyi ihlalden kaçınabiliyorsa ve kaçınmadığı için işverenin işletme yararı zedeleniyorsa, bu durumda işçiden kaynaklanan nedenin geçerli olduğundan bahsedilebilir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, asli edim yükümlülükleri ile birlikte yan edim yükümlülüklerinin de dürüstlük kuralına uygun olmayan biçimde ifa edilmesi söz konusu olabilir[954]. Nelerin feshe konu edileceği işçi lehine olacak şekilde sözleşmelerle somutlaştırılabilir, örneğin bir davranışın hangi halde geçerli neden teşkil edeceği açıkça düzenlenebilir[955].

Kural olarak işyeri dışındaki sebepler iş sözleşmesinin feshedilmesi için geçerli sebep oluşturmayacaktır, ancak söz konusu sebeplerin iş ilişkisinin devamını olumsuz

[949] Demir, **Geçerli Sebep,** s. 470.
[950] Süzek, **Geçerli Fesih,** s. 578; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 81.
[951] Süzek, **İş Hukuku,** s. 605. Doğrudan fesih yolunun kapatılmaması gerektiği görüşünde, bkz. Kabakcı, **a.g.e.,** s. 214.
[952] Süzek, **Geçerli Fesih,** s. 579.
[953] ATF T. 22.06.2010, 4A_158/2010, c.3.2(f) (Naklen: Favre-Morellion, **a.g.e.,** s. 158).
[954] Alpagut, **İş Güvencesi,** s. 215-216; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 81; Özdemir**, Dürüstlük Kuralı**, s. 58-59.
[955] Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 345.

etkilemesi halinde geçerli sebebin varlığından bahsedilebilir[956]. 2019 tarihli bir kararında Yargıtay, işçinin değişik alacaklılara ödemesi gereken borçlarına ilişkin icra müdürlüğünden işyerine ücret kesme yazıları gelmesi ve bunların sayıca çok olması durumunu değerlendirmiştir. Söz konusu olayda işçinin birçok defa uyarıldığı, savunmasının alındığı fakat işyerindeki muhasebe elemanının sürekli olarak bu durumla ilgili işlem yapmak zorunda kaldığı, işyerinde olumsuzluğa yol açtığı gerekçesiyle Yüksek Mahkeme söz konusu sebebin geçerli sebep olduğuna hükmetmiştir[957]. Ücretine haciz gelen her işçi için geçerli sebebin oluştuğunu kabul etmemek gerektiği, doktrinde de ifade edilmiştir[958]. 22. Hukuk Dairesi'nin 2013 tarihli bir kararında ise işçinin geçersiz fesih sonucu borçlanmasına sebep olan işverenin, işe iade kararı sonrası tekrar işe başlayan işçi için haciz yazılarını gerekçe göstererek sözleşmeyi feshetmesini geçersiz ve haksız bulmuş[959], kararı inceleyen Alp ise Yüksek Mahkeme'nin kararının dürüstlük kuralına uygun olduğu görüşünü ifade etmiştir[960]. İşçinin yüklü borçlarının geçerli sebep oluşturup oluşturmayacağı ile ilgili Alman Hukukundaki tartışmaları inceleyen Kabakcı ve Baysal, eskiden bu hususun geçerli sebep oluşturduğuna dair verilen kararlara rağmen artık ancak istisnai durumlarda feshi geçerli kabul etmenin mümkün olduğunu belirtmişlerdir[961].

Bazı hallerde işverenden sözleşmeyi sürdürmesi beklenemeyecek ölçüde güven ilişkisi sarsılmış olursa, işveren derhal fesih değil ancak olağan fesih hakkını kullanabilecektir[962]. Ancak güven ilişkisinin sarsılması iddiasına kanımızca dikkatle yaklaşılmalıdır. Özellikle şüphe feshinin kabul edilip edilemeyeceği hususunda güvenin sarsıldığı iddiası gündeme gelmektedir. İsviçre Hukukunda konu oldukça

---

[956] Bir başka çalışana karşı işyeri dışındaki davranışları nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçi bakımından yapılan değerlendirme için bkz. Y9HD, T. 29.05.2019, 2019/538 E., 2019/12543 K.; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 602.

[957] Y9HD, T. 18.02.2019, 2018/6238 E., 2019/3907 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)

[958] Şahlanan, **Değerlendirme 2008,** s. 150; Alp, **Değerlendirme 2013**, s. 203.

[959] Y22HD, T. 25.06.2013, 2013/16668 E., 2013/15441 K.

[960] Alp, **Değerlendirme 2013**, s. 202.

[961] Mahmut Kabakcı / Ulaş Baysal, "İşçilerin İş Sözleşmeleri Haklarında Çok Sayıda İcra Takibi Bulunması Nedeniyle Feshedilebilir Mi? – Bir Kamu İktisadi Teşebbüsünün Konuyla İlgili Genelgesi Üzerine Değerlendirme –", **İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı**, C: 74, s. 465-479, 2016, s. 471.

[962] Fransız hukukunda da mevcut durumun objektif olarak doğrulanması halinde işverene fesih hakkı verdiği yönünde, bkz. Süzek, **İş Hukuku,** s. 605.

tartışmalıdır, şüpheye dayalı feshin masumiyet karinesine aykırılık teşkil edeceği (İş Hukukuna da kıyasen uygulanması gerektiği) ileri sürülmektedir[963].

Alman Hukukunda şüphe feshi, işçinin yeterliliğine dair bir kavram olarak değerlendirilmektedir[964]. İşveren, işçinin yeterliliğine dair şüphe duymakta ve bu şüpheyi somut olarak gideremekte, bu nedenle aradaki güven ilişkisi ortadan kalkmaktadır. Söz konusu şüphe, işçinin bir suç işlediğine veya iş sözleşmesinden kaynaklanan edimlerini yerine getirmeyeceğine yönelik olabilir[965]. Alman Hukukunda, makul ve adil bir işverenin, iş sözleşmesinin feshine yol açacak derecede ve yoğunlukta şüphesinin var olması durumunda söz konusu feshin geçerli olduğu, burada sübjektif bir değerlendirme yapılmaması gerektiği ifade edilmiştir[966]. Ayrıca şüpheye dayanarak iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin savunması alınmalı, şüpheyi yaratan olayı ortaya çıkarabilmek için işveren, kendisinden beklenecek bütün yöntemleri kullanmalıdır[967]. Aynı zamanda, işverenin sözleşmeyi feshetmesinin ardından şüphenin giderilmesi halinde dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin yeniden kurulmasına yönelik bir yükümlülüğün doğabileceği de savunulmuştur[968].

Şüphe feshinin iş güvencesi sisteminde hangi başlık altında değerlendirileceği de tartışmalıdır; işçinin davranışlarından kaynaklandığını ileri süren görüşlerle birlikte, işçinin yeterli güveni sağlayamaması nedeniyle yetersizliğine dayandırılan görüşler de mevcuttur[969]. Yargıtay, rakip firmaya bilgi sızdırıldığından şüphelenen işverenin feshini, şüphe feshi kapsamında değerlendirmiştir[970].

Türk Hukukunda son yıllarda verilen kararlarla, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri, şüphe feshine ilişkin değerlendirmeyi iş güvencesinde geçerli neden

---

[963] Aynı zamanda işçinin kişiliğini koruma borcuna da aykırılık teşkil edeceği yönünde bkz. Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 435, s. 160-161. Şüphe feshini kabul etmeyen görüşler için bkz. Erdoğan, **Şüphe,** s. 74 vd.
[964] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 107.
[965] Kübra Doğan Yenisey, "Şüphe Feshi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:11, Eylül 2008, s. 65-72, s. 67 (Şüphe Feshi); Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 108.
[966] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 109.
[967] Doğan Yenisey, **Şüphe Feshi**, s. 68; Erdoğan, **Şüphe,** s. 19.
[968] **MüKoBGB / Gaier**, 8. Auflage 2019, BGB § 314, Knr. 20 (Naklen: Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 153); Gümüş, **a.g.e.**, s. 207.
[969] Alman Hukuku ve Türk Hukukundaki görüşler için bkz. Erdoğan, **Şüphe**, s. 127 vd.
[970] Y22HD T. 17.03.2014, 2013/33702 E., 2014/6183 K.; Erdoğan, **Şüphe**, s. 12.

kapsamında yapmaktadır[971]. 2018 tarihli bir BAM kararında, şüphe feshinin haklı değil, geçerli nedene dayalı fesih sebebi oluşturabileceği ifade edilmiştir[972].

İşveren kendisinden dürüstlük kuralı gereğince beklenen tüm çabaları gösterdiği halde şüpheyi gideremiyorsa, fesih için haklı sebebin mevcut olacağı ileri sürülmüştür. Bu durumda feshin ekonomik yükü işverenin üzerinde kalacaktır, eğer şüphenin dayanaksız olduğu sonucuna varılırsa işveren haksız feshin sonuçlarına katlanacaktır[973]. Bir başka görüş ise bizzat işverenin kendisinin değil, özenli bir işverenin objektif olarak yapacağı araştırmada elde edeceği bilgilerin esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir[974]. Yargıtay'ın konuyla ilgili kararlarında da şüphenin varlığı ve feshe yol açacak ağırlıkta olması bakımından değerlendirme, dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır[975].

İşçinin kişisel özellikleri veya davranışlarının, çalışma ortamındaki diğer işçi veya işçilerin huzurunu bozması söz konusu ise, rahatsız olan kişi veya kişiler, işverenden bu işçinin sözleşmesinin feshedilmesini isteyebilirler. Alman Hukukunda bu durum, *baskı feshi (Druckkündigung)* olarak adlandırılmaktadır[976]. Söz konusu baskı yalnızca işçilerden değil, müşteri gibi üçüncü kişilerden de gelebilir. Huzuru bozan davranışları nedeniyle işveren vekilinin sözleşmesinin işçiler tarafından feshinin istenmesi, kadın işçinin kocasının işvereni tehdit etmesi gibi durumlar baskı feshine örnek oluşturabilir. Baskı feshinin söz konusu olabilmesi için işverenin fesih konusunda kişisel kararı bulunmamalı, üçüncü kişinin bu yönde bir talebi olmalı, bu talebe karşı işverenin uğradığı baskıyı giderebilecek hiçbir yöntemi

[971] Y22HD T. 01.10.2019, 2019/6779 E., 2019/17755 K. (www.legalbank.net)
[972] Adana BAM 7HD, T. 31.05.2018, 2018/1277 E., 2018/879 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[973] Altınok Ormancı**, a.g.e.,** s. 153, dn.445 ve 446'daki İsviçre Federal Mahkeme Kararları.
[974] Erdoğan, **Şüphe**, s. 260.
[975] Y9HD, T. 16.03.2009, 2008/17012 E., 2009/6827 K. Çok uzun süredir aralıklı olarak işyerinde çalışan işçinin geçmişte işlediği ve cezası infaz edilen suç nedeniyle, şüpheye dayanılarak sözleşmesinin feshedildiği karar için bkz. Y9HD, T. 22.10.2007, 2007/16878 E., 2007/30923 K. ve karara katılmayan görüşler için bkz. Doğan Yenisey, **Şüphe Feshi**, s. 70-72; Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s. 131-132.
[976] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 187; Şükran Ertürk, "İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları", **DEÜHFD, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, S:1, 2001, s. 59-78, s. 62(Baskı Feshi); Centel, **İş Güvencesi**, s. 122; Mustafa Kılıçoğlu / Kemal Şenocak, "Baskı Feshi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:5, Mart 2007, s. 47-49, s. 47 (Baskı Feshi).

bulunmamalıdır[977]. İşverenin baskı altında doğrudan fesih uygulamasına yönelmemesi, öncelikle işçi hakkında yöneltilen iddiaların gerçekliğini ortaya çıkarmak için uğraşması gerekir, nitekim işverenin dürüstlük kuralı kapsamında iş ilişkisini ayakta tutması beklenmektedir. Aksi halde yapılan fesih, Alman Hukukunda geçersiz kabul edilmekte, eğer işçi Feshe Karşı Koruma Yasası hükümlerinden yararlanmıyorsa bu durumda genel hükümlere göre geçersizliğinin ileri sürülmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir[978]. Türk Hukuku bakımından dürüstlük kuralına aykırı olarak gerekli araştırmalar yapılmaksızın, baskı olgusunun feshe esas alınması durumunda, işverenin geçerli nedenle sözleşmeyi feshettiğinden bahsedebilmenin kanaatimizce mümkün olmaması gerekir.

(3) İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler

İş güvencesi kapsamında işverenden kaynaklanan feshin kısaca "işletme gerekleri" olarak adlandıracağımız nedenlere dayanması gerekmektedir. Kanun koyucu, işletme gereklerinin fesih için bir "geçerli sebep" olabileceğini belirtmiştir. Ancak hangi işletme gereklerinin geçerli neden oluşturacağını saymamıştır. Alman Hukukunda "*kaçınılmaz işyeri gereklilikleri*", Fransız Hukukunda da "*ekonomik sebepler*" olarak adlandırılan haller, benzer şekilde tanımlanmamıştır.

İşK m. 18 gerekçesinde bazı haller örneklenmiş, ayrıca kanun koyucu İşK m. 6 ve m. 29'da, işyeri devri ile toplu işçi çıkarmayı düzenleyen hükümler kapsamında işletme gereklerine işaret ederken "*ekonomik, teknolojik, yapısal nedenler"* ifadesine yer vermeyi uygun bulmuştur. Bu durumda işletme gereklerinin belirtilen haller yahut benzeri durumlarda ortaya çıkabileceği kabul edilmelidir[979]. Ekonomik, teknolojik, yapısal nedenler gerekçede de örneklendirildiği üzere işletme içi veya dışından kaynaklı olabilir[980]. İşyerinde yeniden yapılanma, teknolojik yenilenme, makineleşme

[977] Ertürk, **Baskı Feshi**, s. 62.
[978] Ertürk, **Baskı Feshi,** s. 64.
[979] Süzek, **İş Hukuku,** s. 617-618; Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 205.
[980] Baskan, **a.g.e.,** s. 54; Alman Federal İş Mahkemesinin kararları doğrultusunda bu ayrıma gidildiği yönünde, bkz. Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 36-37.

veya ekonomik güçlük, işin niteliğinin değiştirilmesi gibi işverenin sorumluluk alanında meydana gelen[981] sebepler olabilir. Sipariş azalması, ülke genelinde veya sektörde kriz, daralma gibi durumlar ise işletmenin dışındaki sebeplere örnek verilebilir. Doktrinde, işletme dışı olarak sınıflandırılan kaçınılmaz neden veya mücbir sebep gibi durumlar söz konusu olsa bile somut ilişkinin özelliği gereğince işverenin fesih yoluna gitmeyebileceği, buna karşılık ekonomik nedenlerin veya talep azlığı gibi sebeplerin bazı durumlarda geçerli sebep oluşturabileceği ifade edilmiştir; işverenin işletme dışı nedenlere dayanması için mutlaka ifanın imkansızlaşması gerekmez[982].

Yargıtay kararlarında, işletme gereği olarak ifade edilen değişimi hayata geçirmeden önce işverenin "*işletmesel karar*"[983] alması gerektiğine hükmedilmektedir. Yargıtay'a göre işletmesel karar, "*geniş anlamda işletme ve işyeri ile ilgili, işin düzenlenmesi konusunda, işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü karar*"dır[984]. Bu yöndeki kararlarda kullanılan "sözleşmenin feshi dahil olmak üzere" ifadesinden, fesih kararının da işletmesel karar kapsamında görüldüğü anlaşılmaktadır[985]. Doktrinde ise işletmesel kararın değerlendirilmesinde bir görüş birliği yoktur; bir görüşe göre işletme gerekleri, işvereni işletmesel karar almaya yöneltecektir[986]. Diğer bir görüşe göre, işletmesel kararın yargı denetiminde bir önkoşul olarak aranmaması gerekir[987]. Esas sorun kararın varlığında değil, kararın ne açıdan yargı denetimine tabi olduğuna ilişkindir.

Alman Federal İş Mahkemesi, işverenin aldığı kararın amaca uygun olup olmadığının araştırılamayacağını, ancak kararın objektif bir temele dayanıp dayanmadığı ve keyfiliğinin araştırılabileceğine hükmetmektedir[988]. Fransız

---

[981] Devrim Ulucan, "Feshin Geçerlilik Denetiminde Ekonomik ve Teknolojik Nedenler", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Seminer),** İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 7-31, s. 8 (Geçerlilik Denetimi).
[982] Ulucan, **Geçerlilik Denetimi,** s. 15-16.
[983] Ulucan, **Geçerlilik Denetimi,** s. 10 vd; Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 38 vd.; Karademir, **a.g.e.,** s. 145; Soyer'e göre, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu ve İşK'da yer almasa dahi işletmesel karar, işyerinden kaynaklanan fesihlerin zorunlu unsurudur, bkz. Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 48.
[984] Y9HD, T. 22.06.2009, 2009/34144 E., 2009/17161 K
[985] Karademir, **a.g.e.,** s. 146
[986] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 221.
[987] Yıldız, **Orantılılık,** s. 695-696; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 619; İşveren kararının yargı kararlarında ayrıntılı olarak incelendiği ve Alman hukukundan esinlenilmek suretiyle bazı kriterlerin getirildiği yönündeki eleştiri için bkz. Taşkent, **İlkeler,** s. 21.
[988] Ulucan, **Geçerlilik Denetimi**, s. 20.

hukukunda ekonomik sebebin belirlenebilmesi için hem fesih yoluna gidilmesine imkan veren somutlaştırıcı sebebin, hem de feshi haklılaştıran sebebin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir[989]. İşverenin belirttiği ekonomik zorluğun gerçek ve ciddi olup olmadığı, işverenin kendi davranışlarından, hileye başvurmasından kaynaklanan bir zorluk olup olmadığı, işletme gereği olarak öne sürülen kararın amacı değerlendirilmektedir[990].

İşverenin işyeri ile ilgili karar alması, girişim özgürlüğü ve yönetim hakkının bir parçasıdır. İşletme gereği olarak iş organizasyonu kapsamında yeni bir yöntemi uygulamaya, birimlerden herhangi biri veya birkaçını yeniden yapılandırmaya karar verebileceği gibi, işyerine dahil olan bir birimi kapatma yoluna da gidebilir[991]. Bu değişikliğin sonucunda işgücü fazlası olduğunu tespit eden işveren, işçilerden biri veya birkaçının iş sözleşmesini feshedebilir. Önemli olan yeni durumun işyeri açısından işgücü fazlasına sebep olmasıdır. İşletme gereklerinin geçerli neden teşkil edebilmesi için işverenin aldığı karar neticesinde işgücüne artık ihtiyaç duymaması gerekir[992]. Ancak işverenin bu kararı sonucunda işçinin işini kaybetmesi sonucu doğduğundan, işçinin haklı çıkarlarının da korunması gerekmektedir.

Genel ekonomik gerekçelerin kendisi bizzat feshin geçerliliği sonucunu doğurmamakta, makul, dürüst, adil bir işverenden bekleneceği şekilde işletme giderlerini işçi çıkarmadan dengeleme arayışına girilmesi istenmekte ve buna rağmen eğer başka yol kalmadıysa fesih makul bulunmaktadır[993]. İş güvencesi sistemi yürürlükte olmadığı dönemde verilen Yargıtay kararlarında işverenin ekonomik güçlük içinde olması durumunda iş sözleşmelerini feshetmesi hukuka uygun bulunmuş, kötüniyet tazminatı talepleri kanıtlanamadığından reddedilmiştir[994]. Buna karşılık bir kararda, iş güvencesine ilişkin kanun değişikliği yapılmadan hemen önce

[989] Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 485, s. 599.
[990] Engin**, İşletme Gerekleri,** s. 52 vd.
[991] Engin**, İşletme Gerekleri,** s. 77-78.
[992] Süzek, **İş Hukuku**, s. 618; Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 35-36, 77; İşveren, işgücü fazlalığını öne sürerek iş sözleşmesini feshettiğinde, ardından aynı pozisyon için işçi alarak çelişki yaratmamalıdır, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 615-616.
[993] Fransa'da da Sosyal Daire, ekonomik güçlük ve rekabet koşulları altında olan işverenin, feshi yalnızca işçi ücretinden tasarruf etme amacıyla kullanması durumunda, feshin geçersiz olacağına hükmetmiştir, krş. Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 55 dn. 165 ve 166'daki kararlar.
[994] Güzel, **Değerlendirme 1993**, s. 74-75'teki kararlar.

işverenin belirli süreli iş sözleşmesi imzalatmaya çalışması, kabul etmeyen işçilerin sendikaya üye olmaları, bunun üzerine işveren temsilcisi olan kimsenin sendika üyeliğinden çekilmelerini talep etmesi gibi olaylar arka arkaya yaşanmış; ardından iş sözleşmeleri feshedilmiştir. Davalı işveren, ekonomik gerekçelerle iş sözleşmesini feshettiğini iddia etmiştir, ancak dosyadaki belgelerden fazla çalışmaların artırıldığı anlaşılmıştır. Davacı işçi ise söz konusu feshin sendikal nedene dayandığını iddia etmiştir. Burada verilen karar işçinin talebi yönünde olmuştur[995]. Yine bir başka olayda, 2004 yılı içinde doğum yapan üç kadın işçinin çalıştıkları birimin kapatılması gerekçe gösterilerek sözleşmelerinin feshedildiği tespit edilmiş, işverenin işletmesel kararın sonucunda feshin zorunluluğunu ispatlayamadığı gerekçesiyle feshin geçersiz olduğuna karar verilmiştir[996].

İş güvencesi kapsamında işletme gerekleri ile fesihlerde yıllar içerisinde Yüksek Mahkeme'ce değerlendirme kriterleri tespit edilerek somutlaştırılmıştır: "*Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir"*[997].

Feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin davalarda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/1-(a) maddesi uyarınca artık temyiz yolu kapalı olup, istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir. Bu nedenle BAM kararlarının da incelenmesi kanımızca önem arz etmektedir. Bursa BAM 3. Hukuk Dairesince verilen 2020 tarihli bir kararda,

[995] Y9HD, T. 08.07.2003, 2003/12442 E., 2003/13123 K.
[996] Y9HD, T. 12.09.2005, 2005/24415 E., 2005/29357 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara, Türk-İş, 2017, s. 75-121, s. 96 (Değerlendirme 2005).
[997] Y9HD, T. 28.11.2017, 2016/31276 E., 2017/19166 K. (www.legalbank.net); Aynı yönde Y9HD, T. 06.10.2008, 2008/30274 E., 2008/25209 K.; Y9HD, T. 11.09.2008, 2008/25324 E., 2008/23401 K.

yukarıda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararındaki esaslar ele alınmakla birlikte, Yargıtay kararlarında yer verilmediği halde objektif seçim kriterleri de aranmıştır[998]. Bir başka BAM kararında ise bazı ilke ve kriterlere dair daha ayrıntılı, kimi zaman kavramların birbirinin yerine kullanıldığı bir inceleme yapılmıştır: "*Somut olayda, davalı şirket tarafından, yönetim kurulu veya yetkili organlar tarafından alınmış herhangi bir işletmesel karar veya organizasyon değişikliğine ilişkin değerlendirme raporu dahi sunulmaması; davalı şirketin fesih gerekçelerinin soyut ifadelerden ibaret bulunması; davacının iş akdinin feshinde objektif seçim kriterlerinin neler olduğunun, değerlendirmenin nasıl ve kimler tarafından yapıldığının, davacının hangi sebeplerle bu kriterleri geçemediğinin somut bir biçimde ortaya konularak ispatlanmamış olması, davacıya varsa ihtiyaç duyduğu eğitimin verilmesi suretiyle yapabileceği başka bir iş teklif edilmemesi, davalının işletmesel kararı uygularken "tutarlılık, ölçülü davranma, keyfi davranmama ve feshin son çare olması" ilkelerine uygun hareket ettiğini somut delillerle kanıtlayamamış bulunması karşısında feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemeyeceğinden*.." ifadeleriyle, işletme gerekleriyle fesihte hangi kriterleri dikkate aldığını ortaya koymuştur[999].

Görüldüğü üzere Türk Hukukunda da yapılan denetimle işverenin aldığı kararın uygun olup olmadığı tespit edilmemektedir[1000]. İşverenin aldığı kararın yerinde olup olmadığı, ancak açıkça hukuka aykırılık veya keyfilik nedeniyle denetlenebilecektir[1001]. Yukarıda sayılan ilke ve kriterler ise feshin geçerliliğinin tespitinde sebep ile fesih arasındaki bağlantının kurulmasına yardımcı olmakta, bu bağlantıyı çeşitli açılardan aydınlatmaktadır. Bununla birlikte iş güvencesi sistemi yürürlüğe girdiğinden bu yana ilke ve kriterler değerlendirilmiş, kimi hallerde yerel mahkemenin eksik inceleme yaptığına dair verilen Yüksek Mahkeme kararlarının yerinde olmadığı yönünde eleştiriler getirilmiştir. Bu ilke ve kriterlere dair inceleme, aşağıda ayrıntılı biçimde yapılacaktır.

---

[998] Bursa BAM 3HD, T. 27.02.2020, 2019/4883 E., 2020/437 K. (www.legalbank.net)
[999] Bursa BAM 9HD, T. 12.02.2020, 2019/3192 E., 2020/367 K.
[1000] Ulucan, **Geçerlilik Denetimi,** s. 13; Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 49.
[1001] Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 48; Ekmekçi, **İşe İade,** s. 167; Doktrinde Engin, bu denetimde işletmesel kararın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespit edileceğini ifade etmektedir, bkz. Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 74;

c. Feshin Geçerlilik Değerlendirilmesinde Dikkate Alınan İlke ve Kriterler

Yalnızca geçerli sebebin varlığı, feshin geçerli olması sonucunu doğurmaya yeterli olmayacaktır. Belirtilen sebeplerle işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin gerekli olup olmadığı denetime tabidir[1002]. Yapılacak denetim, yalnızca işveren tarafından gösterilen nedenin geçerli neden olup olmadığına yahut işverenin fesihte geçerli neden gösterip göstermediğine ilişkin olursa, bu denetimin iş güvencesini sağlamak konusunda yeterince etkili olamayacağı endişesi dile getirilmektedir. Doktrinde Demir, işverenin dayandığı sebep ispatlansa dahi, hakkın dürüstlük kuralına aykırı bir kullanımı söz konusuysa, feshin geçersizliğinin gündeme geleceğini savunmaktadır[1003]. Fesih nedeninin geçerliliği veya gerçekliğiyle, işçinin işten çıkarılması arasında illiyet bağı aranmalı, illiyet bağı mevcutsa yine de iş ilişkisinin sonlandırılması yolunun son çare olarak kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmelidir[1004].

Geçerli feshin tespiti açısından aşağıda yer verilen ilke ve kriterler önemlidir[1005]. Kimi ilkeler yalnızca işçiden veya yalnızca işverenden kaynaklanan fesih sebeplerine uygulanabilmekteyken, bazıları doktrindeki görüşlere göre tüm fesihlerde değerlendirmeye alınmalıdır. Kimi olaylarda ise birden fazla kriter birlikte incelenmekte, bazen iç içe geçebilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda hepsine bir arada yer verilme yolu tercih edilmiştir.

[1002] Yıldız, **Orantılılık**, s. 693.
[1003] Demir, **Geçerli Sebep,** s. 474.
[1004] Güzel, **Ultima Ratio**, s. 61.
[1005] Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e**., s. 532.

(1) Son Çare İlkesi (*Ultima Ratio*)

Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağınının iş güvencesindeki görünümlerden biri, son çare ilkesidir[1006]. *Ultima ratio*[1007], Latince bir kavramdır ve başvurulacak son çare anlamı taşır[1008]. Bu ifadeyle iş sözleşmesinin feshi bakımından kısaca anlatılmak istenen, gidilebilecek başka bir yol, sözleşmenin ayakta tutulması için başka bir çözüm bulunamıyorsa fesih hakkının kullanılmasıdır.

Fransız Hukukunda son çare ilkesi öncelikle yargı kararlarıyla benimsenmiş, uygulamada bu ilkeye dayanak olarak sözleşmelerin dürüstlük kuralı kapsamında ifa edilmesini öngören eski m. 1134 esas alınmıştır. Böylece işverenin keyfi olarak feshe başvurmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır[1009]. Aynı şekilde Alman hukukunda da nedenine yahut türüne bakılmaksızın hem işçiden hem de işverenden kaynaklanan fesih nedenlerinde uygulanmaktadır[1010], feshe son çare olarak başvurulması gerektiği Federal İş Mahkemesi kararlarına konu olmuştur[1011].

Bu ilkeye Türk Hukukunda açıkça yer verilmemiştir, fakat kanun gerekçesi, son çare ilkesine göndermede bulunmaktadır. Gerekçede "...*Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep*

[1006] Taşkent, **İlkeler**, s. 18; Taşkent, **Değerlendirme**, s. 66; Ali Güzel, "Karar İncelemesi", **Çalışma ve Toplum**, S:4, 2005/1, s. 173 (İnceleme); Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 1001; Süzek, **İş Hukuku**, s. 624-625; Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar,** s. 21; Ayşe Köme Akpulat, "The Principle of "Ultima Ratio" in Termination of Employment Contract in Turkish Labour Law", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, 67, 2018, s. 45 (Ultima Ratio); Güzel, **Ultima Ratio**, s. 63; Yiğit, **Geçersiz Fesih,** s. 1155; Alpagut, **Pandemi,** s. 78; Baskan, **Ultima Ratio,** s. 42-43; Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2016,** s. 497; Astarlı, **Değerlendirme,** s. 290 (Değerlendirme); Son çare ilkesinin ölçülülük denetimindeki gereklilik alt ilkesine karşılık geldiği görüşünde, bkz. Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 474-475.

[1007] Son çare (*ultima ratio*) terimi, ilk defa Fransız topları üzerinde yer alan "*ultima ratio regum*" kitabesinde yer almış ve "kralın son çaresi" anlamına gelmektedir. Anlatılmak istenen, siyasi iktidarın silah gücü kullanmaya ancak başka bir çözüm bulunmuyorsa başvurmasıdır, bkz. Pir Ali Kaya / Ceyhun Güler, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Toplu Eylem Hakkı", **Sosyal Siyaset Konferansları**, S:68, 2015/1, s. 105-126, s. 117; Karademir, **a.g.e.,** s. 18-19.

[1008] Güzel, **İnceleme**, s. 172; Güzel, **Ultima Ratio**, s. 61.

[1009] Fransız hukukunda son çare ilkesi, 2001 yılında yapılan değişiklik ile İş Kodu m. 321-1'e eklenmiştir.

[1010] Güzel, **Ultima Ratio**, s. 68-69; Alpagut, **İş Güvencesi**, s. 226.

[1011] Güzel, **Ultima Ratio,** s. 64-65; Alp, **Ölçülülük,** s. 1528; Baskan, **Ultima Ratio,** s. 37.

kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır..." denilmesinden ötürü kanun koyucunun iradesinin, bu ilkenin uygulanması yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Bir görüşe göre ilkenin uygulanması için pozitif düzenlemeye ihtiyaç duyulması gerekmez, gerekçe kanun koyucunun iradesini yansıtmaktadır[1012]. Ancak doktrinde, pozitif düzenlemeye konu olmaması sebebiyle ilkenin uygulanmasının zorunluluk yaratmadığı görüşü de savunulmaktadır[1013].

Son çare ilkesini ölçülülük ilkesine dayandıran bir görüş de mevcut olmakla birlikte[1014] baskın görüş, ilkeye dayanak olarak kanun gerekçesinin veya ölçülülük ilkesinin değil, dürüstlük kuralının esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir[1015]. Doktrinde ilkenin hukuki dayanağına ilişkin farklı görüşler bulunmakta olup, konuyla ilgili çalışmasında Karademir, son çare ilkesine dayanak oluşturabileceği iddia edilen tüm unsurların kümülatif olarak ele alınabileceğini ifade etmiştir[1016]. Kanımızca çalışmamızın ilk bölümünde belirtildiği gibi, hakkın özenli kullanılması ilkesi uyarınca hakkını kullanacak kişinin, aynı yararı sağlarken bu yola başvurmadan önce muhataba daha az zarar vermeye yönelik diğer yolları tercih etmesi, eğer sonuca ulaşmak için daha hafif yöntemlerin faydasını görüyorsa bunu tercih etmesi gerekir. İş sözleşmesi bakımından da bu fesih yoluna gitmemek anlamına gelecektir. Bu nedenle fesih, dürüstlük kuralı uyarınca başvurulacak son çare olmalıdır.

Sözleşmenin tarafları, sürekliliği sağlamak amacıyla tüm önlemleri almalıdır[1017]. Bununla birlikte son çare ilkesi, iş sözleşmesinin mutlaka devam etmesi gerektiği anlamına gelen bir kural değildir. Bir başka deyişle, işçinin sözleşmesini

[1012] Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s. 137; Centel, **İş Güvencesi,** s. 144. Güzel, kanun boşluğunun MK m. 1 kapsamında gerekçeden yararlanılarak doldurulabileceğini, nitekim Yargıtay'ın da somut uyuşmazlıklara son çare ilkesini madde gerekçesini esas alarak uyguladığını ifade etmektedir, bkz. Güzel, **Ultima Ratio,** s. 72.
[1013] Ekmekçi, **Değerlendirme**, s.168; Ulucan, **Geçerlilik Denetimi,** s. 23.
[1014] Doktrinde son çare ilkesinin dürüstlük kuralı değil, ölçülülük ilkesi ile çalışan bir değerlendirme aracı olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre son çare ilkesiyle yapılan değerlendirme bir ölçülülük denetimidir, bkz. Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 119.
[1015] Taşkent, **İlkeler,** 18; Süzek, **İş Hukuku**, s. 625; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1001-1002; Güzel, **Ultima Ratio,** s. 65; Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 208; Özdemir, **Dürüstlük Kuralı**, s. 61; Eyrenci, **Ölçülülük**, s. 36; Alpagut, **İş Güvencesi**, s. 226-227.
[1016] Karademir, **a.g.e.,** s. 56.
[1017] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 110; Süzek, **İş Hukuku,** s. 625.

feshetmemek uğruna işverenin işletmesinden yarar sağlamasını engelleyebilecek bir karar alması, dürüstlük kuralı uyarınca beklenmemelidir. İşveren, işletme özgürlüğü kapsamında alacağı karar neticesinde, yalnızca kendisi için yine istediği sonuca ulaşması mümkünse, son çare ilkesiyle işçiyi çıkarmak yerine bir başka çareyi aramaya yöneltilebilir[1018].

Bir görüşe göre son çare ilkesinin uygulanması, yalnızca işletme gerekleri ile fesihlerde söz konusu olacaktır[1019]. Bazı yazarlar son çare ilkesinin hem işçiden hem de işverenden kaynaklanan nedenlerde uygulama alanı bulduğunu ifade etmektedirler[1020]. Bu görüşe göre, iş güvencesini düzenleyen hükmün gerekçesinde yer aldığından, her iki fesih sebebini de kapsar mahiyette kabul edilmelidir[1021]. Kanımızca da yalnızca işletmesel nedenlere özgülenen bir ilke olarak değerlendirilmemelidir[1022]. Son çare ilkesi, feshin keyfiliğini değil, zorunluluğunu ifade eder. Eğer iş güvencesinin etkin bir biçimde uygulanması amaçlanıyorsa, işçinin davranışları ve yetersizliğinin söz konusu olduğu durumlarda da son çare ilkesine başvurulması gerekmektedir[1023].

Alman Hukukunda, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, son çare kuralı kapsamında işçinin eğer onayı varsa daha vasıfsız bir işe de yerleştirilip yerleştirilemeyeceğinin araştırılması öngörülmüştür. Bu durumda çalışma koşullarında değişiklik yoluna gidilerek başka bir iş önerilmelidir[1024]. Aynı düşünce, Fransız Hukukunda da kabul edilmektedir. İşçi eğer mevcut işinde yetersizse, fesih

[1018] Köme Akpulat, **Ultima Ratio**, s. 50.
[1019] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 618. Yazarlar, yargı kararlarında bazı hallerde bu ilkenin uygulamasıyla işverenin girişim özgürlüğüne aşırı derece müdahale edildiğini savunmaktadırlar, **a.e.,** s. 614.
[1020] Ulucan, **İş Güvencesi,** s. 43; Güzel, **Ultima Ratio,** s. 71; Kabakcı, **a.g.e.,** s. 250; Ugan Çatalkaya, **a.g.e**., s. 473; Süzek, **İş Hukuku**, s. 625.
[1021] Türk İş Hukukuna ilk defa iş güvencesi sistemi getiren 4773 sayılı Kanun ile değiştirilen 1475 sayılı Kanun'un 13. maddesinin gerekçesinde, son çare ilkesinden yalnızca işyerinden kaynaklanan fesih sebepleri altına yer veriliyor ve son çare olarak fesihten önce başvurulabilecek yöntemler örneklendiriliyordu. Buna karşılık, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. madde gerekçesinde bu yol izlenmemiş, örnekler kaldırılmış ve genel bir ifade kullanılmıştır. Ayrıca bu gerekçelerin Alman Hukukundan esinlenilerek düzenlendiği yönünde bkz Güzel, **Ultima Ratio**, s. 70-71.
[1022] Alpagut, **İş Güvencesi,** s. 227.
[1023] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 473; Bu ilkenin yalnızca iş güvencesinde değil, aynı zamanda haklı nedenle derhal fesih hakkında da uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. Savaş, **a.g.e.,** s. 30, dn. 123'te belirtilen yazarlar. Alman Federal İş Mahkemesi'nin de 1978 tarihinde verdiği bir kararda belirttiği üzere hem olağan hem derhal fesihlerde son çare ilkesi gözetilmelidir, bkz. Ulucan, **İş Güvencesi,** s. 43.
[1024] Güzel, **Ultima Ratio,** s. 82.

yerine yeteneklerine uygun başka bir işin önerilmesi gerekir. Elbette önerilen yeni iş, çalışma koşulunda değişiklik yaratmaktaysa, işçinin bu kapsamda değişikliğe onay vermesi aranacaktır[1025]. İşçinin hastalığı nedeniyle çalışmakta olduğundan daha hafif bir iş verilmesi gerekiyorsa da bu durumda yine dürüstlük kuralı kapsamında işyerinde önerilebilecek başka bir iş olup olmayacağı araştırılmalıdır[1026]. Yargıtay, iş güvencesinin yürürlükte olmadığı bir dönemde dahi, açılan bir davada bu araştırmanın yapılması gerektiğine hükmetmiştir[1027]. Yargıtay da son dönemlerde davranış nedeniyle fesihlerin ancak başka bir çare bulunamadığında gerekli olacağına yönelik karar vermiştir[1028].

Son çare ilkesi kapsamında işverenin bazı önlemleri alması veya fesih yerine alternatif tedbirlere başvurması gerekmektedir. Fransız Hukukunda işletmesel nedenin gerçek ve ciddi bir neden olarak değerlendirilebilmesi için işverenin başvurması gereken feshi engelleyecek tüm bu yolların, yargıç tarafından re'sen araştırılacağı kabul edilmiştir[1029]. Başvurulacak yollar arasında bir hiyerarşi veya sıralama yoktur, somut olayın özellikleri gereğince işverenden nelerin bekleneceği tespit edilecektir. İşverenin alabileceği önlemlerin neler olduğu, objektif olarak dürüst, makul ve adil bir işverenin nasıl davranarak feshi engellemek için ne gibi önlemler alacağını belirleyen davranış modeli, dürüstlük kuralıdır. Alman Hukukunda da feshin nedenine göre son çare ilkesi uyarınca hafiften ağıra doğru giden önlemlerin alınması gerektiği kabul edilmektedir[1030]; özellikle ekonomik kriz gibi belirsiz durumlarda işverenin alacağı önlemlerin gerekliliğinin tespitinde somut duruma bakılarak fazla mesai uygulamasının durdurulması, kısa çalışma yaptırılması[1031], eğer bu gibi önlemler duruma uygun düşmüyorsa fesih dışında çarenin kalmadığının kabulü söz konusu olmaktadır[1032]. İşletme gereklerinin söz konusu olduğu bazı durumlarda, işçinin

[1025] Güzel, **Ultima Ratio,** s. 86.
[1026] Alman hukukunda özellikle hastalık nedeniyle yapılan fesihlerde beklenilmezlik ilkesinin (Umzumutbarketi) değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır. Bu ilke yoluyla işveren tarafından feshin beklenebilir olabilmesi için daha hafif önlemlerin alınması yoluna gidilebilmesi araştırılmalıdır, bkz. Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 131-132.
[1027] Süzek, **Geçerli Fesih**, s. 572, dn. 14'teki karar; Y9HD, T. 04.05.1999, 1999/4497 E., 1999/8393 K.
[1028] Y9HD, T. 10.12.2018, 2018/8660 E., 2018/22749 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[1029] Güzel, **Ultima Ratio,** s. 80.
[1030] Alp, **Ölçülülük,** s. 1528.
[1031] Güzel, **Ultima Ratio,** s. 74.
[1032] Alp, **Ölçülülük,** s. 1533.

fesihten önce ücretsiz izne çıkarılması uygulaması ile de karşılaşılmaktadır[1033]. Hukukumuz bakımından da fazla çalışmaların kaldırılması, ücretsiz izin veya kısa çalışma uygulaması yapılması gibi alternatifler, iş gücü fazlasını işçi çıkarmadan kontrol altına alabilmek adına Yargıtay kararlarında ve doktrinde önerilen çarelerdir[1034].

Bunların ilki işçinin uyarılmasıdır. Doktrinde iş güvencesi kapsamında fesihten önce, işçinin davranışları veya yeterliliği konusundaki olumsuzlukların feshin işçiye ihtar edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, iş güvencesine temel teşkil eden 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 166 sayılı İş Sözleşmesinin İşverence Sona Erdirilmesine İlişkin Tavsiyesi'nin bu yönde bir düzenlemesi bulunmaktadır. Böylece işçi, davranışlarını değiştirebilir ya da mesleki verimsizliği söz konusuysa kendini geliştirme fırsatına sahip olabilir[1035]. İhtarın hem bildirim, hem de uyarı fonksiyonlarını haiz olduğu kabul edilmekle, bir üçüncü fonksiyon olan belgeleme ise ancak ihtarın yazılı olarak yapılması durumunda işlev görecektir[1036].

İşçinin ihtar edilmesi yoluyla sözleşme ilişkisine devam edilmesi esasen son çare ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkar[1037]. Nitekim Türk Hukukunda bu yönde bir pozitif düzenleme olmasa dahi fesihten önce işverenin işçiyi uyarması gerektiği savunulmakta ve bu görüş de dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır[1038]. Kanun koyucu ihtar gerekliliğini doğrudan düzenlememekle birlikte, işçiye "*hatırlatıldığı halde yapması gereken görevleri yapmamakta ısrar etmesini"* haklı fesih sebebi olarak

---

[1033] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 113.

[1034] Doktrinde Ekmekçi ve Yiğit, işverenden alması beklenebilecek önlemlerin, örneğin kısa çalışma veya çalışma süresinin kısaltılması, yahut diğer giderlerin azaltılması gibi arayışların işveren yerine geçerek karar almak anlamına geldiğini, işverenden olumsuzu ispatlamasının beklendiğini ileri sürerek uygulamayı eleştirmektedirler, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 614-615.

[1035] Yiğit, **Geçersiz Fesih**, s. 1154. Bir Yargıtay kararında da işçinin performans ölçümü ve uyarılması yoluyla son çare ilkesine uyulması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. Y9HD, T. 18.10.2017, 2016/25049 E., 2017/16105 K. (www.legalbank.net)

[1036] Muhittin Astarlı, "İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar", **Legal İSGHD,** S: 23, 2009, s. 963-992, s. 967 (İhtar); Karademir, **a.g.e.,** s. 187-188.

[1037] Aynı yönde, bkz. Karademir, **a.g.e.,** s. 184.

[1038] Süzek, **İş Hukuku,** s. 629; Demir, **Geçerli Sebep,** s. 474; Yiğit, **Geçersiz Fesih**, s. 1153; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 116; Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 388-391; Güzel, **İş Güvencesi,** s. 80. Alman hukukunda ihtarın dayanağı ve TBK m. 123 uyarınca dönmeden önce mehil verilmesine dair hükmün sürekli borç ilişkilerine uygulanıp uygulanamayacağı hususunda bkz. Astarlı, **İhtar**, s. 968 vd.; Karademir, **a.g.e.,** s. 185-186.

saymakta, 18.maddenin gerekçesinde ise işçinin "*uyarılara rağmen kötü, eksik, yetersiz iş görmesi*"ne geçerli neden örneği olarak yer verilmektedir[1039].

İşçinin ihtar edilmesi, niteliği gereğince işçiden kaynaklanan nedenlerde söz konusu olacaktır[1040]. İşçinin değişmesi mümkün olmayan kişisel özelliklerinde ihtardan bahsedilemez, söz konusu durumların işçinin kontrolünde olması ve değiştirilebilir nitelik taşıması gerekir ki uyarmanın bir anlamı olabilsin[1041]. Alman Hukukunda geçmişte hem davranış hem de kontrolü mümkün olan yetersizlik nedeniyle fesihlerde aranmaktayken[1042], doktrinde getirilen eleştiriler dolayısıyla işçinin kendisi mesleki yetersizliği ortadan kaldıracak gerekli çabayı göstermemişse ihtara gerek olmadığına kanaat getirilmiştir[1043]. İşçinin davranışına dayanan sebeplerde her ne kadar sözleşmenin kasten ihlal edilmesi, çoğu durumda haklı nedenle feshe yol açsa da, doktrinde yine de dürüstlük kuralı gereğince işçinin uyarılması gerektiği savunulmuştur[1044].

İhtarın ne kadar süreyle geçerli olduğunu tespit etmek için belirgin bir zaman dilimi verilememektedir[1045], sözleşmenin ihlalindeki ağırlığa göre değişeceği ileri sürülmektedir[1046]. 2007 yılında verim düşüklüğü nedeniyle işçiye ihtar verildikten sonra aynı işi yapmaya devam etmesi ve beş yıl geçmesinin ardından aynı hatayı yaptığı iddia edilerek iki ihtarın birlikte feshe konu edildiği olayda, feshin son çare ilkesine aykırı olduğu, işçinin ilk ihtarının çok eski tarihli olduğuna kanaat getirilmiş ve fesih geçersizliğine hükmedilmiştir[1047]. Başka bir kararda da 2,5 yıl önce başka bir olaydan ötürü savunması alınan güvenlik görevlisi olan işçinin sözleşmesi, güvenlik kulübesinde televizyon izlemesi nedeniyle feshedilmiş; aynı davranışta bulunduğu tespit edilen diğer güvenlik görevlilerine ihtar cezası verilirken, kendisinin

[1039] Bu hususta ayrıntılı inceleme için bkz. Kabakcı, **a.g.e.,** s. 197 vd.
[1040] Astarlı, **İhtar,** s. 972.
[1041] Astarlı, **İhtar,** s. 976-977.
[1042] Bu konuda Alman hukukundaki görüşler için bkz. Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 90-92.
[1043] Karademir, **a.g.e.,** s. 113.
[1044] İşverenin fesih hakkını kullamak için "fırsat kollamak" yerine değişmesine imkan vermek gerektiği görüşünde, bkz. Demir, **Geçerli Sebep,** s. 485.
[1045] Astarlı, **İhtar,** s. 984; Karademir, **a.g.e.,** s. 194.
[1046] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 403.
[1047] Y9HD, T. 07.03.2013, 2012/29797 E., 2013/8164 K. (www.legalbank.net)

sözleşmesinin feshedilmesi eşit davranma borcuna aykırılık olarak ntelendirilmiştir[1048].

Aynı şekilde ihtarın sayısına dair bir ölçüt de getirilememektedir, somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmaktadır[1049]. Ancak işverenin aynı hususa dair birden çok ihtar vermesi ve buna rağmen çalışma ilişkisinin devam etmesi durumunda, çelişkili davranma yasağıyla karşı karşıya gelmemesi adına işçinin ilgili davranışı tekrarlaması durumunda fesihle karşı karşıya kalacağının açıkça ihtarda belirtilmesi gerekir. Aksi halde ihtarın uyarı fonksiyonunun işlevsiz kalacağı kabul edilmektedir[1050].

Yakın tarihli bir BAM kararında ise işçiye ihtar cezası verildikten bir hafta sonra iş sözleşmesinin feshedildiği, aynı olay nedeniyle birden fazla ceza verilemeyeceği ve işçinin 11 yıllık çalışması göz önüne alındığında feshin ölçülü olmadığı, son çare ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliği yönünde hüküm kurulmuştur[1051]. Doktrinde Kılıçoğlu / Şenocak, Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre işverenin fesih yerine ihtar etme yolunu izlemesiyle fesih hakkından zımnen feragat ettiğini kabul edildiğini belirtmektedir[1052]; kanımızca kararda açıkça belirtilmese de Bursa BAM da aynı gerekçeyle hareket etmiş, ihtar ve feshin işverence verilen cezalar olduğu kabul edilerek, daha hafif bir ceza verilmişken daha ağır bir cezanın verilemeyeceği yönünde hüküm kurmuştur.

Bir diğer tedbir, işçinin çalıştığı işe alternatif bir birime veya işe yönlendirilmesidir. İşin sürekliliği bakımından eğer varsa işçinin bölümünün değiştirilmesi gibi alternatif yöntemlere gitme yolları aranmalıdır. Fransız Hukukunda bu kapsamda[1053] işletmede başka bir işte istihdam etme yükümlülüğü öngörülmüştür

[1048] Y7HD, T. 17.02.2016, 2015/37498 E., 2016/3446 K. (www.legalbank.net)
[1049] Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 94; Karademir**, a.g.e.,** s. 195.
[1050] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 400.
[1051] Bursa BAM 9HD, T. 12.02.2020, 2019/2990 E., 2020/347 K. (www.legalbank.net)
[1052] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 403.
[1053] Fransa'da, işletmesel karar nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmeden önce işverene iki başlık altında yükümlülük yüklenmiştir. Bunlar yargılama yoluyla dürüstlük kuralına dayandırılarak tespit edilmiş ve ardından Fransız İş Kodu'nda açıkça düzenlenmiştir, bkz. Christophe Vigneau, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", **Droit social,** No:7/8, 2004, s. 706-714, s. 713 (Contrat de travail); Güzel / Ugan Çatalkaya, **a.g.m.,** s. 43.

(*obligation de reclassement*)[1054]. Buna göre işveren, kendi işletmesinin içinde, kendi olanakları dâhilinde her bir işçiyi farklı bir birime yönlendirip yönlendiremeyeceğini araştıracaktır[1055]. İşçiye yapılacak araştırma sonucu işin teklif edilmesi gerekmektedir. Ancak bu tam anlamıyla bir teklif yükümlülüğü mahiyeti taşımamaktadır. İşveren yaptığı ciddi araştırma sonucu, gereken tüm çabayı gösterecek ve buna karşılık işçiye bir iş teklif edemiyorsa yükümlülüğü yerine getirmiş sayılabilecektir. Bir diğer ihtimalde eğer bir iş teklif edebiliyorsa da, bu teklifin yazılı olmakla birlikte açık, somut ve bireyselleştirilmiş bir nitelikte olması beklenmektedir[1056]. Fransa'da bu düzenleme 2002 yılından beri yürürlüktedir[1057]. İş Kodu'nun 1233-4. maddesi ile bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda yapılacak feshin gerçek ve ciddi sebepten yoksun olması nedeniyle geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Alman Hukukundaki düzenleme de, işçiyi yalnızca kendi işyeri değil, aynı zamanda işletmeye dahil başka bir işyerinde; hatta kamu kurumları bakımından işçinin aynı çevredeki başka bir görevde yahut başka servislerinde de istihdamını araştırmayı öngörmektedir. İşçinin başka bir görevde çalıştırılabilmesi durumunda yapılan fesih geçersiz kabul edilecektir[1058].

Fransız Hukuk sisteminde işverene yüklenen bir diğer yükümlülük de adaptasyon yükümlülüğüdür (*le devoir d'adaptation*)[1059]. Dürüstlük kuralı temeline dayandırılan bu yükümlülük, 2000 yılında İş Kodu'nun 6321-1. maddesiyle pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur[1060]. İşletmesel karar sebebiyle işine son verilmesi gereken işçi, eğitim verilerek başka bir işe adapte edebiliyorsa, bu durumda söz konusu eğitimi vermeden ve diğer birime uyum sağlanmasını gözetmeden yapılacak fesih geçersiz sayılacaktır[1061]. Oldukça uzun süren ve masraflı eğitimler değil, dürüstlük

[1054] Güzel, **Ultima Ratio**, s. 77; Fransız hukukunda bu hak, "herkesin bir işe sahip olabilme hakkı" ile doğrudan ilişkilendirilmiştir, bkz. Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 507, s. 626-627.
[1055] Özdemir, **Dürüstlük Kuralı**, s. 62.
[1056] Özdemir, **Dürüstlük Kuralı,** s. 63.
[1057] İlk defa 1992 yılında Fransız Yargıtayı tarafından *Expovit* kararına konu edilen bu yükümlülük daha sonradan kanun hükmü haline gelmiştir, Güzel, **Ultima Ratio**, s. 78.
[1058] Ulucan, **Alman Hukuku,** s. 242.
[1059] Vigneau, **Contrat de travail,** s. 713.
[1060] Vigneau, **Good Faith**, s. 602.
[1061] İşçinin işyerindeki teknolojik gelişmelere adapte olma yükümlülüğü de dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır, bkz. Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** s. 303, Knr. 239.

kuralı gereğince vermesi beklenebilecek eğitimlerden söz edilmektedir[1062]. Ayrıca adaptasyon yükümlülüğü kötüye kullanılmamalı ve kişinin taşıyabileceği iş yükünü aşan veya kalifiye olmadığı bir alanda çalıştırılması gibi bir sonucu doğurmamalıdır[1063]. Kişinin yeni çalıştığı birim ve buna adapte edilmesi esnasında, dürüstlük kuralı gereğince işçinin işyerindeki geleceği de düşünülmelidir, böylece çalışma ilişkisindeki istikrar güçlendirilmiş olacaktır[1064]. Eğer başka bir işte istihdam etmek imkansızlaştıysa yahut işçi yeni şartlarla çalışmayı reddettiyse feshin gerçek ve ciddi nedene dayandığı iddia edilebilmektedir[1065]. Hukukumuzda da işverenden beklenebilen eğitimler, örneğin meslek içi eğitimler verilerek, iş sözleşmesini sürdürme yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir[1066]. Yargıtay bir kararında işçinin mesleki yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesinin feshi iddiasında, performansa katkı sağlayacak bir eğitimin verilmemesi nedeniyle son çare ilkesinin gözetilmediği yönünde hüküm kurmuştur[1067]. Bir başka olayda ise fesihten sonra uzmanlık gerektiren işleri yapması için daha kalifiye işçi alınması söz konusu olduğundan ve davacı işçiye eğitim verilerek başka işte çalışmasının sağlanamayacağından, işveren davranışının tutarsız bulunmadığına karar verilmiştir[1068].

Doktrinde bir görüşe göre bu ilke gereğince, işveren fesih kararını vermeden, işçiyi mümkünse bir başka departmanda, varsa başka bir şubede, özetle kendi iş organizasyonu kapsamında bir başka şekilde istihdam etmeye devam edebilecek yolları araştırmalıdır[1069]. Yargıtay da bu görüşü destekler nitelikte kararlar vermektedir. Yüksek Mahkeme, zincir marketlerden birinin merkez bürosunda çalışan

---

[1062] Alpagut, **Feshe Karşı Koruma**, s. 95; Özdemir, **Dürüstlük Kuralı,** s. 73; Manav**, Geçersiz Fesih,** s. 115; Güzel, **Ultima Ratio,** s. 80. Alman hukukunda da aynı yönde yapılan değerlendirme için bkz. Alp, **Ölçülülük,** s. 1532.

[1063] Vigneau, **Contrat de travail,** s. 713.

[1064] Vigneau, **Contrat de travail,** s. 714.

[1065] Vigneau, **Contrat de travail,** s. 714.

[1066] Süzek, **İş Hukuku,** s. 627. Eğitim verillmesi sayesinde işçinin başka bir işte çalıştırılıp çalıştırılamayacağının dosya üzerinden anlaşılamayacağı görüşünde, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 614.

[1067] Y7HD, T. 03.12.2015, 2015/24618 E., 2015/24174 K. (www.legalbank.net);

[1068] Y22HD, T. 12.02.2013, 2013/2635 E., 2013/2654 K. (www.legalbank.net)

[1069] Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, İstanbul, Legal, 2007, s. 133-134 (İşyeri). Yazar, söz konusu düzenlemede işçinin "aynı işkolunda" başka bir işe uygun olup olmadığının gözetilmesi yerine, işverenin tüm işyerlerinde çalıştırabileceği başka bir iş olup olmadığının araştırılması gerektiğine dikkati çekmiştir. Böylece iş güvencesinin esas amacı olan iş ilişkisinin korunmasına yönelik bir yol izlenebilecektir. Aynı görüşte, Süzek, **İş Hukuku,** s. 626-627.

ve çalıştığı bölümden işçi çıkarılması nedeniyle işe iade davası açan işçinin sözleşmesinin feshedilmesini geçersiz saymıştır. Kararda, her ne kadar merkez ofiste olmasa da ülkenin birçok yerinde yer alan marketlerde iş teklif edilmeden feshi geçerli saymanın mümkün olmadığı belirtilmiştir[1070]. Dürüstlük kuralı kapsamında bir işverenden iş sözleşmesinin devamı için kendi sınırları dâhilinde, kullanabileceği tüm imkânları kullanması beklenmektedir.

Bununla birlikte doktrinde işverenin gerekli araştırmayı yapmasını hangi kapsamla sınırlı tutacağı da tartışma konusu olmuştur. Özellikle holding ve grup şirketleri bakımından, bir şirkette istihdam edilmesi mümkün olmayan işçiye, başka bir grup şirketinde iş önerilmesi yükümlülüğü var mıdır? Grup şirketleri her ne kadar aynı kişilerce yönetim altında tutulsalar da, her biri farklı birer amaca hizmet eden, farklı tüzel kişiliklerine sahip farklı işyerleridir, bu nedenle sorunun cevabı çoğunlukla işverenin böyle bir yükümlülüğü olmadığı yönünde olmaktadır[1071]. Bununla birlikte holding veya grup şirketlerinde işçinin istihdam edilme imkanı olup olmadığının araştırılması yönünde bir görüş de mevcuttur[1072].

(2) Olumsuz Öngörü İlkesi

Doktrinde "*Olumsuz Tahmin*" veya "*Tahmin İlkesi*" olarak da adlandırılan bu kavram, işverenin iş sözleşmesinin devamında yaşanacak bir duruma ilişkin kuvvetli, olumsuz bir öngörüde bulunması ve bu nedenle sözleşmeyi feshetmesini anlatmaktadır[1073]. Somut olayda geçerli sebep oluşturabilecek durumun tekrarlanacağı veya devam edeceği öngörüsü bulunmalıdır[1074]. Alman Hukukunda hem işçiden, hem

[1070] Özdemir, **Dürüstlük Kuralı,** s. 71; Y9HD T. 26.05.2008, 2007/37018 E., 2008/13847 K.
[1071] Özdemir, **Dürüstlük Kuralı,** s. 71; Holding veya şirketler topluluğunu tek bir işveren gibi düşünmemek gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 615. Fransız hukukunda holding ve grup şirketlerinde de işe yerleştirme imkanı olup olmadığının araştırılması aranmaktadır, buna karşılık Alman hukukunda bu yükümlülüğün yer almadığına dair bkz. Güzel, **Ultima Ratio,** s. 78-79, 82.
[1072] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1003.
[1073] Eyrenci, **Ölçülülük**, s. 44; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 135; Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 211; Kabakcı, **a.g.e.,** s. 178; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1019; Astarlı, **İhtar,** s. 977; Sevil Doğan, "İş Sözleşmesinin Feshinde Olumsuz Öngörü İlkesi", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan,** (Ed.:Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 1013-1040, s. 1013.
[1074] Kabakcı, **a.g.e.,** s. 182; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 529.

işletme gereklerinden kaynaklanan nedenlerde olumsuz öngörünün varlığı değerlendirilmektedir[1075]. Doktrinde Doğan'ın ifade ettiği üzere öngörü geleceğe yönelik olsa dahi, işverenin hareket noktası geçmişte yahut mevcut dönemde gerçekleşmiş durumlar olmalıdır. İşveren, bunlardan yola çıkarak geleceğe dair bir tahminde bulunacaktır[1076]. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre bu olumsuz öngörü, işverence mantık çerçevesinde alınan bir kararla feshe yol açsa da, daha sonra hatalı olduğu anlaşılmakla işe iadeye yönelik bir talebe konu olabilir. Ancak bu durumda mutlaka işverenin tahminin hatalı olduğu ihbar süreci içinde anlaşılmalı, işverence başka bir işçi işe alınmamış olmalı ve işe iade uygulanabilir olmalıdır[1077].

Arızi devamsızlık hallerinde kuvvetli bir olumsuz öngörüden bahsedilmesi güç olacaktır. İşe bir gün devamsızlık yapılmasının işverende haklı bir güvensizliğe yol açmayacağı, işçinin güveni sarsan başka davranışı olmaması nedeniyle bu devamsızlığın geçerli neden oluşturmaması gerektiği doktrinde haklı olarak belirtilmiştir[1078]. İşçinin çalışma ilişkisinde hastalanma sıklığı ve bu hastalıkların işe devamsızlık sebebi olması, gelecekte de tekrarlanacağına yönelik bir öngörü oluşturabilir[1079]. İşe geç gelinmesi açısından da geç kalmanın hangi sıklıkla gerçekleştiği ve dayandığı hukuki sebep değerlendirilmelidir[1080].

Doktrinde bir görüşe göre son çare kapsamındaki ihtar, olumsuz öngörünün bir parçasıdır[1081]. İhtar, işçinin yetersizliği veya davranışından kaynaklanan olumsuz öngörüyü, yalnızca işverenin bir tahmini olmaktan çıkarıp, objektifleştirme işlevi görecektir[1082]. Ancak belirtmek gerekir ki ihtarın verilmesine rağmen olumsuz öngörünün giderilemeyeceği anlaşılıyorsa, bu durumda ihtar gereksinimi olmaksızın sözleşmenin geçerli nedene dayanarak feshedilebileceği kabul edilmektedir[1083].

[1075] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 137.
[1076] Doğan, **a.g.m.,** s. 1015.
[1077] Waas, **a.g.e**., s. 623.
[1078] Murat Engin, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi),** 2. Bs., İstanbul 2017, s. 156 (Değerlendirme 2014).
[1079] Kabakcı, **a.g.e.,** s. 183; Centel, **İş Güvencesi,** 72.
[1080] Doğan, **a.g.m.,** s. 1021.
[1081] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1019; Astarlı, **İhtar,** s. 977.
[1082] Doğan, **a.g.m.,** s. 1035.
[1083] Astarlı, **İhtar,** s. 977; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal**, İş Hukuku**, s. 997; Kabakcı, **a.g.e.,** s. 270; Doğan, **a.g.m.,** s. 1036.

İşyerine – o gün izinli olduğunu zannederek - alkollü olarak gelmiş işçinin sarhoşluğuna dair bir delil olmadığında ve işyerinde bu durum olumsuzluğa yol açmadığında, olumsuz bir tahmin de oluşmadığından geçerli veya haklı nedenden bahsedilemeyecektir[1084]. Doktrinde bu karar, ilkeye yer vermesi bakımından isabetsiz bulunmuş ve eleştirilmiştir[1085].

(3) Menfaatlerin Tartılması

Kural olarak hukuki uyuşmazlıklarda çözüm bulunması için, karşılıklı taraf menfaatlerinin tartılması ve birinin diğerine üstün tutularak sonuca varılması gerekir. Açıkça kanun koyucu tarafından hangi menfaatin gözetileceği belirtilmediğinde, bu tartımı yargıç yapacaktır[1086]. Alman Hukukunda bu genel kural, fesihlerin sosyal olarak kabul edilebilir olması adına genel düzenlemenin yargılama aşamasında somutlaştırılması için başvurulan ilkelerden birine dönüştürülmüş ve "*menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi*" olarak adlandırılmıştır.

İlke, Alman Feshe Karşı Koruma Yasası içinde değil, BGB § 626'da haklı nedenle derhal fesih hakkı kapsamında düzenlenmiş; bununla birlikte, bu ilkenin işçiden kaynaklanan sebeplerde olağan fesihler bakımından da uygulama alanı bulacağı doktrin ve yargılama vesilesiyle kabul edilmiştir[1087]. Alman Federal Mahkemesi bu ilkeye, somut olay kapsamında karşılıklı menfaatleri ölçmek ve dengelemek suretiyle feshin sosyal olarak haklılığının tespiti için başvurmaktadır[1088]. Özellikle işverenin fesihle elde edeceği ekonomik menfaatle, işçinin iş sözleşmesinin devamıyla elde edeceği ekonomik ve sosyal menfaatlerin karşılaştırılması söz konusu olacaktır[1089]. Kural olarak burada işverenin sübjektif menfaatleri yerine objektif olarak

---

[1084] Y9HD, T. 08.12.2016, 2016/1000 E., 2016/21771 K. (www.legalbank.net).
[1085] Doğan, **a.g.m**., s. 1017.
[1086] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 178; APS/Vossen, **KSchG § 1**, Rn. 80.
[1087] Eyrenci, **Ölçülülük,** s. 38.
[1088] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 129; Kabakcı, **a.g.e.,** s. 188.
[1089] Kural olarak işletme gerekleriyle yapılan fesihler bakımından menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Federal İş Mahkemesine göre işçinin işe devamındaki menfaati ile işyerinin yahut bir bölümünün kapanması ve işçinin çalışmasına imkan olmaması nedeniyle iş ilişkisinin sona erdirilmesinde menfaat karşılaştırması yapılamaz. bkz. Manav, **a.g.e.,** s. 130.

makul bir işverenin menfaatleri esas alınmalıdır[1090], ki bu değerlendirme de yine dürüstlük kuralına işaret etmektedir. Bu ilke uyarınca, iş sözleşmesinden kaynaklanmayan menfaatlerin feshe konu edilmesi, feshin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır[1091].

Doktrinde bu ilkenin ölçülülük ilkesinden doğduğu ileri sürülmektedir[1092]. Kanımızca bu ilkenin hizmet ettiği amaç, tespit edilen menfaatlere göre değişiklik gösterebilir. Eğer ortada objektif bir menfaat yokluğu veya önemli ölçüde azlığı söz konusuysa, ortaya çıkan sonuç fesih hakkının amacına aykırı olarak kullanılması - elbette iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından geçersizliği- sonucunu doğuracaktır. Nitekim hakkın kötüye kullanılması görünümlerinden biri olan objektif menfaat yokluğu durumunda, işverenin feshin korumasından yararlanamaması gerekmektedir. Objektif olarak bir işverenden beklenebilecek menfaatin yokluğu veya önemli ölçüde azlığı durumunda işverenin feshini geçersiz sayılmalıdır.

Karşılıklı menfaatler arasında oranlılık tespiti yapılmaktaysa, bu durumda feshin geçerliliği tespit edilecektir. İşçinin yetersizliğinde işverenin kusurlu olması veya fesih sebebinin işverenin müdahale edebileceği bir alanda, bir diğer deyişle işverenin rizikosunda gerçekleşmesi durumunda menfaatler tartılarak işçi lehine karar verilmesi gerekir[1093]. Özellikle hastalık nedeniyle devamsızlık durumunda yapılacak değerlendirmede, işçi iş nedeniyle bir hastalığın oluştuğunu iddia ediyorsa, işverenin bunun aksini ispatlaması beklenecektir[1094]. İşletme gereklerinde ise kural olarak menfaat tartılması yapılamaz[1095].

Doktrinde bir görüş, bu ilkenin Türk Hukukunda da uygulanması gerektiği ileri sürmektedir[1096]. Yargıtay, iş güvencesinin kabul edilmesinden bugüne dek geçen süre içinde çeşitli kararlarında işçi ve işverenin menfaatlerini değerlendirmiş

[1090] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 131; Eyrenci, **Ölçülülük**, s. 41.
[1091] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 131; Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 180; Eyrenci, **Ölçülülük**, s. 39.
[1092] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 133; Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 179; Kabakcı, **a.g.e.,** s. 189.
[1093] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 180, 337; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 75-76; Karademir, **a.g.e.,** s. 111.
[1094] APS/Vossen, **KSchG § 1**, Rn. 219.
[1095] APS/Kiel, **KSchG §** 1, Rn. 591; Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 183-184.
[1096] Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 419; Eyrenci, **Ölçülülük**, s. 39; Kabakcı, **a.g.e.,** s. 191.

bulunmaktadır[1097]. Doktrinde Kabakcı'ya göre işverenden önemli ve makul ölçüler içinde sözleşmeye devam edip etmemesinin beklenmesi tespitinde yapılan menfaat değerlendirilmesi, feshin geçerliliği denetiminden ayrı bir nitelikte değildir. Yazara göre dürüstlük kuralı ve onun temel aldığı ölçülülük ilkesi uyarınca tarafların feshe dair menfaatleri denkleştirilmelidir[1098]. Menfaatlerin tartılmasıyla amaçlanan, hakkaniyetli bir sonuca ulaşmaktır; örneğin çok uzun yıllardır işyerinde çalışan ancak iş kazası nedeniyle performansı düşen işçinin sözleşmesi mesleki yetersizlik nedeniyle feshedilecekse, burada işçi lehine değerlendirme yapılmalıdır. İşçinin hakimiyet alanında kalan ve işin yürütümünü olumsuz etkileyen nedenler bakımından değerlendirme, işveren lehine olacaktır[1099]. Kanımızca da geçerli fesih bakımından yapılacak değerlendirmede sırf sebebin geçerliliği değil, onun feshe sebep oluşturması tespit edilirken somut olayın gerektirdiği hallerde, karşılıklı menfaatler tartılarak sonuca ulaşılması, dürüstlük kuralının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

(4) Keyfilik, Ölçülülük, Tutarlılık Denetimleri

İş güvencesi sistemi keyfi fesihlere engel olmak için oluşturulduğundan, keyfilik tüm fesihler için bir ön denetimdir. İşverenin yönetim hakkını kullanırken dürüst olması ve aldığı fesih kararının keyfilik taşımaması gerekir[1100]. Kural olarak geçerli sebebin varlığını ispat yükü işverenin üzerinde olmakla birlikte, işverenin keyfi karar aldığını ispat yükü işçiye aittir[1101].

İşletme gereği ile fesih arasındaki nedensellik bağının incelenmesiyle, fesih kararı keyfilik denetimine tabi olmaktadır[1102]. Bu aşamada, iş güvencesinin tam

---

[1097] Kararlar için bkz. Kabakcı, **a.g.e.,** s. 190, dn. 604-605.
[1098] Kabakcı, **a.g.e.,** s. 191-192.
[1099] Kabakcı, **a.g.e.,** s. 194.
[1100] Y9HD, T. 15.02.2010, 2009/25281 E., 2010/3519 K. (Çalışma ve Toplum, S:27); Y9HD, T. 28.11.2017, 2016/31276 E., 2017/19166 K..
[1101] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1021; YHGK, T. 02.06.2010, 2010/9-272 E., 2010/276 K.; YHGK, T. 24.02.2010, 2010/9-33 E., 2010/105 K.; Y9HD, T. 01.11.2010, 2010/33259 E., 2010/30959 K. (www.legalbank.net). Şahlanan, **Değerlendirme 2008**, s. 158
[1102] Fransız ve Alman hukuk sistemlerinde işletme gereklerine dayanan feshin ancak belirli bir işçi yahut işçi grubunun devamlı olarak işyerinde istihdamını engelleyecek bir sebebe dayanması gerektiğinin ve bu sebep ile fesih arasında nedensellik bağının arandığı yönünde, bkz. Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 35.

anlamıyla sağlanabilmesi için, alınan bu karar sonucunda, feshin gerekli olup olmadığı incelenmektedir[1103]. İşverenin mevcut iş organizasyonunda yalnızca işçi çıkarmak amaçlı değişikliğe gitmesi dürüstlük kuralına aykırılık sonucu doğuracaktır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin bu değerlendirmeyi yaptığı *Rheumaklinik* kararında, işveren işyerinden bazı unsurları yeni kurulan bir tüzel kişiliğe devrederek, yeni işçi almak için eski işçileri operasyonel nedenle işten çıkarmıştır. Federal İş Mahkemesi, sırf işçilik maliyetlerini azaltmak için yapılan bu devirde, işverenin feshe karşı koruma yöntemlerini dolanma amacıyla kötüye kullandığı yönünde hüküm kurmuştur[1104]. İşveren yalnızca ekonomik zorunluluklardan değil, rekabet koşullarında daha iyi uyum sağlama amacıyla yeniden yapılanma veya işyerinin kapatılması kararı da alabilir[1105]. Ancak söz konusu kararın gerçek olması gerekir, yalnızca feshi kolaylaştırma amacıyla karar alındığının ileri sürülmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır.

İşçi ihtiyacı bulunmasına rağmen daha yüksek ücret ödenen eski işçilerin işten çıkartılması ve yerine aynı ya da yakın sayıda daha düşük ücretle yeni işçi alınması işyerinde sırf işgücü maliyetlerini azaltma amacı taşıyan bir değişiklik yapıldığını gösterecektir ve bu keyfi karar da geçerli sebep oluşturmayacaktır[1106].

Yargıtay kararlarında sıklıkla başvurulan denetimlerden biri ölçülülük denetimidir. Ölçülülük ilkesi ile ilgili genel açıklamalar daha önce yapıldığından, burada tekrara düşmemek adına yeniden yer verilmeyecektir. Ölçülülük ilkesi, fesih sebebi oluşturduğu iddia edilen işçiden kaynaklanan sebep veya işletme gereğinin, işverenin fesih kararına yol açması gerekip gerekmediğini belirlemede esas alınmaktadır[1107]. Doktrinde bazı yazarlar, söz konusu ölçülülük değerlendirmesinin kamu hukuku kaynaklı olup İş Hukukunda temelini dürüstlük kuralında bulduğunu belirtmektedirler[1108]. Bu bağlamda kamu hukukunda başvurulan ölçülülüğün üç alt

[1103] Köme Akpulat, **Ultima Ratio,** s. 48.
[1104] BAG T. 26.09.2002 - 2 AZR 636/01 (Naklen: Waas, **a.g.m.,** s. 610).
[1105] Süzek, **İş Hukuku**, s. 599-600.
[1106] Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 78-79.
[1107] Fransız Hukukunda geçmişte bir kusur değerlendirmesi olarak hakkın kötüye kullanım denetimi yapılmaktaydı. 1973 yılında yapılan değişiklikle feshin gerçek ve ciddi sebeple yapılması gerektiğinden, işverenin kusuru yerine tarafların dengelenmesi esas alınarak yapılan ölçülülük denetiminin geçtiği ifade edilmektedir. bkz. Mouly / Savatier, **a.g.m.,** Knr. 298.
[1108] Eyrenci, **Ölçülülük**, s. 36.

ilkesi değerlendirmesine, fesihlerin geçerliliğini tespit için de başvurulmaktadır. Ancak bu durumda ortaya bir karmaşa çıkmaktadır. Nitekim, son çare ilkesi ile gereklilik değerlendirmesi eş tutulmakta, menfaat değerlendirmesi ile oranlılık değerlendirmesi birleştirilmektedir. Bu nedenle konuyla ilgili denetimler yapılırken aynı anlama gelen birden çok kavram kullanılarak Yargıtay kararlarında karışıklık yaratılmasının uygun düşmediği kanaatindeyiz. Diğer ilkeler, ölçülülük ilkesiyle aynı amacı gütmekte ve farklı bir anlam taşımamaktadırlar. Bir Yargıtay kararında ifade edildiği üzere; "*işletmesel kararda amaca uygunluk ve yerindelik denetimi yapılamaz. Ancak işveren yeniden yapılanma tedbirini ciddi ve kalıcı biçimde uyguladığını, tutarlılık denetimi kapsamında ispatlamalıdır. Bunun dışında işletmesel karar; ispat yükü işçide olmak üzere, işverenin ekonomik ve işletmese nedenler dışında bir saikle fesihte bulunduğu, bu hakkın kötüye kullanıldığı iddia edildiğinde keyfilik denetimine ve ayrıca feshin son çare olması ilkesi ve işyeri gereğinin kaçınılmaz olup olmadığının denetimi kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimine tabi tutulabilir.*[1109]". Görüldüğü üzere birçok kavram, karar içeriğinde yer almakta ancak bunların bir kısmı aynı anlama gelmekte veya aynı amacı güden ilkeler olarak kabul edilmektedirler.

Alman Hukukunda işverenden kaynaklanan sebeplerle feshin "kaçınılmaz işyeri gerekleri" nedeniyle yapılabileceği kabul edilmektedir. Doktrinde buradaki "kaçınılmaz" ifadesinin ölçülülük değerlendirmesine işaret ettiği, geniş anlamda ölçülülük değerlendirmesindeki "gereklilik" alt ilkesi yoluyla feshin kaçınılmaz olup olmadığının tespit edilebileceği ifade edilmiştir[1110]. Yargıtay kararlarında da feshin kaçınılmaz olduğu hallerde geçerli nedenden bahsedilebileceği sonucuna varılmıştır[1111]. Nitekim keyfilik değerlendirmesinin mefhum-u mualifinden, keyfi olmayıp kaçınılmaz olanın geçerli sayılması, doğal bir sonuç olacaktır. Doktrinde bu anlamda işyerini kapatma kararının gerçek ve samimi olması, hakkın kötüye kullanılmaması gerektiği vurgulanmıştır[1112]. İşverenin başka bir işyeri varsa son çare ilkesi gözetilerek, işçileri orada çalıştırmaya devam etme olanağı olup olmadığı

[1109] Y9HD, T. 03.05.2010, 2009/19729 E., 2010/11964 K. (www.legalbank.net)
[1110] Eyrenci, **Ölçülülük,** s. 35; Ugan Çatalkaya, **a.g.e**., s. 473.
[1111] Y9HD, T. 05.04.2010, 2010/10026 E., 2010/9226 K; Y9HD T. 11.12.2006, 2006/25167 E., 2006/32359 K.
[1112] Alpagut, **Esaslı Değişiklik**, s. 94-95; Süzek, **İş Hukuku,** s. 619; Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 80.

değerlendirilmelidir[1113]. Yargıtay'ın 2008 tarihli bir kararında, işveren Marmaris'teki mağazasını kapatıp iş sözleşmesini feshetmiş, fesihten üç gün sonra o bölgede başka işyerinde görev teklifi yapmış, tazminatların ödenmesi teklifin kabulü koşuluna bağlanmış, bu teklif de işçi tarafından reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme kararına göre fesih tarihinden sonra yapılan teklif sonuca etkili değildir[1114]. Doktrinde bu kararı inceleyen Özdemir, işverenin başka bir iş teklif etmede samimi olması gerektiğini ifade etmiştir[1115].

Tutarlılık denetimi, Yargıtay kararlarında çoğunlukla işletme gerekleriyle fesihlerde incelenmiş olsa da zaman zaman işçiden kaynaklanan nedenlerde de işverenin tutarlılığı inceleme konusu yapılabilir. Nitekim tutarlı olmak da işverenin "çelişkili davranma yasağı" kapsamında birbirini takip eden uyumsuz davranışlarını incelemektir. İşverenin güvenini sarsan yahut yetersiz bulunan bir işçiyi terfi ettirmesi veya işçiye zam yapması ancak bunun ardından belirtilen sebebe dayanarak sözleşmeyi feshetmek istemesi tutarsız bir davranış olacaktır. Bu durumda feshin geçerli olduğundan bahsedilemez[1116]. Tutarlılık denetimi ile işverenin fesih sonrasındaki davranışları da incelemeye tabi tutulmaktadır. İşletme gereği sonucunda işgücü fazlası oluştuğuna dair işveren iddiasının sorgulanmasına sebep olan durumlardan biri de fesihten sonra yeni işçi istihdamıdır. Yargıtay'ın 2007 tarihli bir kararında, işverenin işletmesel karar ile işgücü fazlası olan yaklaşık 30 işçinin sözleşmesinin feshedilmesi yoluna gittiği, şirketin maliyetleri azaltmak amacıyla bu yolu izlediği belirtilmiştir. Buna karşılık açılan işe iade davasında işçi, kendisine son çare ilkesinin uygulanmadığı, işyerinde taşeron işçilerin çalıştırıldığı, işverenin zarar etmediğini iddia etmektedir. Bilirkişi raporunda da işverenin fesihten önce ve sonraki altı aylık periyotlarda başka işçi almadığı, zarara uğradığı hususlarına yer verilmiştir. İlk derece mahkemesi yalnızca işveren tarafından sunulan belgelere dayanarak değerlendirme yapmış, Yargıtay ise bu kararın, işverenin çelişkili davranıp

[1113] Süzek, **İş Hukuku**, s. 619, 627.
[1114] Y9HD, T. 21.07.2008, 2008/26678 E., 2008/21167 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[1115] Özdemir, **Dürüstlük Kuralı,** s. 69.
[1116] Süzek, **İş Hukuku,** s. 606.

davranmadığına dair araştırma içermemesi, tüm işyerlerine ilişkin SGK kayıtlarının yer almaması nedeniyle eksik incelemeye dayandığına karar vermiştir[1117].

İşçiye başka birimde iş teklif edilmesinin yanı sıra, özellikle yeniden yapılandırma (reorganizasyon) veya işçinin çalıştığı birimin kapatılması bakımından, yapılan fesihlerin gerçekten de bu sebebe mi dayandığının mahkemece araştırılmasını feshin geçerli yahut geçersiz olduğunun tespiti için elzem saymaktadır. İş güvencesi sisteminin yürürlükte olmadığı dönemde verilen bir kararında dahi gerçekten işyerinde reorganizasyona gidip gitmediğini, bu gerekçe ile işçi çıkartılmasına rağmen yeniden aynı birime işçi alınıp alınmadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir[1118]. Kötüniyet tazminatı talebiyle açılan davada, aslında işverenin iş sözleşmesini feshettiği işçinin yerine, aynı birime işçi alıp almadığının tespit edilmesi yoluyla, işverenin çelişkili davranma yasağına aykırı bir davranışı da ortaya koyulabilecektir. Başka bir ihtimalde ise işletme gerekleri kapsamında işçi çıkarılırken diğer yandan aynı birimde fazla çalışma yaptırılması da çelişkili davranma sonucunu doğurabilecektir. Bazı durumlarda işveren, işyerindeki yapısal değişiklikler nedeniyle birden fazla görevi birleştirerek daha vasıflı bir işçiyi işe alabilir. Bu durumda yeni görevin bir kısmını halihazırda yapabilen kişilerin sözleşmelerinin feshedilmesi, doktrinde hukuka uygun bulunmamaktadır[1119].

(5) Objektif Seçim Kriterleri (Sosyal Seçim)

İşverenin işletme gerekleriyle fesihlerde hangi işçileri seçeceği, önemli bir sorun olarak doktrin ve yargılamayı meşgul etmiştir[1120]. Doktrinde yapılacak seçimin, işverenin gözetme borcunun bir uzantısı olduğu ve fesihten en az zarar görecek işçilerin seçilmesi gerektiği ifade edilmiştir[1121]. Bazı ülkelerde, işçilerin bir kısmının

[1117] Y9HD, T. 02.07.2007, 2007/9620 E., 2007/21233 K.
[1118] Alp, **İş Güvencesi**, s. 15; Y9HD, T. 26.06.1996, 1996/3236 E., 1996/14393 K.
[1119] Ulucan, **Geçerlilik Denetimi,** s. 30.
[1120] Erhan Birben, "İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları", **DEÜHFD,** C:8, S:2, 2006, s. 7-25, s. 7.(İşletme Gerekleri)
[1121] Ulucan, **Geçerlilik Denetimi,** s. 29.

çıkarılması durumunda hangi işçilerin sözleşmelerinin feshedileceğinin belirlenmesine çeşitli yöntemler geliştirilmiştir.

Sosyal seçim, sosyal anlamda zayıf olduğu tespit edilen işçinin korunarak, işverenin işçileri bu doğrultuda belirlemesi ve feshedeceği işçileri belirli kriterlere göre somut olarak seçmesi anlamını taşır[1122]. İş Hukuku alanında sosyal seçim kriterlerinin belirlenmesi ihtiyacı, sosyal adalet düşüncesinden doğmaktadır. Aslında temel amaç keyfiliği engellemek[1123], zayıf olanı korumak amacıyla yönetim hakkının ve fesih hakkının dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılmasıdır. Sosyal seçimin işverene bir yükümlülük olarak getirildiği hukuk sistemleri, bu değerlendirmeyi yapmayan işvereni sorumlu tutmakta; yargılama sonucunda fesih geçersiz sayılmakta veya işçinin zararı tazmin edilmektedir[1124]. Ancak her ne kadar yasayla açıkça düzenleme yapılmış olsa da, bu kriterlerin işyerinin haklı ekonomik menfaatinin gerektirdiği ölçüde dikkate alınması gerektiği, her durumda sosyal seçim kriterlerine sırayla ve tamamıyla uyulmasının zorunlu olmadığı da belirtilmektedir[1125].

İş güvencesi sistemi ülkemizde uygulanmaya başladığından bu yana, Alman hukukundaki sosyal seçim kriterlerinin Türk Hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Alman Hukukunda sosyal seçime dair düzenleme emredici nitelikte olup, sözleşmelerle bertaraf edilmesi mümkün değildir. Bu düzenleme ile amaçlanan, acil işletme gerekleri ile birden fazla işçinin çıkartılması durumunda, kalan işlerin adil bir şekilde dağıtılması, iş ilişkisine az ihtiyaç duyan, en az bağımlılığı olan işçilerin iş ilişkisine son verilmesidir[1126]. Alman Hukukunda, sosyal seçim kriterlerinden biri olan kıdem bakımından, doktrinde işçinin işyerinde çalışma süresi arttıkça iş ilişkisinin devam edeceğine dair güvenin de arttığı ifade edilmektedir[1127]. İşçinin bu güveninin korunması amacıyla işyerine bağlılığı daha yüksek olan kıdemli işçi, kıdemsiz işçi

[1122] Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 4, s. 95-105, s. 99 (Sosyal Seçim); Birben, **İşletme Gerekleri**, s.8.
[1123] Çelik, **Eşit Davranma,** s. 7.
[1124] İsveç, Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde sosyal seçim kriterlerinin belirlenmesi ile ilgili esaslar için bkz. Alpagut, **Sosyal Seçim,** s. 100; Ali Güzel / Emre Ertan, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", **Legal İSGHD**, C:4, S: 16, 2007, s. 1219-1305, s. 1223 vd.
[1125] Ulucan, **Geçerlilik Denetimi,** s. 26-27; Yıldız, **Ayrımcılık,** s. 847.
[1126] APS/Kiel, **KSchG § 1**, Knr. 592.
[1127] Alpagut, **Sosyal Seçim,** s. 101.

karşısında feshe karşı korunmalıdır. Yaş bakımından da işçinin yaşı arttıkça işgücü piyasasında kendine yer bulma şansının azaldığı, aile sorumluluğunun arttığı, bununla birlikte yaş artışının etkisinin her durumda aynı olmadığı belirtilmektedir. Bakım yükümlülüğü olan işçilerin de ailenin korunması amacıyla, geçindirdikleri kimseleri de kapsamına alacak şekilde sosyal düşünceyle güvence altına alınması söz konusudur. Son olarak ağır engelli olan işçilerin sözleşmeleri, yetkili makam onayı olmadan feshedilemeyecektir ve bu feshin geçerli olması için işverenin işletme gerekleriyle birlikte çalıştırması gereken işçi sayısını doldurmuş olması aranmaktadır[1128].

Sosyal seçimin amacı, göründüğü üzere Anayasa'daki eşitlik ilkesine hizmet etmek ve bu yolla sosyal adaleti sağlamaktır[1129]. Ancak her işçinin sosyal seçim kriterleri bakımından somut durumu kendine özgü olmakla birlikte, işletme yararı için sağladığı katkı da eşdeğer değildir. Ayrıca bu yönde bir pozitif hukuk kuralına yer vermeyen Türk Hukukunda, hangi esaslar gözetilerek sosyal seçimin yapılabileceği tartışmalıdır[1130]. Diğer yandan, sosyal seçim uygulamasıyla feshin geçersiz mi sayılacağı yoksa bir tazmin yükümlülüğü mü doğuracağı kanun ile belirlenmediğinden, doktrinde kriterlerin uygulanmasının uygun düşmeyeceği de ileri sürülmüştür[1131]. İş güvencesi sisteminin henüz uygulama başlandığı dönemlerde Yargıtay, işletme gereklerine dayanan fesihlerde sosyal seçim ölçütlerinin uygulanması gerektiği görüşüne dayanarak karar verdiyse de[1132], ilerideki yıllarda bu görüşünü değiştirmiştir[1133]. Bu değişiklikte doktrinde yapılan eleştirilerin büyük katkısı olmuştur. Doktrinde Çelik, sadece Alman Hukukunda yasayla düzenlenmiş ölçütlerin değil, aynı zamanda Yargıtay'ın da belirlemiş olduğu başka bazı ölçütlerin de esas alınmaya çalışıldığını; işçilerin yetenekleri, becerileri gibi ölçütlerin sosyal seçim kavramıyla ilgisi olmadığını ve bunların seçim aşamasından önce değerlendirilmesi gereken kişisel özellikler olduğunu ifade etmiştir[1134]. Doktrinde

[1128] Alpagut, **Sosyal Seçim,** s. 102; Yıldız, **Ayrımcılık**, s. 849 vd..
[1129] Alpagut, **Sosyal Seçim,** s. 104.
[1130] Çelik, **Eşit Davranma,** s. 7.
[1131] Alpagut, **Sosyal Seçim,** s. 104.
[1132] Y9HD, T. 19.03.2007, 2007/6187 E., 2007/7308 K.; Aynı görüşte, bkz. Astarlı, **Sınırlandırma,** s. 346.
[1133] Kanunda ölçütlerin belirlenmesi gerektiği görüşünde, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 628. Bazı kararlarda hala sosyal seçime dair bazı kavramlara yer verildiği yönünde, bkz. Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 563.
[1134] Çelik, **Eşit Davranma,** s. 8.

Ulucan ise işçilerin seçiminde iş görme borcunun ifası, özen, genç olma gibi ancak son çare olarak değerlendirilebileceğini savunduğu kriterlerin Yargıtay kararlarında kullanılmasını eleştirerek, belirtilen ölçütlerin sosyal seçimle ilgisi olmadığını ileri sürmüştür[1135]. Bu özellikler işçiden kaynaklanan fesih sebepleri bakımından değerlendirilebilir, ancak işverenden kaynaklanan sebeplerde ölçüt oluşturamazlar.

İşletme gerekleri nedeniyle işveren mutlaka bir tercih yapacaktır, ancak yapacağı tercihin mutlaka sosyal seçim niteliği taşıması gerekmeyecektir. İşverenin işyeri için gerekli gördüğü işçileri çalıştırmaya devam edip, işgücü fazlası olduğunu tespit ettiği işçilerin sözleşmelerini feshetmesi mümkündür. Ancak bu durumda eşit davranma borcuna aykırılığın oluşup oluşmadığı da doktrinde tartışılmıştır. İşveren açıkça yalnızca belirli bir cinsiyete tabi olanları yahut belirli bir ırka mensup olanları işten çıkarırsa, bu durumda elbette ayrımcılık yasağı gündeme gelecek ve feshin geçersizliği ileri sürülebilecektir. İşverenin yaptığı seçimle fesih hakkının kötüye kullanılması da mümkündür, nitekim 2006 tarihli bir Yargıtay kararında işletme gerekleri ile bir seçim dahilinde 75 işçinin sözleşmesi feshedilmiş ancak bunların 74'ünün sendikalı olduğu tespit edilmiştir. Yüksek Mahkeme, seçim yapılırken neden sendikalı işçilerin tercih edildiğinin açıklanamaması nedeniyle işe iadeyi reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur[1136]. Buna karşılık, işverenin genel olarak hangi işçilerin sözleşmesini feshedeceğini tespit ederken, söz konusu seçimi gözetme borcu kapsamında yapması gerektiği ileri sürülmüştür[1137].

Belirtmek gerekir ki yakın tarihli Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında da objektif seçim kriterlerine dair değerlendirmelere yer verildiği göze çarpmaktadır[1138].

[1135] Ulucan, **Geçerlilik Denetimi,** s. 24.
[1136] Y9HD, T. 11.12.2006, 2006/25167 E., 2006/32359 K. ve kararın incelemesi için bkz. Alp, **Değerlendirme 2006**, s. 164-165.
[1137] Ulucan, **Geçerlilik Denetimi,** s. 28.
[1138] Bursa BAM 3HD, T. 27.02.2020, 2019/4883 E., 2020/437 K.; Bursa BAM 3HD, T. 21.02.2020, 2019/3682 E., 2020/385 K.; Bursa BAM 9HD, T. 12.02.2020, 2019/3192 E., 2020/367 K.

d. Feshin Usule Uygunluğu

İş güvencesi sistemi, işverenin fesih beyanına yalnızca içerik açısından sınırlama getirmemektedir. Fesih yapılabilmesi için ortaya çıkması gereken geçerli sebepler, fesih hakkının doğumu için gereklidir, bunun yanı sıra feshin geçerli olabilmesi için usulî birtakım yükümlülüklerin de yerine getirilmesi gerekir. Bu usulün amacı, işverenin öncelikle iş sözleşmesini feshetmek istediği işçiyi dinlemesi, ardından feshin sebebinin açıklanması ve bunların yazılı hale getirilmesidir. Bu usule uymayan fesihler de geçersiz sayılır.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin feshinde usulî düzenlemeler de sebepler kadar önemlidir[1139]. Yukarıda bahsedildiği gibi fesih hakkının doğumu için aranan geçerli sebeplerin yanında, feshin geçerliliğini etkileyen usulî düzenlemelere de yer verilmiştir. İş Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrasında feshin yazılı yapılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu şartın bir geçerlilik koşulu oluşturduğu anlaşılmaktadır. Baskın olan görüş ve Yargıtay içtihatlarında da kabul edildiği üzere, iş güvencesi kapsamında feshin yazılı yapılması, bir geçerlilik koşuludur[1140].

Feshin yazılı yapılmasının yanı sıra, feshin hangi nedene dayanarak yapıldığının da belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim burada amaç, işçinin bu sebepleri bilmesi böylece iş ilişkisine nasıl son verildiğinin anlaşılabilmesidir. Fesih nedeninin belirtilmemesi, feshin geçersizliği sonucunu doğuracaktır[1141]. Yargıtay birçok kararında, feshin İş Kanunu'nun 19. maddesinin öngördüğü açıklıkta olmaması

[1139] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 350.
[1140] Yiğit, **Geçersiz Fesih**, s. 1150; Yazılılığın iş güvencesi olmayan iş ilişkilerinde de aranması gerektiği yönünde, bkz. Demir, **Geçerli Sebep,** s. 472.
[1141] Yiğit, **Geçersiz Fesih,** s. 1151; Kural olarak sebebe bağlı yenilik doğuran haklarda sebebin bildirilmesi yenilik doğuran hakkın etkinliğini ortadan kaldırmaz, ancak işverenin iş güvencesi kapsamında kullandığı olağan fesih hakkı bakımından geçersizlik yaptırımı öngörülmüştür, bkz. Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 347.

durumunda geçerli nedene dayanmadığına karar vermiştir[1142]. Açık olmayan fesih bildiriminin sonrasında veya dava sırasında başka bir sebebe dayanılması da feshi geçerli hale getirmeyecektir. Kural olarak dürüst, makul bir işveren, iş sözleşmesini sona erdirirken iş güvencesi kapsamında hangi sebebe dayandığını belirtmelidir; karşı tarafta iş güvencesi kapsamında haklı bir beklenti yaratılmakta olduğundan çelişkili ifadeler kullanılmamalıdır.

İş Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrası "*hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez*" şeklinde düzenlenmiştir. İşçiden kaynaklanan geçerli neden mevcutsa, öncelikle işçinin savunması alınmalı ve savunması alındıktan sonra da iş sözleşmesinin feshini gerektiren hal devam ediyorsa sözleşmesi yazılı olarak ve sebebi açık bir şekilde belirtilerek feshedilmelidir. İşçiden savunma istenirken, savunma konusu olayın açık ve net bir biçimde bildirilmesi ve hangi konularda savunma yapılması istendiğinin açıkça yazılı olarak belirtilmesi gerekir[1143]. Savunmanın fesihten önce yapılması gerekir[1144]. İlgili maddenin, savunma alınmasını işçiden kaynaklanan sebeplere özgülediği anlaşılmaktadır. İşletmeden kaynaklanan nedenlerde ise savunma söz konusu değildir zira ortada işçinin savunacağı bir davranışı yahut yetersizliği[1145] bulunmamaktadır.

İş güvencesi kapsamında iş sözleşmesi feshedilmeden önce özellikle mesleki yetersizlik ve işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde işçinin savunmasının alınması bir geçerlilik şartıdır. Savunma ile amaçlanan, kişinin işletme yararına uygun davranışı veya mesleki yeterliliği neden ortaya koyamadığının anlaşılmasıdır. Sonuçta iş yerinde çalışan işçiler tek tip makinalar değildirler ve her birinin "kötü ifa" olarak değerlendirilebilecek davranışının gerisinde insani sebepler yatar. Feshe son çare olarak başvurulmadan önce dürüstlük kuralı kapsamında ilişkinin ayakta tutulması için

[1142] Y9HD, T. 27.04.2011, 2010/246 E, 2011/12421 K.; T. 27.10.2008, 2008/2898 E., 2008/28913 K.,
[1143] Canbolat, **a.g.m.,** s. 90-91; Süzek, **İş Hukuku**, s. 632.
[1144] Y9HD, T. 24.05.2010, 2009/20438 E., 2010/14394 K.
[1145] 18. madde ile 19. madde arasında kullanılan kavram farklılığı nedeniyle, savunma alınmasında işçinin yetersizliğinin mi yoksa verimsizliğinin mi esas alınması gerektiği doktrinde tartışılmıştır, bu durumda genel anlamda yetersizliğin anlaşılması gerektiği yönünde, bkz. Yiğit, **Geçersiz Fesih**, s. 1151; Süzek, **İş Hukuku**, s. 632.

savunma alınması da, kanımızca *intuitus personae* niteliğinin bir gereğidir. İşçinin savunması yazılı olması zorunlu değildir, ancak ispatı kolaylaştıracaktır[1146].

Hükmün ikinci fıkrasının ikinci cümlesi, İş K m. 25/II'yi saklı tutmaktadır. Bu nedenle işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı haller ve benzerleri kapsamında yaptığı derhal fesihlerde usule uyulmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından, işverenin haklı sebebe dayanarak derhal feshinde bu madde, oldukça problemli sonuçlar yaratmaktadır. Mahkeme, öne sürülen nedenin haklı neden değil ancak geçerli neden ağırlığında olduğunu kabul ettiğinde, usulün de bir geçerlilik koşulu olduğu değerlendirmesini atlayarak esasa yönelik karar vermekte ve feshi geçerli saymaktadır[1147]. Bu hususa ilişkin değerlendirmelere, feshin geçersizliğine ilişkin sonuçlar kapsamında aşağıda ayrıca yer verilecektir[1148].

4. Toplu İşçi Çıkarma

Girişim özgürlüğü kapsamında işyerinde yapısal değişikliklere gidilmesi, bölüm veya bir işyerinin tamamen kapanması gibi durumlarda işçilerin iş sözleşmeleri toplu halde sona erebilir. Ancak işten çıkarımların toplu halde olması endişe duyulan ve toplum düzenini etkilediği düşünülen bir durum olduğundan, belirli sınırlamalara tabi tutulmuştur[1149].

Hukukumuzda iş güvencesi sistemi düzenlenene dek, işverenin toplu işçi çıkarması için makul yahut haklı sebep göstermesi gerekmemekteydi[1150], yalnızca çıkma yahut çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde çıkarılanlar yerine başka işçi alınamayacağına ilişkin bir sınırlamaya yer verilmiştir[1151]. 4773 sayılı Kanun ve

---

[1146] Süzek, **İş Hukuku**, s. 632.

[1147] Yazılılığın aranmamasının hakkaniyete uymadığı yönünde, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 721; işverenin bu durumda fesih sebebini değiştirme riski hakkında bkz. Canbolat, **a.g.m.,** s. 89.

[1148] bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II-A-1-c.

[1149] Aziz Can Tuncay, "İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkarmalar ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları", **İÜHFM**, C: 38, S:1-4, 1973, s. 572.

[1150] 1992 yılında verilen bir kararda, zarar ettiği için toplu işçi çıkarma yoluna giden işverenin emekliliğe hak kazananları işten çıkarmasının kötüniyeti göstermeyeceği sonucuna varılmıştır, bkz. Y9HD, T. 21.09.1992, 1992/10808 E., 1992/10268 K. (Naklen: Kutal, **Değerlendirme 1992**, s. 48).

[1151] Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 33-34. Hükmün gerekçesinde fesih hakkının kötüye kullanıldığından bahsedildiği, buna karşılık hükmün uygulandığı süreçte feshe karşı koruyucu etki göstermediği

ardından yürürlükteki 4857 sayılı İşK ile toplu işçi çıkarma, işletme gereklerine dayalı sebebe bağlanmıştır.

Toplu işçi çıkarmada da, iş güvencesinde olduğu gibi usulî yükümlülükler öngörülmüştür. 158 Sayılı Sözleşme'de de bu aşamada işçi temsilcilerine danışılması ve yetkili makama asgari belirlenecek bir süre öncesinden haber verilmesi gerektiği düzenlenmektedir[1152]. İşK m. 29 uyarınca işveren, en az otuz gün önceden yazılı olarak işyeri sendika temsilcisi, ilgili bölge müdürlüğü ve Türkiye İş Kurumu'na bildirmezse, toplu işçi çıkarma usulünü yerine getirmemiş olur[1153]. Yargıtay, bir kararında işverenin ekonomik güçlük gerekçesiyle alınan işletmesel karara dayandığı feshi değerlendirmiştir. Birkaç ay içinde yapılan fesihlerle, toplu işçi çıkarmaya dair bildirim zorunluluğu sayısına ulaşılmış ancak işçilerin kısım kısım çıkartılması nedeniyle işverence bildirim yapılmamıştır. Yüksek mahkeme toplu işçi çıkarma prosedürünü dolanma amacıyla yapılan feshin, dürüstlük kuralına aykırı ve bu nedenle hakkın kötüye kullanılmış olduğuna karar vermiştir[1154].

Toplu işçi çıkarma hükümleri de, iş güvencesinden yararlanmasını engellemek amacıyla keyfi bir biçimde kullanılmamalıdır. Yukarıda işletme, işyeri ve işin gerekleri ile fesih başlığı altında yapılan incelemelerde dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilen hususlar, toplu işçi çıkarma için de geçerlidir. İşçilerin fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi sebebiyle yaptıkları şikayet üzerine toplu işçi çıkarılması ve akabinde yeni işçilerin alınması, fesih hakkının kötüye kullanılmasına örnek gösterilmiştir[1155].

İşveren, yeni işçi almak, işletme gerekleri ile feshe dair yapılan denetimlerden kaçınmak, iş sözleşmesinin işçilerin iş güvencesine başvurmasını engellemek için toplu işçi çıkarma yolunu tercih ediyorsa, kanunu dolanmış olacaktır. İşK m. 29 ile bu amaçla yapılan toplu işçi çıkarmalara karşı, iş güvencesi hükümlerine

yönünde, bkz. Şahlanan, **Feshe Karşı Koruma**, s. 154. İşçiyi tekrar işe başlatmak için işverene bir zorlama yapılamayacağından, feshi sınırlayıcı nitelikte bir hüküm olmadığı yönünde, bkz. Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s 80.

[1152] Kutal, **İş Güvencesi**, s. 28-29; Süzek, **İş Hukuku,** s. 633-634.

[1153] Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 404.

[1154] Y9HD, T. 27.12.2010, 2010/3357 E., 2010/41035 K. (www.legalbank.net)

[1155] Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 318.

başvurulabileceği öngörülmüştür. Kanımızca burada kanuna karşı hilenin engellenmesi için yapılan bir düzenleme söz konusudur. Böylece yargıç, iş güvencesi sisteminde yukarıda aranan unsurları, bu fesihler bakımından da değerlendirebilecektir[1156].

III. DERHAL (BİLDİRİMSİZ) FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

İş ilişkisi devam ederken öyle durumlar ortaya çıkabilir ki taraflardan birinden ortaya çıkan bu yeni duruma rağmen iş sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmesini talep etmek dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz[1157]. Derhal fesih hakkı, dürüstlük kuralı gereği artık sözleşmeye devam etmeye zorlanamayacak tarafa iş sözleşmesinden kendisini kurtarabilme olanağı sağlar[1158]. Kural olarak hakkın tanımı belirttiğimiz gibi olsa da, iş mevzuatımızda işveren tarafından derhal fesih hakkının kullanılabileceği haller her kanun açısından farklı yöntemlerle belirlenmiştir[1159]. İş Kanunu, sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyete uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler ve işçinin tutukluluk ve gözaltında olması hallerini dört kategoride toplamış; bunlardan bazıları için somut, ölçülebilir şartlar belirleyerek bu şartların yerine getirildiği hallerde hakkın kullanımına müsaade etmiştir. Diğer sebeplerin ise haklı neden teşkil edip etmediği, somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir[1160].

İş ilişkisini düzenleyen diğer kanunları inceleyecek olursak, Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinde, gazetecinin görevinin ifasıyla ilgili hususlarda bilerek veya ağır bir ihmali neticesinde yayının itibarına veya şöhretine zarar getirecek fiil ve

---

[1156] Süzek, **İş Hukuku,** s. 636.
[1157] Bu durumdaki kimseden ifanın talep edilmesinin hakkın kötüye kullanılması olacağı yönünde bkz. Oğuzman, **İş Akdi**, s. 36; Demirsatan, **a.g.e.,** s. 253.
[1158] Belirtmek gerekir ki, derhal fesih hakkını kullanma yönünde irade beyanı olmaksızın, sırf haklı nedenin varlığı nedeniyle sözleşme kendiliğinden sona ermez, bkz. Oğuzman, **İş Akdi**, s. 36; Esener, **İş Hukuku,** s. 237. İş güvencesine ilişkin düzenlemeler sebebiyle geçerli sebebe bağlanan olağan fesih hakkı ile haklı nedenle derhal feshin hukuki nitelik itibariyle birbirlerine yaklaştıkları yönünde bkz. Süzek, **Geçerli Fesih**, s.568; Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 11; Savaş, **a.g.e.,** s. 30.
[1159] Kanunda haklı nedenlerin sınırlı olarak sayılmadığı, ancak belirli prensipler ve kategoriler belirlemenin kolaylık sağlayacağı görüşünde, bkz. Oğuzman, **İş Akdi,** s. 45.
[1160] Savaş, **a.g.e.,** s. 37.

harekette bulunması durumu, derhal fesih hakkı veren ağır sebeplerden sayılmıştır. Bunun dışında bir örnek verilmemiştir[1161]. Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinde ise "*önelsiz fesih*" başlığı altında, gemiadamının herhangi bir limanda hareketinden önce gemiye dönerek hizmete girmemesi yahut hiç dönmemesi, tutukluluk gibi bir sebeple hizmet görmesinin engellenmesi, işveren veya işveren vekiline karşı mevzuata ve iş sözleşmesi ile çalışma şartlarına veya denizcilik kural ve teamüllerine veya ahlaka veya adaba aykırı hareketi halleri derhal fesih hakkı altında düzenlenmiştir. Yine aynı maddeye göre geminin herhangi bir sebeple otuz günden fazla süre seferden kaldırılması veya gemiadamının sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması halleri, her iki tarafa da derhal fesih hakkı verecektir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ise özel olarak kanundışı grev halinde iş sözleşmesinin işveren tarafından derhal feshedilebileceğini düzenlemektedir.

TBK'de ise hizmet sözleşmesinin taraflardan biri açısından dürüstlük kuralı uyarınca çekilmez hale geldiği durumlarda derhal fesih hakkının doğduğu düzenlenmektedir[1162]. Diğer iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde TBK'daki genel düzenleme esas alınarak haklı neden olup olmadığı tespit edilmelidir[1163].

Görüldüğü üzere yalnızca Deniz İş Kanunu ile İş Kanunu sistemi benzerlik taşımaktadır. Bunun dışında ise bir yeknesaklık yoktur. Derhal fesih gibi ağır bir yaptırıma yol açan sebeplerin, uygulanacak usul ile beklenilecek sürelerin bu denli karışık bir sistem içinde olması, somut olaylarda feshin haklı olup olmadığını incelemeyi zorlaştırmaktadır.

[1161] TBK m. 435'te düzenlenen genel hükmün Basın İş Kanunu'na tabi gazetecilere ve işverenlerine uygulanacağı yönünde, bkz. Göktaş, **a.g.e.,** s. 212.
[1162] TBK'daki düzenlemenin Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu ile paralel olduğu yönünde, bkz. Oğuzman, **İş Akdi**, s. 43.
[1163] Savaş, **a.g.e.,** s. 38.

A. Derhal Fesih Hakkının Kötüye Kullanılıp Kullanılamayacağı Sorunu

Doktrinde olağan fesih hakkının kötüye kullanılabileceği konusunda tartışma bulunmamaktadır[1164]. Buna karşılık derhal fesih hakkının kötüye kullanımı noktasında bu kadar net bir cevabın verilemeyeceği kuşkusuzdur. Derhal fesih hakkının kötüye kullanılmasının mümkün olup olmadığının incelenebilmesi için ilk olarak hakkın niteliği belirlenmeli ve çerçevesi çizilmelidir. Bu amaçla Türk İş Hukukuna özgü düzenlemelerin değerlendirilmesi ihtiyacı doğmaktadır.

1. İş Hukukunda Haklı Neden Kavramı ve Beklenilmezlik Kriteri

Haklı neden, ya da eski adıyla "*muhik sebep*", sözleşmenin taraflarına, sözleşmeden derhal kurtulma olanağı sağlar. Ancak kanun koyucu "haklı neden nedir?" sorusunun kesin bir cevabını vermemiştir[1165]. Çeşitli görüşler[1166] ileri sürülmekle birlikte haklı nedenin genel bir tanımının yapılmasından kaçınıldığı görülmektedir[1167]. Genel olarak haklı nedenin belirgin bir çerçevesi çizilmemiş, her somut olayda kendine özgü bir biçimde belirleneceği öngörülmüştür[1168]. İsviçre BK m. 337c'deki hakimin takdir yetkisine ilişkin hükmün TBK'ye alınmaması, yargıcın haklı sebepleri takdir yetkisini engellemeyecektir[1169]. Elbette yargıç MK m. 4 uyarınca takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete göre kullanacaktır[1170].

[1164] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s.19.

[1165] Hüküm içi boşluk olduğu görüşünde, bkz. Seliçi, **a.g.e.,** s. 186-187; Kırca, **a.g.m.,** s. 94; Edis, **Medeni Hukuk,** s. 132; Serozan, **Medeni Hukuk**, Knr. 52, s. 174.

[1166] Bir görüşe göre haklı neden, şartların somut hukuki durumu değiştirmek gereksinimi doğuracak üstünlükte olmasıdır, bkz. Hans Roggwiller, **Der "wichtige Grund" und seine Anwendung in ZGB und OR**, Aargau, 1956, s. 39 (Naklen: Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 133).

[1167] Kanun koyucu farklı tip sözleşmeler için genel bir tanım yapmaktan kaçınarak özel düzenlemelere yer vermiştir, bkz. Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 399, s. 144; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 131-132.

[1168] Ender Gülver, "Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi", **Legal İSGHD**, C:8, S:31, 2011, s. 999-1029, s. 1002; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 134.

[1169] Gülver, **a.g.m.,** s. 1004.

[1170] Nomer /Akbulut, **a.g.e.,** Knr. 109, s. 39-40. Yargıcın takdir yetkisini kullanırken objektif olma, somut olayın özelliklerini değerlendirme ve eşit davranmaya saygı göstererek hukuki güvenilirliği sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır, bkz. Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 389-391, s. 140-141.

İş sözleşmeleri bakımından TBK m. 435'te derhal fesih hakkının ne zaman kullanılacağı gösterilirken, "*dürüstlük kuralı gereğince beklenilmezlik*" ifadesi tercih edilmiştir[1171]. Beklenilmezlik ile anlatılmak istenen, taraflardan biri için artık o ilişkiye devam etmenin mümkün olmaması, ilişkinin çekilmez hale gelmesidir. Doktrinde Alpagut, beklenilmezliğin, yalnızca kısa süre içinde iş sözleşmesini sona erdirmek anlamını taşımadığını, aksi halde bildirim sürelerine ait ücret peşin ödenerek yahut ihbar tazminatı ile de bunun sağlanabileceğini belirtmiştir. Yazara göre beklenilmezlik, ilişkinin çekilmez hale gelmesi, buna katlanmayı istemenin mümkün olmamasıdır[1172].

Alman Hukukunda BGB § 626'da da beklenilmezlik kriterine yer verildiğini görmekteyiz. Derhal feshe yol açan halin değerlendirilmesinde, sözleşmeyi ihlal eden davranışın yoğunluğu, kusur derecesi, tekrarlanıp tekrarlanmadığı gibi unsurlar söz önünde tutulacaktır[1173]. Kanunda aynı açıklıkla yer verilmese de, Fransız İş Kodu'nda fesihte bildirim süresinin verilmemesi yoluna gidilebilecek durumlar için ağır kusur (*faute grave*) aranmaktadır. Doktrin ve uygulama ile geliştirilen bu kavram, muhatabının artık iş sözleşmesini sürdürmesini ve bildirim sürelerini beklemeyecek olduğu hallere işaret etmektedir[1174]. İsviçre BK m. 337'de haklı sebeplerden (*just motif*) bahsedilmiş, bu sebeplerin dürüstlük kuralı gereğince iş sözleşmesini sürdürmesinin beklenmediği durumlar olduğu doktrinde ifade edilmiştir[1175]. İsviçre BK kapsamında m. 337a ve 346/2 haricinde haklı nedenler sayılmamış, mutlak olarak haklı sebep oluşturacak hallerin belirlenmesi uygun bulunmamıştır. Bunun yerine, m. 337/3 kapsamında hangi hallerin haklı sebep teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir[1176].

[1171] Seliçi, **a.g.e.,** s. 192; Savaş, **a.g.e.,** s. 39; Akyiğit, **Ders Kitabı**, s. 248; Bu ifadenin, haklı nedeni takdir yetkisinde yargıca yönelik bir sınırlama olduğu yönünde, bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 137; Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 397, s. 144.

[1172] Alpagut, **Haklı-Geçerli Neden**, s. 77. Kanun koyucu, başka tip sözleşmeler bakımından da aynı anlama gelebilecek "tahammül edilmezlik", "çekilmezlik" ("*intolérable*") gibi kelimeler kullanmaktadır, bkz. Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** 144, s. 397; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 132; İsviçre hukukunda haklı sebep örnekleri için bkz. Gülver, **a.g.m.,** s. 1005 vd.

[1173] Alpagut, **Haklı-Geçerli Neden**, s. 76.

[1174] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 47-48; Alpagut, **Haklı-Geçerli Neden,** s. 76.

[1175] CS-Gloor, **Art. 337**, Knr. 20, s. 741; Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** s. 144.

[1176] CS-Gloor, **Art. 337**, Knr. 28, s. 746; Gülver, **a.g.m.,** s. 1003.

Doktrinde haklı nedenlerin belirlenme yöntemleri bakımından objektif ve sübjektif ağırlığın da değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ortaya çıkan yeni durum objektif olarak haklı neden olmakla birlikte[1177], aynı zamanda sübjektif olarak da hak sahibi için çekilmez, sözleşmeye devamı beklenilemez bir nitelik taşımalıdır[1178]. Eğer kişi hakkını gecikmeksizin kullanmıyorsa, bu durumda söz konusu sebebin sübjektif olarak çekilmez kıldığından bahsedilememektedir[1179].

Haklı sebepler sözleşmeye aykırılıktan veya sözleşme dışı etmenlerden kaynaklanabilir, iş sözleşmesi gibi kişisel özelliklerin önem taşıdığı sözleşmelerde kişiliğe dair değişimlerin de haklı sebep olabileceği ifade edilmiştir[1180]. Hatta iş ilişkisi kurulmadan mevcut fakat diğer tarafça bilinmeyen bir sebebin sonradan ortaya çıkması da sözleşmeye devamı katlanılmaz hale getirebilir. Haklı sebep, güven ilişkisinin etkilenmesi nedeniyle de ortaya çıkabilir. Bu hallerde güveni ortadan kaldıran davranışa maruz kalan muhataptan artık o ilişkiyi sürdürmesi beklenmeyecektir[1181].

Bir sebebin mutlak olarak haklı sebep teşkil edip etmeyeceği dürüstlük kuralı vasıtasıyla belirlenecektir[1182]. Sözleşmedeki ağır ihlal doğrudan haklı sebebi oluşturacak, nisbi ağırlıkta bir sebep söz konusu ise feshe muhatap olacak tarafın ihtar edilmesi[1183] gerekecektir. İhtara rağmen, sözleşmenin ihlal edilmesi ve ihtar edilen hususların tekrarlanması durumunda, haklı sebebin oluştuğundan bahsedilebilecektir[1184]. Nitekim İşK m. 25/II-h'de "*İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi*" de ihtar üzerine derhal fesih için yeterli ağırlığa ulaşan bir haklı sebep olarak nitelendirilebilecektir.

[1177] Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 140; Seliçi, **a.g.e.,** s. 200.
[1178] Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 154-157; Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** s. 167 vd.
[1179] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 432-434.
[1180] Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 148.
[1181] Ertürk, **Temel Haklar**, s. 171.
[1182] Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 407, s. 148.
[1183] İhtarın uyarı ve kınama fonksiyonları bulunmaktadır. Hukuka uygun bir şekilde yapılmalıdır, iş ilişkisini doğrudan etkilemediği sürece işçinin özel hayatı veya temel hak ve özgürlüğünü kullanmasına ilişkin bir ihtarda bulunulmayacaktır, bkz. CS-Gloor, **Art. 337**, Knr. 26, s. 744.
[1184] ATF 127 III 153, Gülver, **a.g.m.,** s. 1004; Mutlak ve nisbi ağırlığa yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** s. 149-151. Mutlak ağırlıkta olmayan sebepler bakımından ihtar şartının tüm sürekli borç ilişkilerinde uygulanması gerektiği yönünde, bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 143. Burada ölçülülük ilkesindeki "gereklilik" değerlendirmesinin yapıldığı yönünde, bkz. Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 499. Türk Hukukunda işçinin ihtar edilmesinin hukuki temeli olarak son çare ilkesi gösterilmektedir, bkz. Astarlı, **İhtar,** s. 969; Karademir, **a.g.e.,** s. 186.

Bir olayda eski tarihli ihtarın yeni tarihli olayla birleştirilerek haklı fesih sebebi yapılamayacağı, ancak geçerli sebep oluşturabileceğine karar verilmiştir[1185].

Belirtmek gerekir ki her somut olayda dürüstlük kuralı uyarınca haklı nedenin varlığının tespiti doğrudan derhal feshe yol açmamalıdır. Mümkünse uyarı veya olağan fesih yolu kullanılmalı, derhal feshe son çare olarak başvurulmalıdır[1186].

Haklı sebebin ağırlığı belirlendikten ve derhal feshe dayanak teşkil edebileceği söylendikten sonra artık hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilmesi kural olarak mümkün değildir, çünkü ifanın objektif olarak beklenilemez olduğu tespit edildikten sonra aynı hareketin dürüstlük kuralı gereğince beklenilebilir olduğu söylenemez[1187]. İsviçre-Türk Hukukunda, derhal fesih hakkının kötüye kullanılmasının bu nedenle mümkün olmadığı görüşü hakimdir[1188].

Derhal fesih açısından bakıldığında sözleşmeyi sona erdirme iradesi o kadar güçlüdür ki, ilişkiyle bağlı olmak istemeyen tarafı kısıtlayıcı düzenlemeler getirmenin mümkün olup olmadığı bile tartışmalıdır. Çünkü genel itibariyle derhal fesih hakkını kullanacak olan kimse, o ilişkiyle bağlı kalması beklenmeyen kişidir. Dürüstlük kuralı kapsamında ilişkide kalması beklenmeyecek olan kimsenin sözleşmeyi sona erdirme iradesini yine dürüstlük kuralı denetimiyle sınırlamak ise bir karışıklık yaratmaktadır.

Kanımızca Türk Hukukunda haklı sebep olarak tanımlanan kimi hallerin kazuistik olarak sayılması, dürüstlük kuralı ile değerlendirme yapmayı engellemekte, takdir hakkını ortadan kaldırmaktadır[1189]. Buna karşılık kanun koyucunun belirlemiş olduğu kimi hallerde, hakkaniyet nedeniyle haklı nedenin oluşup oluşmadığına dair tespite ihtiyaç duyulmaktadır.

[1185] Y9HD, T. 13.12.2006, 2006/13951 E., 2006/32795 K. (www.legalbank.net)
[1186] CS-Gloor, **Art. 337**, Knr. 22, s. 742.
[1187] Ali Uçar, **İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 87.
[1188] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 102; Esener, **İş Hukuku,** s. 234; Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 22; Y9HD, T. 24.02.2004, 2003/23772 E., 2004/3084 K.
[1189] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 498; Astarlı, **Değerlendirme,** s. 287.

2. Ahlaka ve İyi Niyete Uymayan Haller Kavramı ve Dürüstlük Kuralı ile İlişkisi

İş Kanunu'nun 24/II ve 25/II. maddeleri, Deniz İş Kanunu'nun 14/I-ç ve 14/II-c maddelerinde derhal fesih sebepleri arasında "ahlaka ve iyi niyete uymayan davranış" ifadeleri kullanılmaktadır. Kanun koyucu, işçiler ve gemiadamları ve bunların işverenleri bakımından ahlaka uygun davranılmamasını, iş sözleşmesini çekilmez kılan, güveni ortadan kaldıran bir hal olarak tanımlamaktadır[1190]. Kanun koyucunun iyiniyet ve ahlaka uymayan haller adı altında düzenlediği ve örnekleme yoluyla saydığı durumlarda, sözleşme taraflarından birinin diğerine yönelik iyi niyete veya ahlaka aykırı bir davranışı bulunmaktadır[1191] ve bu davranışa maruz kalan tarafa belirli bir süre içerisinde sözleşmeyi bildirimsiz olarak feshetme imkânı verilmiştir. Bu hallerde derhal fesih hakkı, artık sözleşmenin tarafı olma konusunda bir güveninin kalmadığı, o sözleşmeden beklenilen yararı görülemeyeceği gerekçesiyle verilmiştir. Ayrıca bu haller sınırlı olarak da sayılmamış "*ve benzerleri*" denilerek yorumu uygulamaya bırakılmış geniş bir kapsam oluşturulmuştur[1192]. Bu durumda dürüstlük kuralı, beklenilmezliği tespit açısından yol gösterici olacaktır[1193]. Bununla birlikte iş güvencesi sisteminin yürürlüğe girmesiyle, işçinin davranışları ve yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceği düzenlenmiştir. Bir görüşe göre, 25/II ile düzenlenen hallerin bir kısmı geçerli neden teşkil edebilecek hallerdir ve 25/II hükmü kapsamı çok geniş olduğu için haklı sebeple feshe dair yetkinin yeniden düzenlenmesi gerekir[1194].

[1190] Yusuf Erdem Tunç, "Gemi Adamlarının Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi", **Sosyal Bilimler Dergisi**, S:17, Yıl: 4, 2017, s. 514-530, s. 523-524.
[1191] Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 64-65.
[1192] Her ne kadar "ve benzerleri" ifadesi kullanılsa da, hükmün içeriğinde tek tek sayılan hallerin yargıcın dürüstlük kuralında olaya özgü yorum yapmasını engellediği yönünde, bkz. Göktaş, **a.g.e.,** s. 185.
[1193] Özdemir, **Dürüstlük Kuralı**, s. 57.
[1194] Polat Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, İstanbul, Legal, 2005, s. 27-69, s.45 (Feshe Karşı Koruma).

Doktrinde, derhal feshe imkan veren hallerin aslında işçinin niyeti veya kastından ziyade dışa dönük iradesi olduğu, buradaki ahlak kuralları deyiminden objektif etiğin yani hukukun anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür[1195]. Odaman, bu bağlamda "sosyal ahlak" kavramını tanımlamış ve "*toplumun bireyden talep ettiği hareket tarzına dair kurallar*" olduğunu ifade etmiştir. Yazar, sosyal ilişkilerde tarafların birbirlerine duydukları güven, dayanışma gibi sosyal değerlerin bir düzen oluşturduğu ve sosyal ahlak kurallarıyla yazılı hukuk kuralları arasında bir fark kalmadığı; dolayısıyla maddede kastedilenin bu davranış yükümlülükleri olduğu görüşündedir[1196]. Ahlaka uymayan haller deyimi yerine "*sosyal ahlak kurallarına aykırılık*" veya "*hukuka aykırılık*" kavramlarının da kullanılabileceğini ifade etmektedir. Bu kurallar, çalışma hayatı bakımından mesleki örf oluşturmakta ancak bunların tek tek belirlenmesi mümkün olmamakta, maddenin anlamı yargılama yoluyla somutlaştırılmaya çalışılmakta ki bu halde bile her somut olayın birbirinden farklı niteliği gereğince değerlendirmede zorluk yaşanmaktadır[1197].

İyiniyet kavramı açısından bakıldığında da hangi hallerin haklı sebep oluşturacağına ışık tutanın dürüstlük kuralı olduğu görüşü ileri sürülmektedir[1198]. "*İyiniyet kuralları*", aslında Fransızca orijinalinde "*les regles de la bonne foi*" olarak tanımlanan, Medeni Kanun'a "dürüstlük kuralı" olarak alınan genel davranış kuralları anlamını taşımaktadır. Böylece kanun koyucunun bu düzenleme ile amacının, dürüstlük kuralına aykırılık halinde tarafların arasındaki güveni ortadan kaldıran sebeplerin ortaya çıkmasıyla ilişkiyi derhal sona erdirme hakkı tanımak olduğu ortaya çıkmaktadır[1199].

[1195] Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 60.
[1196] Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 61, Savaş, **a.g.e.,** s. 66.
[1197] Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 61-62.
[1198] Wyler/ Heinzer, **a.g.e.,** s. 571.
[1199] Tuncay, **Değerlendirme 1994**, s. 37; Savaş, **a.g.e.,** s. 66.

3. İş Kanunlarında Kazuistik Yöntemle Sayılan Haklı Nedenler ve Dürüstlük Kuralı ile İlişkisi

İş Hukukunda borçludan kaynaklanmayan sebeplerin ortaya çıkması ve ifayı talep etmenin mümkün olmadığı ağırlıktaki şartların varlığı halinde de sürekli borç ilişkisinin niteliği gereğince fesih hakkı kullanılabilecektir[1200]. İş kanunlarında işçinin iş görme borcunu ifa etmesine engel teşkil eden bu hallerin bazılarını, kanun koyucu açıkça sayarak düzenlemiştir. İşçiden kaynaklanmayan zorlayıcı sebepler, tutukluluk ve gözaltı halleri, sağlık nedenlerinden doğan devamsızlık durumlarında işverenin belirli bir süre beklemesi, bu süre aşıldıktan sonra fesih hakkını kullanması öngörülmüştür.

İş Kanunu'nda haklı nedenle fesih halleri işçi ve işveren için kategorize edilerek tanınmıştır. Bunlardan sağlık nedenleri ve zorlayıcı sebepler, - işveren bakımından da gözaltı ve tutukluluk halleri- kazuistik yöntemle belirlenmiştir. Doktrinde belirtildiği üzere İş Kanunu sistemimizde, haklı nedenin olup olmadığının tespiti bakımından takdir yetkisi oldukça sınırlandırılmıştır[1201]. Bu yöntemin hukuki öngörülebilirlik bakımından önemli olduğu ve bazı hallerde söz konusu durumun haklı sebep mi yoksa geçerli sebep mi sayılacağı ikilemini giderdiği aşikardır[1202]. Ancak, diğer hukuk sistemlerinin daha genel bir yaklaşım sergilemesi ve kazuistik yöntem yerine olaya özgü değerlendirmenin daha doğru olduğu da ifade edilmektedir[1203].

Derhal fesih hakkı doğuran haklı sebeplerin kanunda sınırlı sayılıp sayılmadığı tartışılmıştır. Bir görüş, haklı nedenlerin kanun koyucu tarafından sınırlı olarak sayılmadığını[1204], bunların mahkemeler arasında yeknesaklığı sağlamak adına haklı sebep kabul edilmesi gereken haller olarak gösterildiğini kabul etmektedir[1205]. Diğer

[1200] Savaş, **a.g.e.,** s. 42.
[1201] Alpagut, **Değerlendirme 2005**, s. 102; Alpagut, **Haklı-Geçerli Neden,** s. 73.
[1202] Alpagut, **Haklı-Geçerli Neden,** s. 79.
[1203] Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 313.
[1204] Ertürk, **Temel Haklar**, s. 172.
[1205] Oğuzman, **İş Akdi**, s. 43, Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 64; Kazuistik yöntemin TBK'daki genel ifadeyi bertaraf etmediği görüşünde, bkz. Saymen, **İş Hukuku**, s. 570.

görüş ise haklı nedenlerin sınırlı bir biçimde sayıldığını ileri sürmektedir[1206]. Bu görüşe göre, derhal feshe yol açan hallerin olabildiğince dar tutulması, ayrıntılarıyla hangi hallerde kullanılacağının belirtilmesi gerekir. Örneklemek gerekirse, "*işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi*" durumunda bekleme süreleri, işverenden sözleşmeye objektif olarak devam etmesinin beklenemeyeceği süreler olarak kanun koyucu tarafından belirlenmiştir[1207]. Burada kanun koyucunun amacı, haklı nedenle derhal fesih hakkını veren sebepleri iyice belirlemek ve derhal fesih hakkının kullanılmasını sınırlandırmaktır. Yine de, somut olay kapsamında işverene gün yahut hafta hesabı ile tanınan bu sürelere birkaç gün daha eklenebilmesi veya somut olay kapsamında kısa bir süre daha beklenebilmesi mümkün olabilmelidir. Kanımızca örneğin doğum nedeniyle analık izni ve ücretsiz izin kullanılması durumunda, sürenin son gününün akabinde, bakıcı bulamadığı için anne olan işçinin birkaç gün daha izin ihtiyacı ortaya çıkarsa, sırf kanundaki sürelerin dolması nedeniyle, sözleşmesi derhal feshedilmemelidir.

İşK m. 24/III ve 25/III'te düzenlenen zorlayıcı nedenlerin haklı neden teşkil etmesi de doktrinde eleştirilmektedir. 24/III'te getirilen düzenlemenin işçiye işe iade davası açma fırsatı vermemesi, hükmün 3008 sayılı Kanun döneminden beri yürürlükte olması ve günümüz teknolojisiyle uzaktan çalışmanın yahut kısa çalışma uygulamasının mümkün olması gibi hususlar, hükmün hala yürürlükte olmasına duyulan ihtiyacı sorgulatmaktadır[1208].

İşK m. 25/II'nin başlığı "ahlak ve iyiniyete uymayan haller ve benzerleri" olarak belirlenmiş ve yukarıda belirtildiği üzere sınırlı olarak sayılmamıştır. Ancak hükmün içinde bazı bentlerde yer verilen sebepler, bir miktar veya gün hesabıyla birlikte öngörülmüştür. Örneğin işçinin devamsızlığı halinde, tatil gününü takip edip etmediğine göre değişen gün sayısı yahut işçinin işyerinde otuz günlük ücretini aşan

[1206] Ekonomi, **İş Hukuku,** s. 196. Yazar, Borçlar Kanunu'ndaki genel hükmün uygulama alanı bulunmadığı görüşündedir. Derhal fesih hakkının sınırlı olarak sayılmadığı hallere 24/II ve 25/II'de yer verilmiştir, kanun koyucu başlık olarak iyiniyet ve ahlaka aykırılık oluşturan haller ve benzerleri olarak düzenlenmiştir.
[1207] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 13.
[1208] Ayşe Ledün Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkansızlık**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 113-114; Alpagut, **Pandemi**, s. 74.

tutarda zarar vermesi gibi haller de düzenlenmiştir. Bu gibi düzenlemelerin işin ve işçinin niteliğine göre somut olay kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir[1209], aksi halde kimi durumlarda derhal fesih hakkının ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Bu durumlara ilişkin incelemeye aşağıda ayrıca yer verilecektir[1210].

4. Haksız Fesih İle Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması İlişkisi

Derhal fesih hakkı doğmadığı halde bu hakkın kullanılmasıyla, iş sözleşmesinin haksız feshinden bahsedilir[1211]. Bu genel kural dışında haksız feshe yol açan diğer hallerin, gerekçe olarak gösterilen sebebin ispat edilememesi, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle fesih hakkının kullanılması için öngörülen yönteme uyulmaması, dayanılan nedenin fesih sebebi olmaması yahut hakkın süresi içinde kullanılmaması halleri olduğu doktrinde ifade edilmektedir[1212].

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, derhal feshin haklı neden olmaksızın kullanıldığı hallerde iş ilişkisine etkisi tartışılmıştır. Kanunda haksız feshin sonucuna hüküm bağlanmadığından, feshin geçersizliği ve ilişkinin devam etmesinin mi yoksa geçerli bir hukuki işleme tahvilinin mi daha uygun düştüğü tartışma konusu olmuştur. Eğer ilişkinin ayakta kaldığı kabul edilirse, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından ilişkinin sonsuza dek devam etmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Haksız fesheden tarafın, devam ettiği kabul edilen edimleri zorla ifa etmesi mümkün olmadığından, işçi veya işverenin temerrüt hükümleri yoluyla zararını giderebileceği söylenebilecektir[1213]. Ancak belirtildiği üzere bu sonuç, teorik olarak doğru olsa da, tarafların arasındaki menfaatlere uygun bir nitelik taşımayacaktır[1214]. Türk İş Hukukunda geçmişte haksız fesih işleminin geçersiz sayılması yerine, usulsüz

[1209] Olayın özelliğine uygun değerlendirme yapılmasını engellediği yönünde, bkz. Göktaş, **a.g.e.,** s. 153.
[1210] bkz. İkinci Bölüm, III-B.
[1211] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 865; Eyrenci / Taşkent/ Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 249; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.**, s. 674; Süzek, **İş Hukuku**, s. 726-727; Göktaş, **a.g.e.,** s. 154.
[1212] Savaş, **a.g.e.,** s. 222-223; Gerek, **Haksız Fesih**, s. 4 .
[1213] 818 sayılı BK m. 325 uyarınca işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın sözleşmedeki ücreti isteyebilir.
[1214] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 365.

feshin sonuçlarının uygulanması, diğer bir deyişle tahvili[1215] gerektiği doktrin ve içtihat yoluyla kabul edilmiştir[1216].

Bazı sistemler, sözleşmenin tarafların menfaatlerine uygun olarak sona erdirilebilmesi için, haklı sebebin yetersiz olduğu yahut mevcut olmadığı hallerde de feshin ayakta tutulacağını, bir diğer deyişle "*etkinlik rejimi*"ni (*le regime de l'efficacité*) kabul etmişlerdir[1217]. Bu sayede haksız feshin, teknik olarak geçersiz sayılan bir hukuki işlem olmasının doğuracağı olası problemlerin önüne geçilmektedir. Fransız[1218] ve İsviçre Hukuk sistemleri de bu sistemler arasında yer almakta olup, 6098 sayılı Kanun ile İsviçre BK'den dilimize çevrilmek suretiyle alınan TBK m. 438 ve 439 vesilesiyle Türk Hukuku da artık etkinlik rejimini kabul etmektedir. Bu sayede yalnızca belirsiz süreli değil, aynı zamanda belirli süreli iş sözleşmelerinin de süresinden önce haksız feshi durumundaki sorunlar[1219] giderilmiştir[1220].

Konuya maddenin iktibası açısından bakıldığında, iş sözleşmesinde fesih hakkının kötüye kullanılması ve haksız fesih kavramları İsviçre BK'nin 336 ve 337. maddelerinde yer almaktadır. İsviçre'de doktrin ve yargılama her iki kurum arasındaki düzenlemeleri keskin bir şekilde ayırmıştır. Nitekim, fesih hakkının kötüye

---

[1215] Çeliktaş, **a.g.m.,** s. 599; Tahvilin dürüstlük kuralına uygun yorumdan türemesine yönelik görüş ve eleştiriler hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 613, dn. 43.

[1216] Ekonomi, **İş Hukuku,** s. 196; Şahlanan, **Feshe Karşı Koruma**, s. 145; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 867-868; Antalya, **Borçlar Genel,** s. 98; Doğan Yenisey, **Genel Hizmet Sözleşmesi**, s. 102; Derhal fesih hakkını kullanan tarafın farazi iradesinin tahvil edilme konusunda belirleyici olduğu yönündeki tartışmalar için bkz. Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 366 vd.

[1217] Yenilik doğuran sebep önemlidir, çünkü sebebin yokluğu hakkın kullanılmamasına yol açar. Buna karşılık haklı nedenin yokluğunda da derhal feshe geçerlilik tanınması mümkün olabilmektedir. Burada feshin varlığını sürdürmesi kabul edildiğinden, uygulanan rejime '*etkinlik rejimi'* adı verilmektedir. 6098 sayılı TBK ile etkinlik rejimi Türk Hukukunda da tanınmıştır, ayrıca bkz. Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 340; Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 339.

[1218] Fransız Hukukunda haklı nedenle derhal fesih hakkı tanımlanmamıştır. Bunun yerine işçinin ağır kusuru halinde bildirim süresi vermeksizin işverenin yapacağı feshin derhal sonuç doğuracağı İş Kodu'nun 1234-1. maddesinde düzenlenmiştir. İşverenin ağır kusuru halinde işçinin derhal feshi konusunda ise düzenleme yoktur, bu durumda içtihat yoluyla işçinin bu nedene dayanan feshine, işveren tarafından yapılan fesih gibi sonuç bağlanacağı kabul edilmektedir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 590, s. 748-749; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 341.

[1219] Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından haksız fesih halinde usulsüz feshe tahvilin mümkün olmadığı, kıdem tazminatına da hak kazanılamadığı ve bu durumda işçiyi koruma amacından uzaklaşıldığı yönünde bkz. Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 369-371; Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 344. Alacaklı temerrüdü oluşturmadığı ve işverence feshedilmiş sayılmadığından kıdeme hak kazanılamadığı, tazminatın belirlenmesi bakımından karışıklık olduğu yönünde, bkz. Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 181-184

[1220] Soyer, **Sona Erme**, s. 14.

kullanılması yalnızca bildirimli fesihlerde[1221], haksız fesih ise yalnızca bildirimsiz fesihlerde mümkün olabilir. Fesih hakkı doğmamış ancak yine de iş sözleşmesi feshedilmişse burada bir haksız fesih vardır. Bu halde, bir hak doğmadığından hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemez[1222]. Olağan fesih hakkının makul ve meşru olmayan, "kötüniyetli" olarak tanımlanan sebepler ile kullanılması durumunda ise fesih hakkının kötüye kullanıldığından bahsedilecektir. Sözleşmenin haksız feshinin fesih hakkının kötüye kullanıldığı noktadan farkı, hakkın doğup doğmamasına ilişkindir[1223].

Çalışmanın ilk bölümünde incelendiği üzere Türk Hukukuyla İsviçre Hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen MK m. 2 aynı şekilde düzenlenmiştir. TBK ve İsviçre BK'da haklı nedenle fesih hakkını düzenleyen maddelerin de birbirlerine paralel olduğu ileri sürülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki İsviçre BK, iş sözleşmelerinde haklı nedenle derhal feshi dürüstlük kuralına atıf vererek ve genel olarak düzenlemiş, buna karşılık Türk Hukukunda haklı sebepler, birden çok kanunda farklı farklı şekillerde yer almıştır. Fesih hakkının kötüye kullanılması bakımından her iki hukuk sistemindeki düzenlemeler oldukça farklıdır, bizim sistemimizde "geçerli neden teşkil etmeyen haller" olarak İşK m. 18'de sayılan haller, İsviçre BK m. 336 vd. hükümleriyle fesih hakkının kötüye kullanılması örnekleri olarak sayılmıştır ve İsviçre'de bir işe iade sistemi kural olarak bulunmadığından, bu düzenleme tüm işçilere yöneliktir. Bu nedenle İsviçre Hukukundan farklı olarak hukukumuzda aynı eylemin haksız fesih ve aynı zamanda ayrımcı fesih oluşturduğu (fesih hakkının kötüye kullanıldığı) yönünde kararlar verilebilmektedir[1224].

[1221] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 625.
[1222] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 22; Bedük, **Kötüniyet,** s. 927.
[1223] Dural / Sarı, **a.g.e.,** Knr. 1251, s. 242.
[1224] Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2019 tarihli bir kararında, hem haksız hem de kötüniyetli fesih olabileceği kabul edilmiştir, bkz. Y9HD, T. 21.01.2019, 2015/28668 E., 2019/1703 K.

B. İşverenin Derhal Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması Bakımından Bazı Hallerin İncelenmesi

İş Kanunu m. 24, m. 25 ve diğer iş kanunlarındaki düzenlemelerde, derhal fesih hakkına TBK m. 435'te öngörüldüğü gibi genel nitelikte yer verilmemiştir. Düzenlemede belirtilen bazı haller bakımından sürelerin dolması yahut şartların gerçekleşmesiyle, haklı neden ortaya çıkmaktadır. Kural olarak işçinin devamsızlığı, işçinin işverene zarar vermesi gibi bu hallerde, beklenilmezlik veya çekilmezlik kriterlerinin incelenmesi yerine söz konusu şartlar sağlandıysa işverenin derhal fesih yoluna gidebileceği sonucuna varılmaktadır[1225]. Bu düzenlemelerde "haklı neden", diğer hukuk sistemlerinden farklı biçimde öngörülmüştür. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu bakımından da kanuni grev şartlarını haiz olmayan grevler kanun dışı grev olarak değerlendirilmekte, işverene de bu durumlarda derhal fesih hakkı tanınmaktadır.

Bu durumda yine akla gelen soru şudur; yargıcın bu düzenlemeler bakımından takdir hakkı söz konusu olabilir mi veya bir başka deyişle, şartlar gerçekleşse dahi derhal fesih hakkının kötüye kullanılabilmesi mümkün müdür? Doktrinde bazı yazarlar, haklı sebeple fesih yetkisinin yerinde kullanıp kullanılmadığının değerlendirilebileceği görüşündedir[1226]. Biz de bu konudaki yüksek mahkeme içtihadını değerlendireceğiz.

1. Derhal Fesihte Eşit Davranma Borcuna Aykırılık

Aynı anda birden fazla işçinin dahil olduğu olaylarda işverenin derhal fesih hakkını yalnızca işçilerin bir kısmı için kullanması halinde, eşit davranma borcunun feshe nasıl etki edeceği tartışma konusudur[1227]. Yargıtay'ın özellikle birden fazla

[1225] Bu hallerde işçinin kıdemine, şartlara bakılmaksızın yalnızca haklı fesih olup olmadığı takdirinin yapılabileceği görüşünde, bkz. Alpagut, **Haklı-Geçerli Neden,** s. 73.
[1226] Ertürk, **Temel Haklar**, s. 174; Aykaç, **a.g.m.,** s. 100-101.
[1227] Fesih hakkında eşit davranma borcunun uygulama alanı olup olmadığına ilişkin görüşler için bkz. İkinci Bölüm, II-A-2-d-(1).

işçinin kavgaya karıştığı olaylarda eşit kusurlu işçilerden yalnızca birinin ya da birkaçının sözleşmesinin derhal feshedilmesini eşitliğe aykırı bulduğu kararları mevcuttur[1228]. Bunların yanı sıra, işçinin işyerinde şefinin bilgisi dahilinde çalışma arkadaşlarıyla toplantı yapması gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, yalnızca bazı işçilerin sözleşmesinin feshedilmiş olmasının eşit davranma borcuna aykırı olduğu tespit edilmiştir[1229]. Bir kararda mesai saatleri içinde oyun oynarken yakalanan işçilerden en kıdemli olanın sözleşmesi feshedilmiş, burada "*İşveren haklı ve objektif neden olmadıkça eşitler arasında, eşit davranmak yükümlülüğündedir. Salt bu kurala uyulmaması feshi haksız hale getirir. Böyle olunca mahkemece davalı işyerinde fesih tarihinde eksper olarak kaç kişinin çalıştığı, kahvede okey oynayanların tek tek hangi işleri yaptıkları, işten çıkarılan diğer işçinin yaptığı iş tesbit edilerek, davalı işverenin sadece davacı ve diğer bir işçinin hizmet akitlerini feshetmesinde yasanın 5. maddesine aykırı hareket edip etmediğinin belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalıdır."* şeklinde hüküm kurulmuştur[1230]. Çok sayıda işçinin dahil olduğu toplu eylemde, disiplin kurulu tarafından belirlenen 50 işçinin sözleşmesinin feshedilmesi halinde Yargıtay, eyleme başından beri katılan işçilerin gözetildiği ve dengeli bir dağıtım yapıldığına ilişkin işveren gerekçesini haklı bulmamış, eyleme katılan diğer işçiler bakımından eşit davranma borcuna aykırılık oluştuğu sonucuna varmıştır[1231]. Doktrinde de belirtildiği üzere derhal fesih hakkının aynı olaya dahil olan bazı işçiler için kullanılması durumunda Yargıtay'ın eşit davranma borcuna çoğu zaman somut olaydaki hakkaniyet arayışı için başvurduğu görülmektedir[1232].

[1228] Y9HD, T. 04.11.2004, 2004/8413 E., 2004/24957 K.; Y9HD T. 18.02.2010, 2008/20714 E., 2010/3912 K.; Y9HD, T. 10.04.2013, 2011/5941 E., 2013/11521 K.; Y9HD, T. 04.06.2018, 2018/25269 E., 2018/12510 K.; Y22HD, T. 20.03.2017, 2017/6352 E., 2017/5569 K.

[1229] Y9HD, T. 25.04.2005, 2005/11204 E., 2005/14365 K., Kararın incelemesi için bkz. Doğan Yenisey, **Yargıtay Kararı**, s. 63; Alpagut, **Değerlendirme 2005**, s. 95-96.

[1230] Y9HD, T. 14.02.2011, 2009/4160 E., 2011/2530 K. (www.legalbank.net)

[1231] Y9HD, T. 11.03.2016, 2016/5559 E., 2016/5735 K. ve kararın incelemesi için bkz. Alpagut, **Toplu Eylem**, s. 868-875.

[1232] Aykaç, **a.g.m.,** s. 89; usulsüz bankacılık işlemini yapan pazarlama yetkilisinin işlerini denetlemekle görevli operasyon yetkilisinin sözleşmesinin feshedilmesine karşın, şube müdürünün sözleşmesinin feshedilmemesini eşit davranma borcuna aykırı bulan karar için bkz. Y9HD, T. 01.02.2005, 2005/7540 E., 2005/2732 K., kararı isabetli bulan görüş için bkz. Süzek, **Eşit Davranma**, s. 30-31; Yıldız, **Eşit İşlem**, s. 254; aksi görüş için bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2005**, s. 95.

Doktrindeki çoğunluk görüşü, derhal fesih söz konusu olduğunda, işverenin farklı ölçütlere göre değerlendirme yapabileceği ve mutlak olarak eşit davranma borcu bulunmadığı yönündedir[1233]. Doktrinde Alpagut ve Doğan Yenisey, derhal fesihte eşit davranma borcunun keyfi veya kötüniyetli bir durumda dolaylı etki doğurabileceğini savunmaktadırlar[1234]. Bir diğer görüş ise işverenin keyfi uygulamalar yerine farklı davranışı haklı çıkarır sebeplere dayanarak derhal fesih hakkını kullanması gerektiğini savunmaktadır[1235]. Doktrinde Tuncay, olayların karşılaştırılabilir nitelikte olması ve işçiler arasında keyfi ayrım yapılmaması gerektiğini ileri sürmektedir[1236]. Somut olayın özelliklerine göre işverenin seçimini haklılaştırabileceği kabul edilmektedir[1237]. Doktrinde Baysal ise birden çok işçinin dahil olduğu ve derhal fesih hakkının bazı işçiler bakımından kullanıldığı durumda, aynı olayın diğer işçiler için haklı neden ağırlığına ulaşmadığını kabul ederek kendisiyle çeliştiğini ileri sürmektedir[1238]. Konunun oldukça tartışmalı olduğu açık olmakla birlikte, derhal feshe sebep olabilecek her olay ve olaya dahil olan her işçi için sonucun farklılaşması muhtemeldir. Bununla birlikte eşitlik ilkesi ve eşit davranma borcunu incelenirken yer verilen görüşlerde de değinildiği üzere, fesihte eğer hakkın kötüye kullanılması mevcutsa, dar anlamda eşit davranma borcunun uygulanması mümkün görülmelidir[1239]. Eğer işveren olaya karışan kıdemli işçiyi, kıdem tazminatı ödemekten kaçınmak amacıyla işten çıkartıyorsa veya kendisi aleyhine tanıklık yapmış olan işçinin sözleşmesi feshediliyorsa, bu durumda eşit davranma borcunun devreye girebileceği ifade edilmiştir[1240]. Bir görüşe göre işverenin hakkını kullanımı hem eşit davranma borcuna

---

[1233] Görüşler için bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 207-213; Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi**, s. 69; Doğan Yenisey, **Yargıtay Kararı**, s. 61-62; Alpagut, **Değerlendirme 2005**, s. 94; Fatih Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır? Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme", **Legal İSGHD**, S: 8, 2005, s. 1623 (Eşit Davranma); Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 112; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e**., s. 441; Aktay / Arıcı / Senyen-Kaplan, **a.g.e.,** s. 163; Tunçomağ / Centel, **a.g.e.,** s. 147-148; Senyen-Kaplan, **İş Hukuku,** s. 241; Türk ve Alman Hukukundaki görüşler için bkz. Gülsevil Alpagut, "Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları – Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", **İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı**, C: 74, s. 855-879, 2016, s. 872-873 (Toplu Eylem).

[1234] Alpagut, **Değerlendirme 2005**, s. 94; Doğan Yenisey, **Yargıtay Kararı,** s. 64; Alpagut, **Toplu Eylem**, s. 874.

[1235] Süzek, **İş Hukuku,** s. 482-483; Yıldız, **Eşit İşlem,** s. 257, 260; Yıldız, **Ayrımcılık**, s. 862.

[1236] Tuncay, **Eşit Davranma**, s. 214.

[1237] Süzek, **Eşit Davranma**, s. 32.

[1238] Baysal, **Eşit Davranma**, s. 85.

[1239] Çelik, **Eşit Davranma,** s. 6; Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi,** s. 69; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 727.

[1240] Doğan Yenisey, **Yargıtay Kararı**, s. 63.

hem de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, burada kötüye kullanımdan bahsedilebilecektir[1241]. Kanımızca burada dar anlamda eşit davranma borcuna ilişkin değerlendirme yapılmamakta, doğrudan fesih hakkının dürüstlük kuralına uygun kullanıp kullanılmadığı denetlenmektedir.

Fransız Hukukunda derhal fesih hakkının kullanımı, aynı zamanda bir disiplin yaptırımı olarak kabul edilmektedir[1242]. Bu bağlamda aynı derecede kusurlu eylemde bulunan işçilerden sadece bir tanesine yönelik derhal fesih hakkının kullanılması durumunda Yargıtay Sosyal Dairesi fesih eylemini, verilebilecek en ağır disiplin cezası olarak nitelendirmiş ve işverenin burada disiplin yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığı yönünde bir inceleme yapılması gerektiğini belirtmiştir[1243]. Alman Hukukunda ise işverenin derhal fesih hakkını kullanırken bazı işçileri tercih etmesi halinde, seçimini haklılaştıran sebepleri ispat etmekle yükümlü olduğu, ancak her olay ve her işçi için durumun farklılaşabileceği bu nedenle eşit davranma ilkesinin çok sınırlı bir uygulama alanı olabileceği kabul edilmektedir. Federal İş Mahkemesi, işverenin hızlı karar alması gerektiğinden, kendisine takdir hakkı tanınabileceği yönünde karar vermektedir[1244].

Yargıtay'ın eşit davranma borcuna aykırı olan derhal feshin, haksız olduğu sonucuna vardığı kararlarda, yaptırım bakımından doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Yazarlardan Aykaç, bu durumda yaptırımın feshin haksızlığı veya geçersizliği olmayacağını, İşK m. 5 uyarınca genel eşit davranma borcuna ilişkin bir tazminat öngörülmediğinden, genel hükümlere göre maddi ve/veya manevi tazminat talep edilebileceğini savunmaktadır[1245]. Süzek'e göre ise, derhal fesihte dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılıkta yaptırım olarak haksız feshin sonuçları uygulanmalıdır[1246].

[1241] Aykaç, **a.g.m.,** s. 99.
[1242] Mouly / Savatier, **a.g.m.,** Knr. 171.
[1243] Cass. soc. 05.02.2014, no. 12-24.980 (Çevrimiçi: www.legifrance.gouv.fr); Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 218.
[1244] Alpagut, **Toplu Eylem**, s. 873, dn. 45.
[1245] Aykaç, **a.g.m.,** s. 103-104.
[1246] Süzek, **İş Hukuku**, s. 493-494.

2. İşçinin Devamsızlığı

Kural olarak işçi, işi bizzat görmeli ve işverenin iş organizasyonu kapsamında gösterdiği yer ve zamanda işe hazır bulunmalıdır. İşçinin işine devam etmemesi, iş sözleşmesine aykırılık teşkil eder ve kanun koyucu, bu durumu genel sözleşmeye aykırılık halinin dışında özel olarak düzenlemiştir. İş Kanunu'nun 25/II-g hükmünde, "*işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki gün veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü veya bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi*" ile iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği düzenlenmiştir. Diğer kanunlarda devamsızlığın hangi günde haklı neden oluşturacağı yargıcın takdirine bırakılmıştır[1247].

Doktrinde, işçinin sadakat borcu kapsamında işine düzenli devam etme borcu olduğu ve işyerindeki iş akışını bozmamak için işverenin bilgisi olmaksızın devamsızlık yapılmaması gerektiği ileri sürülmektedir[1248]. Yalnızca fiziksel olarak işçinin işyerinde bulunması değil, aynı zamanda örneğin internet üzerinden görülen bir iş bakımından çevrimiçi olmaması, işçiye ulaşılamaması, işin telefonla görülmesi gibi bir durumda telefonunun kapalı olması da somut olay bakımından işe devam etmemesi olarak değerlendirilebilir. Önemli olan, işçiden dürüstlük kuralı uyarınca işin niteliği gereği beklenecek şekilde işi görmeye hazır bulunmasıdır.

İşçinin tatil olan günlerde fazla çalışma yapmayı reddetmesinin bazı durumlarda işverene derhal fesih hakkı verdiği kabul edilmiştir. 17 Ağustos depreminin ardından enkaz kaldırma çalışması nedeniyle olağanüstü fazla çalışma yapmak üzere deprem bölgesine gönderilen işçinin, çalışma süreci devam ederken hafta tatili ve bayram günü Ankara'ya geri dönmesi halinde işverenin feshi devamsızlık nedeniyle haklı neden olarak tespit edilmiş ve işçinin olağanüstü dönemde geçici fazla çalışma yapmamasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu kanaatine

[1247] Oğuzman, **İş Akdi,** s. 59; Toplu iş sözleşmesiyle devamsızlık nedeniyle derhal fesih hakkın ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı ancak disiplin kurulu kararı şartına bağlanabileceği yönünde HGK T. 01.06.1994, 1994/9-71 E., 1994/381 K. (Naklen: Tuncay, **Değerlendirme 1994**, s. 41).
[1248] Demir / Demir, **a.g.m.,** s. 4-5.

varılmıştır[1249]. Bir başka kararda hafta tatili olan Pazar gününe denk gelen fuara katılmayan işçinin sözleşmesi, aynı fuara katılmayan diğer işçilerle birlikte ertesi gün feshedilmiştir. İşveren, olaydan birkaç gün sonra devamsızlık tutanakları tutmuş ve bundan birkaç gün geçtikten sonra da mazeretin bildirilmemesi halinde iş sözleşmesinin feshedileceğine yönelik ihtarname göndermiştir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi kararında, işverenin yönetim hakkı kapsamında işçiyi Pazar günü çalıştırabileceğini, işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunduğunu, işvereni zor durumda bırakma amacı taşıdığını gerekçe göstererek davacı işçinin talebini reddetmiştir[1250].

Bununla birlikte bir görüşe göre haklı nedenle fesih hakkı doğmuş bulunsa da işveren bu hakkı dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanmalıdır[1251]. Doktrinde, devamsızlığa dayanarak yapılacak derhal feshin, özellikle kıdemli işçiler bakımından hakkaniyeti zedeleyeceği endişesi dile getirilmiştir[1252]. Hükmün kötüye kullanma riskine açık olduğu da vurgulanmıştır[1253]. Uygulamada sözlü olarak iş sözleşmesi feshedildikten sonra devamsızlık tutanakları düzenlenmekte, bu nedenle birçok kararda, devamsızlığın gerçek olup olmadığı hakkında araştırma yapılmaktadır. Bu nedenle işverenin yalnızca tutulan tutanakları değil, bununla birlikte işçinin devamsızlığını gösteren başka delilleri de sunması gerekecektir[1254].

158 sayılı Sözleşme'nin 11. maddesinde işçinin sözleşmesi feshedilirken makul bir bildirim süresinin tanınması gerektiği, ancak işçinin ciddi bir hizmet kusurunun olması durumunda bu sürenin tanınmayabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde Alpagut, işçinin haklı nedeni olmaksızın devamsızlık yapmasının bu madde

[1249] Y9HD, T. 31.10.2000, 2000/10380 E., 2000/15194 K. (www.legalbank.net)
[1250] Y7HD, T. 26.01.2015, 2014/15443 E., 2015/584 K. (www.legalbank.net)
[1251] Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 171.
[1252] Süzek, **Geçerli Fesih**, s. 582-583; Yargıtay 1996 tarihli bir kararında fesih yerine ücret kesme cezasının sözleşmeyle kararlaştırılabileceği görüşündedir, bkz. Y9HD, T. 30.01.1996, 1996/26136 E., 1996/1031 K. (Naklen: Göktaş, **a.g.e.,** s. 97)
[1253] Uçar, **a.g.t**, s. 86.
[1254] Erdem Özdemir, **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, İstanbul, Beta, 2006, s. 308-309.(İspat Yükü)

bakımından ciddi hizmet kusuru niteliği taşıyıp taşımadığının tartışılabileceği görüşündedir[1255].

Haklı sebep oluşturması için işçinin devamsızlığının belirtilen sürelerde olmasının yanı sıra bunların işgünleri olması ve izin yahut haklı sebebin mevcut olmaması kümülatif olarak aranmıştır[1256]. Bununla birlikte işçinin hiç haber vermemesi, işverenin işçiye ulaşamaması gibi hallerde işçinin haklı sebebi olsa da işverenin bundan haberdar olma imkanı bulunmamaktadır. Bu durumda işçinin haklı sebebi var diye işverenin derhal fesih hakkını kullanması beklenmemeli midir? Kanımızca burada fesih hakkının kötüye kullanılması ile haksız fesih arasında oldukça ince bir çizgi bulunmaktadır. Çünkü kanun koyucu, işverene haklı fesih hakkını kendisinden izin alınmadığı veya haklı sebebe dayanılmayan haller için tanımıştır[1257]. Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında belirtildiği üzere işçinin devamsızlığının haklı nitelik taşıyıp taşımadığı dürüstlük kuralı uyarınca belirlenecektir, "*olayın mahiyeti, işçinin içinde bulunduğu durum, işyerinin özellikleri ve gerekleri, gelenekler gibi hususlar dikkate alınarak objektif iyi niyet kurallarına göre tespit edilmelidir.*[1258]"

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1981 tarihli bir kararında, uzun süredir işyerinde çalışmakta olup doğum izni henüz bitmiş olan işçinin sözleşmesinin devamsızlık gerekçesiyle derhal feshini incelemiştir. Yüksek mahkeme, doğum izninin bitimini takip eden ikinci iş gününde, sebebi araştırılmadan hemen devamsızlık gerekçesiyle sözleşmenin feshi yoluna gidilmesini, dürüstlük kurallarına aykırılık olarak nitelendirmiştir[1259]. Yine işçinin işçilik alacaklarının ödenmemesi nedeniyle devamsızlığı[1260] ve can güvenliği olmaması sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması[1261] durumlarında işverenden korktuğu için bilgi veremeyen işçinin sözleşmesinin "dürüstlük kuralına aykırı" olarak feshedildiği görüşüne varılmıştır.

[1255] Yazar yine de kural olarak 25/II'de belirtilen hallerin 158 sayılı Sözleşme ile paralel nitelikte olduğunu ve doğrudan verilen hizmet ile ilgili olsun yahut olmasın, sadakat borcuna aykırılığın haklı neden oluşturacağı hususuna dikkati çekmiştir, bkz. Alpagut, **Haklı-Geçerli Neden,** s. 78-79.
[1256] Oğuzman, **İş Akdi**, s. 59; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 718-719.
[1257] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 72.
[1258] YHGK, T. 30.09.2021, 2018/761 E., 2021/1130 K. (kararara ma.yargitay.gov.tr)
[1259] Y9HD, T. 05.03.1981, 1981/645 E., 1981/3076 K. (Naklen: Odaman, **Ahlak ve İyiniyet,** s. 171, dn.814).
[1260] Y9HD, T. 31.03.1986, 1986/2492 E. 1986/3576 K (Naklen: Demir/Demir, **a.g.m.,** s. 5, dn.17).
[1261] YHGK, T. 26.10.1983, 1981/9-344 E. 1983/1017 K.(Naklen: Demir/Demir, **a.g.m.,** s. 5, dn. 18)

İşçinin işverene bildirmese dahi devamsızlık yapmakta haklı sebebi varsa, bu durumda fesih hakkı doğacak mıdır? Bir görüşe göre dürüstlük kuralı gereğince işçinin haklı nedeni olsa dahi işverene haber vererek devamsızlığı bildirmesi gerekir[1262]. Kural olarak sebebe bağlı bir yenilik doğuran hak olan derhal fesihte sebep, hakkın doğumu için gereklidir. Eğer fesih hakkının doğduğu kabul edilirse, bu durumda işverenin somut olayda bu hakkı kullanması, dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilebilir. İşveren, kendisinden izin alınmadığında veya devamsızlık sebebini bilmediğinde işçinin devamsızlığının bir nedene dayandığını bilecek durumda olamayacaktır. İşe gelmemekte haklı nedeni olduğunu işçinin ispat etmesi gerekir[1263]. Yüksek Mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta, işçinin bildirim yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucunda feshin haklı değil, geçerli sebebe dayanacağına yönelik hüküm kurmuştur[1264]. Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme çok problemli sonuçlar doğurabilmektedir.

Dürüstlük kuralı, haklı nedenin tespitinde objektif ağırlığın yanı sıra sübjektif ağırlığı değerlendirmeyi de gerektirmelidir[1265]. Bir başka ifadeyle, objektif olarak dürüst, makul, orta zekalı bir işverenin yapacağı değerlendirmeyle eğer işçi kıdemliyse, iş görme borcu ve diğer borçlara aykırı bir davranış veya güven ilişkisini zedeleyecek başkaca hiçbir durum yaşanmadıysa, sübjektif olarak o iş ilişki çekilmez hale gelmediyse, bu durumda feshin haksızlığından bahsedilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi haklı sebebin değerlendirilmesi bakımından işverenin fesih anında bilmediği unsurları sonradan ileri sürmesini bazı kararlarında hukuka uygun kabul etmiştir. Nitekim haklı sebebin belirleyicisi dürüstlük kuralı olduğundan, eğer fesih hakkını ileri süren tarafça fesih anında bu husus biliniyor olsaydı güven ilişkisini ortadan kaldıracak bir neden oluşturur muydu, bu araştırmanın yapılması gerektiği ifade edilmiştir[1266].

[1262] Süzek, **İş Hukuku**, s. 703, dn. 49; Göktaş, **a.g.e.,** s. 196.
[1263] Özdemir, **İspat Yükü,** s. 313-314.
[1264] Arka arkaya iki defa işgöremezlik raporu alıp her ikisini de işverene bildirmeyen işçi bakımından, bkz. Y22HD, T. 26.05.2014, 2014/12137 E., 2014/14262 K.
[1265] İşverenin haklı nedeni olsa da, bu aşamada fesih hakkını kullanıp kullanmayacağı başka faktörlerin de değerlendirilmesini gerektirir, krş. Tunçomağ, **İş Hukuku**, s. 256; Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 314.
[1266] ATF 127 III 310, s. 314, ATF 124 III 25, s. 30, ATF 121 III 467, s. 472 (Naklen: Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 169, dn. 469); Haksız feshin sonradan ortaya çıkan sebepler nedeniyle haklı feshe dönüşmeyeceği yönünde, bkz. Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 497, s. 190.

İşverenin kanun yahut sözleşme gereği vermesi gereken izinleri işçiye vermemesi durumunda, işçinin devamsızlık yaptığını öne sürerek haklı nedenle feshi de dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır. Yargıtay'a göre 74. madde uyarınca doğum izni sonrası ücretsiz izin veya işçinin periyodik muayene izni gibi hallerde işçiye izin verilmemesi ancak buna rağmen işçinin devamsızlığı nedenine dayanarak yapılan fesih, haksız fesih olacaktır[1267]. Evlenmeden önce izin almak için başvuran işçiye izin verilmemesi doğru bulunmamış, bunun üzerine feshin haksız olduğu yönünde hüküm kurulmuştur[1268]. Bu aşamada söz konusu değerlendirme, hüküm içi boşluğun TMK m. 4 uyarınca hakkaniyet esasıyla doldurulması yoluyla yapılmaktadır. İşveren, işçiye söz konusu izni vermediğinde işçinin kanun hükmünde yer alan devamsızlığı yapmaktaki "haklı sebebi", yargıç tarafından tespit edilmekte ve işverenin fesih hakkının doğmadığı kabul edilmektedir.

3. İşçinin Otuz Günlük Ücret Tutarını Aşan Zarar Vermesi

İşK m. 25/II-ı uyarınca işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden otuz günlük ücreti tutarını aşan zarar vermesi, haklı nedenle derhal feshe sebep olmaktadır. Doktrinde, TBK m. 400 uyarınca işçinin zarardan sorumluluğunun ele alınması, tazmin yükü doğurmayan zararın haklı nedenle fesih sebebi yapılmaması[1269], hükümdeki ölçütler uygulanarak zarar miktarının hesaplanması[1270] ve mesleki rizikonun dikkate alınması ihtiyacı ile birlikte İşK m. 25/II-ı düzenlemesinin TBK ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği savunulmaktadır[1271]. Yargıtay kararlarında da bu hükmün konusu olan uyuşmazlıklarda ölçülülük değerlendirmesi yapılmaktadır.

[1267] Y22HD, T. 16.11.2012, 2012/17668 E., 2012/25610 K.

[1268] Y9HD, T. 20.09.1990, 1990/5336 E., 1990/5454 K. (Naklen: Özdemir, **İspat Yükü,** s. 314, dn. 1022)

[1269] Tehlikeli işler bakımından, bkz. Doğan Yenisey, **Genel Hizmet Sözleşmesi**, s.86; Süzek, **İş Hukuku**, s. 706.

[1270] TBK m. 400 uyarınca yapılacak değerlendirmede işçinin kusur oranı uyarınca sorumlu olduğu tutar hesaplanarak, haklı neden olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği görüşünde, bkz. Astarlı, **Değerlendirme,** s. 284; Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 503.

[1271] Polat Soyer, "Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları**, 3-4 Haziran 2011, İstanbul, 2012, s. 173 (Genel Hizmet Sözleşmesi); Alpagut, **Değerlendirme 2014,** s. 65-66; Gaye Baycık, **Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin, 2015, s. 263 (Sorumluluk).

Yüksek Mahkemeye göre, işçinin hafif kusuru olması durumunda, sözleşme geçerli nedene dayanarak feshedilmelidir[1272].

Bu hükmün adalet duygusunu zedelediği doktrinde ifade edilmiştir[1273]. Asgari ücretle çalışan sayısının oldukça fazla olduğu Tükiye'de, bu tutardaki ücret örneğin cep telefonu gibi çok basit bir malın zarar görmesiyle ulaşılabilir bir miktara tekabül etmektedir. Yargıtay, zararın miktarının makul ölçüde artmasını öngören yahut zararın işçi tarafından karşılanacağını öngören ve bu vesileyle fesih hakkının kullanılmasını sınırlayan sözleşme hükümlerini geçerli saymıştır[1274]. Doktrinde de sözleşmeyle fesih yerine uyarma cezasının verilebileceğinin kararlaştırılabileceği ileri sürülmüştür[1275].

Haklı nedenin bu şekilde kazuistik olarak belirlenmesiyle doktrinde örneklendiği üzere, altı aydır işyerinde çalışan ve 31 günlük ücreti tutarında zarara yol açan işçi ile, otuz yıldır aynı işyerinde çalışan ve aynı zararı veren işçiye aynı yaklaşımın uygulanması sonucu doğmaktadır[1276]. Böyle bir durumda oluşan hakkaniyete aykırı sonuçlar ve dürüstlük kuralı kapsamında haklı nedenin değerlendirilememesi nedeniyle düzenlemenin kaldırılması gerektiği ileri sürülmüştür[1277].

Kanımızca bu hükme dayanarak yapılan derhal fesihlerde, işçinin kıdemi, bilerek ve isteyerek işyerinde bir mala zarar verip vermediği gibi durumlar gözetilmeli, dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirme yapılarak feshin haklı olup olmadığına karar verilmelidir[1278]. Hakkın kötüye kullanılmasının örneklerinden birini teşkil eden kanun hükmünün yetersizleşmesi yoluyla yargıç, ağır sonuçlar doğurmasını engellemek için hükmü uygulamama yolunu tercih edebilir. Ancak elbette yargıç, kanun koyucu değildir ve kanun koyucu yerine geçerek mevcut düzenlemeyi ortadan

---

[1272] Fevzi Şahlanan, "İşverene Verdiği Zarar Otuz Günlük Ücretinden Fazla Olan Hafif Kusurlu İşçinin İş Akdinin Haklı Nedenle Değil; Geçerli Nedenle Fesh Edilebileceği (Karar İncelemesi)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, s. 324 (Hafif Kusurlu İşçi); Y9HD, T. 11.03.2015, 2015/1642 E., 2015/10040 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr);
[1273] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 501.
[1274] Y9HD, T. 11.09.1991, 1991/6724 E., 1991/11946 K. (Naklen: Göktaş, **a.g.e.,** s. 97)
[1275] Astarlı, **Sınırlandırma,** s. 315.
[1276] Astarlı, **Sınırlandırma,** s. 313-314.
[1277] Göktaş, **a.g.e.,** s. 153-154.
[1278] Y7HD, T. 18.04.2013, 2013/10364 E., 2013/7092 K.

kaldıramaz. Fakat söz konusu hükmün adalete açık ve ağır bir biçimde aykırılık teşkil etmesi durumunda kanun hükmünün uygulanmaması, kanaatimizce kötüye kullanımı engelleyerek adaletin yerine getirilmesini sağlayabilecek bir yol olarak istisnaen kullanılabilmelidir.

4. Kanun Dışı Grev Nedeniyle Yapılan Fesihler

İşçinin sendikal özgürlüklerini kullanmasının görünümlerinin biri de grev hakkıdır. Belirtmek gerekir ki, Türk Hukukunda grev hakkının kullanılması Anayasa'nın 54. maddesi ile "*toplu iş sözleşmelerinin yapılması*"na hasredilmiş, yalnızca menfaat uyuşmazlıkları için yapılan grevler koruma altına alınmıştır[1279]. 6356 sayılı Kanun m. 58/2'de yer verilen kanuni grev tanımı uyarınca, kanuni grev toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması, arabuluculukta anlaşma sağlanamaması, barışçıl çözüm yollarının tüketilmesi sonucunda, belirli bir usule uyularak ilan edilmelidir[1280]. Yasal grev süresince iş sözleşmesi askıdadır (m. 67/1), bu nedenle işçinin iş sözleşmesini ifa etmemesi haklı sebebe dayanır.

Kanuni grev veya greve katılma nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır[1281]. Feshin greve dayandığının kabulü için mutlaka grev esnasında feshedilmesi gerekmez[1282]. Ancak belirtmek gerekir ki, grev esnasında iş sözleşmesinden doğan yan yükümlülükler ayaktadır. Bu nedenle işçi, grev esnasında işverene bilerek zarar verirse yahut sadakat borcuna aykırı davranışta bulunursa, bu durumda fesih kötüye kullanma teşkil etmeyecektir, yapılan eylemin ağırlığına göre haklı neden dahi oluşabilir[1283].

6356 sayılı Kanunun 65. maddesi uyarınca kanuni grev tanımına uymayan grevler, kanun dışıdır. Kanun dışı grev sonucunda işveren, iş sözleşmesinde borca

---

[1279] Ekmekçi, **Toplu İş,** s. 351.
[1280] Grev kararı veya uygulama tarihinin ilan edilmemesinin grevin geçerliliğini etkilemeyeceği görüşünde, bkz. Ekmekçi, **Toplu İş,** s. 362.
[1281] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 141; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 231.
[1282] Göktaş, **a.g.e.,** s. 224; Şahlanan, **Toplu İş**, s.
[1283] Çelik/ Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 1115; Şahlanan, **Toplu İş**, s. 606; Ekmekçi, **Toplu İş,** s. 408; Göktaş, **a.g.e.,** s. 225.

aykırılıktan doğan bir fiilin ortaya çıkması nedeniyle derhal haklı nedenle fesih hakkını kulllanabilir[1284]. Kanun koyucu kanuni grevi bir çerçeve içine alarak, bunun dışındaki tüm grevleri kanun dışı olarak nitelendirmiştir[1285]. İşçinin sendikal faaliyette bulunması bu noktada kanun koyucu tarafından korunmamıştır[1286].

Ancak geçen yıllarda bazı eylemler, toplu eylem hakkı kapsamında incelenmiş, konuyla ilgili farklı nitelikte kararlar verilmiş ve bu durum, doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Kısaca belirtmek gerekirse, kanunda öngörülen usule uymayan ancak salt siyasi nitelik taşımayan toplu işçi eylemlerinin sonucunda işverenin fesih hakkı, ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirilmiştir. Yargı kararına konu olan bazı olaylarda, "*toplu eylem hakkı*" kullanıldığı için işverenin haklı nedenle fesih hakkı sınırlandırılmıştır[1287]. Belirtmek gerekir ki, pozitif düzenleme uyarınca grev hakkının çerçevesi net bir şekilde çizildiğinden, bu konuda düzenleme değişikliğine gidilmeksizin feshin engellenmesi veya fesih hakkının sınırlandırılmasının mümkün olmadığı görüşünde olan yazarların[1288] yanı sıra, barışçıl nitelik taşıyan ve demokratik bir hakkın kullanımı olduğu müddetçe korunması gerektiği görüşü de savunulmuştur[1289]. Kural olarak burada işçinin davranışı toplu eylem hakkı

[1284] Ekmekçi, **Toplu İş,** s. 507 vd.; Eleştirisi için bkz. Sağlam, **a.g.m.,** s. 25 vd., Kanun dışı grevin hukuki sonuçları için bkz. Göktaş, **a.g.e.,** s. 227-228.

[1285] Geçmişte Fransız hukukunda da benzer bir değerlendirme yapıldığı yönünde, bkz. Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 99.

[1286] Nitekim doktrinde bazı yazarlar, işçinin iş görme borcunu bir politik görüş açıklaması veya toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi sebepler ileri sürerek yerine getirmemesi halinde bu eylemin korunmayacağını da ileri sürmüştür, bkz. Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü,** s. 55.

[1287] Mersin Limanı kararı için bkz. Y7HD, T. 11.06.2014, 2014/735 E., 2014/13055 K. ve kararın değerlendirmesi için bkz. Engin, **Değerlendirme 2014**, s. 180 vd.; Türk Metal Sendikası'nın işverenle birlikte hareket ederek yaptığı iddia edilen toplu iş sözleşmesine yönelik, Kocaeli ve Bursa'da gerçekleşen tepki niteliğindeki eylemler hakkında bkz. Y9HD, T. 11.03.2016, 2016/5559 E., 2016/5735 K., Y9HD, T. 29.05.2017, 2017/20579 E., 2017/9060 K.; Kocaeli'deki eylemler nedeniyle işverenin haklı değil geçerli nedenle iş sözleşmesini feshinin mümkün olduğu hakkında bkz. Y9HD, T. 11.03.2016, 2016/5559 E., 2016/5735 K. ve kararın incelemesi için bkz. Alpagut, **Toplu Eylem**, s. 868-875; Şişli'de otelde çalışan personelin iş yavaşlatma eylemleri hakkında, Y9HD, T. 31.03.2016, 2015/29679 E., 2016/7920 K.

[1288] Ekmekçi, **Toplu İş,** s. 497-507; Hukuk güvenliği açısından kabulün sorunlu olduğu yönünde, bkz. Şahlanan, **Toplu İş**, s. 631.

[1289] Yasal bir hakkın kullanılması amacı olan durumda, sırf iş bırakmanın toplu olması nedeniyle hukuka aykırılık sonucuna ulaşılmayacağı görüşünde, bkz. Tuncay, **Değerlendirme 1994**, s. 39; Barışçı ve ölçülü olduğu sürece eylemlerin ifade ve gösteri hakkı kapsamında tanınması gerektiği yönünde, bkz. Eyrenci, **Yargıtay Kararları**, s. 453; Murat Engin, "Sendikal Hak ve Özgürlüklere İlişkin AİHS Hükümleri, AİHM Kararları ve Türk Hukuku", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (5)**, Ankara, Seçkin, 2015, s. 153 (AİHM); Murat Engin, "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Anayasa Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine", **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C:5, S:2, 2015, s. 24 (Toplu Eylem); Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 703; Yasanın açıkça

kapsamında hukuka uygun görüldüğü zaman, davranış kanuni grev tanımına uymasa dahi haklı sebebin oluşmadığı ve bu eylemin temel hak ve özgürlükler bağlamında korunduğu sonucuna varılmaktadır. Toplu eylem hakkının niteliği ve kapsamı çalışma konumuz dışında kaldığından, konunun tartışmalı olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

C. İşçinin Derhal Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması Bakımından Bazı Hallerin İncelenmesi

1. Derhal Fesihte Haklı Nedenlerin İleri Sürülmesi

Yargılamaya konu olan bazı olaylar açısından derhal fesih hakkının kötüye kullanılması ihtimali sorgulanabilmektedir. Alman Hukukunda da farklı aşamalarda kötüye kullanım incelemesinin yapıldığı görülmektedir. KSchG §9 ile, işçiden iş sözleşmesinin devamının beklenilmez olduğu hallerde, işçinin talebi üzerine sözleşmenin feshine yargıcın karar vermesi ve işverenin bir tazminat ödemesi düzenlenmiştir. İşçinin söz konusu hakkı, dürüstlük kuralı denetimine tabi olacaktır. İşçinin, kendi sadakate aykırı davranışına dayanarak iş sözleşmesini sona erdirme talebinde bulunması durumunda, kişinin dürüst olmayan yoldan elde ettiği hakkını kullanması söz konusu olur (BGB §162)[1290]. Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararında, ücret alacağını ileri sürerek sözleşmeyi derhal fesheden işçi, birkaç ay sonra kendisinin fesih beyanını hak düşürücü süre geçtikten sonra yaptığı için, feshin geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Bu durumda mahkeme, beyanını yazılı hale getirip işverene ibraz etmesiyle feshe dair iradesini beyan ettiği, kendi çelişkili davranışından kazanç sağlayamayacağı gerekçesiyle, işçinin talebini reddetmiştir[1291]. Türk Hukukunda da eski tarihli bir Yargıtay kararında işçi, hakkında verilen disiplin kurulu kararını ve derhal feshe dair bildirimi altı iş günü içinde tebliğ almaktan imtina etmiş

yasaklamadığı eylemleri hukuka uygun kabul etme görüşünde, bkz. Dilek Dulay Yangın, **İş Mücadelesine Hakim Olan Temel İlkeler Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 209 vd.; Toplantı ve örgütlenme özgürlükleriyle ifade özgürlüğünün iç içe geçtiği yönünde, bkz. Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 377 vd.

[1290] APS/Biebl, **KSchG § 9**, Knr. 37.

[1291] BAG T. 12.03.2009, 2 AZR 894/07 (Naklen: Waas, **a.g.m.,** s. 611)

ve ardından feshin süresi içinde yapılmadığını iddia etmiştir. Kararda işçinin bu iddiasıyla kendi kusurlu davranışından yarar sağlama amacı olduğundan, bu iddiası dinlenilmemiştir[1292].

Kural olarak işçi, haklı fesih sebebinde irade fesadına dayanarak dava açabilir. Yargıtay'a göre TBK m. 39 uyarınca dava, makul süre olan bir yıl içinde açılmalıdır[1293]. 2019 tarihli bir kararda "istifa dilekçesi" olarak verilen fesih bildirimi üzerinden dokuz yıl geçmesinin ardından, işçi tarafından çalışma ilişkisi esnasında eksik ödeme yapıldığı ve bu nedenle aslında haklı nedenle feshin mevcut olduğu iddiasıyla dava açılmıştır. Olayda gerekçe olarak dürüstlük kuralı ibaresi yer almamakla birlikte, işçinin istifanın ardından kısa bir süre içinde haklı nedenle fesih nedenlerini ileri sürebileceği, bu kadar süre geçtikten sonra irade fesadına dayanmanın mümkün olmadığı görüşüyle dava reddedilmiştir[1294].

İşçinin fesih iradesinin niteliği önemlidir, zira derhal fesihte haklı nedenin ileri sürülmesi, kural olarak kıdem tazminatına hak kazandıracaktır. Kıdem tazminatı, "*işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine kanun koyucunun öngördüğü belirli hallere özgü olarak ve belirli bir süre çalışması şartıyla işverence ödenen bir miktar para*" olarak tanımlanmaktadır[1295]. Hukuki niteliği tartışmalı[1296] olan bu kavramın yürürlükten kaldırılarak bir fona dönüştürülmesi uzun süredir[1297] gündemde olmakla beraber, halen 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi esas alınarak uygulaması devam ettirilmektedir[1298].

[1292] Y9HD, T. 04.07.1994, 1994/5818 E., 1994/10520 K. (Naklen: Tuncay, **Değerlendirme 2004,** s. 43).
[1293] Y9HD, T. 30.09.2020, 2016/26654 E., 2020/9984 K. (Naklen: Çil, **a.g.e.**, s. 683)
[1294] Y9HD, T. 04.11.2019, 2016/2843 E., 2019/18989 K. (www.legalbank.net)
[1295] Süzek, **İş Hukuku,** s. 754; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1100.
[1296] Doktrinde kıdem tazminatının bir kusur ve zarara dayanmadığından tazminat olarak isimlendirilmesi tartışılmıştır. İşsizlik sigortası yerine geçtiği ve iş güvencesine hizmet ettiği gibi çeşitli görüşler de ileri sürülmüştür, bkz. Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 1101-1103. İlk defa 3008 sayılı İş Kanunu ile düzenlendiği dönemde emeklilik yaşına gelmeyenler için bir tür işsizlik ve yaşlılık sigortası görevi üstlendiği görüşünde bkz. Tunçomağ, **Esaslar,** s. 233; Kendine özgü niteliği hakkında bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 755.
[1297] Tunçomağ, **Esaslar,** s. 233-234.
[1298] Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 688; Şahlanan, **Feshe Karşı Koruma**, s. 153. 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici 6. maddesi ile fon kurulacağı düzenlendiğinden, kıdem tazminatı hükmü yeni kanuna alınmadan, eski kanunun ilgili 14. maddesi yürürlükte bırakılarak uygulama sürdürülmektedir. bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 755, 792.

Bu düzenlemede, hangi hallerde kıdem tazminatına hak kazanılacağı açıklanmıştır. Kanun koyucu esas olarak işverenin feshi halinde, işçinin en az bir yıllık çalışma süresini doldurmakla beraber kıdem tazminatının ödeneceğini düzenlemekle birlikte, örneğin işçinin İşK m. 25/II'deki ahlak ve iyiniyete uymayan haller yahut kanun dışı greve katılması gibi halleri kıdeme hak kazandıran haller arasında saymamıştır. Yine işçi tarafından İş K m. 24/II'ye dayanılarak iş sözleşmesinin feshedilmesinde de kıdem tazminatına hak kazanılmaktadır.

Genel kural bu şekilde olsa da, işçi ile işveren, kıdem tazminatının işçinin olağan feshi halinde de ödeneceğine ilişkin bir anlaşmaya varabilecekleri gibi, bu husus toplu iş sözleşmesiyle de kararlaştırılabilir[1299]. Yargı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, toplu iş sözleşmesinde otuz gün önceden bildirmek suretiyle işçinin istifa etmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanılacağına ilişkin bir hüküm yer almaktadır. İşçi iş sözleşmesini, işverene güvenerek, kıdem tazminatını alacağı inancıyla feshetmiş ve bunun ardından çelişkili davranışa maruz kalmıştır. Kararda ilgili hükmün geçersiz olduğu, ancak işçinin bu hükme ve işverene dürüstlük kuralı kapsamında güvenerek, kıdem tazminatı talebinde bulunabileceği inancıyla istifa etmesinin korunması gerektiği ifade edilmiştir[1300]. Benzer bir başka olayda, on bir yıldır işyerinde çalışan işçiye, kadro azaltılmasına gidileceği bildirilmiş, kıdem tazminatının kendisine ödeneceği sözü verildikten sonra işçinden istifa yönünde dilekçe talep edilmiş ancak bu ödeme yapılmamıştır. Burada da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, işverenin güven sorumluluğu olduğunu ve bu sorumluluğun da dürüstlük kuralından doğduğunu, işverenin önce söz verip ardından ödeme yapmamasının çelişkili davranma yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine yönelik hüküm kurmuştur[1301]. Yakın tarihli bir başka Hukuk Genel Kurulu kararında ise işçinin davalı üniversitede öncelikle mühendis ardından araştırma görevlisi olarak belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı ve kıdem tazminatı ile sair haklarının ödenmesi koşuluyla

[1299] Basın İş Kanunu'na tabi işçi bakımından istifa halinde kıdem tazminatı ödenmesinde para cezası öngörülmediği için incelenen karar, bkz. Y9HD, T. 25.04.2001, 2001/6069 E., 2001/7121 K. (www.legalbank.net)
[1300] YHGK T. 04.04.1986, 1986/9164 E., 1986/367 K. (www.legalbank.net)
[1301] YHGK T. 10.02.2010, 2010/9-39 E., 2010/71 K. (www.legalbank.net); Yargıtay HGK önüne gelmeden önceki 9. Hukuk Dairesi kararının incelemesi için bkz. Güzel, **Değerlendirme 2010**, s. 162-164.

sözleşmesinin uzatılmamasını talep ettiği, bölüm başkanlığı ve dekanlık tarafından talebini içerir dilekçesine "uygundur" şerhi düşüldüğü gözetilmiştir. Hukuk Genel Kurulu kararında, işçinin güveninin, dürüstlük kuralı uyarınca kıdem tazminatının ödenileceğine yönelik haklı beklentisinin korunması gerektiği hüküm altına alınmıştır[1302].

Yargılamaya konu olan bazı uyuşmazlıklarda, önceden mevcut olan bir sebebin, özellikle ücret ve sair işçilik alacaklarının daha ileri bir tarihte haklı neden olarak ileri sürülmesi, kötüye kullanım bakımından değerlendirilmiştir. 2010 tarihli bir Yargıtay kararına konu olayda, mülga 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu[1303] kapsamında çalışan işçinin sözleşmesinde, süre bitmeden bir ay önce yapılacak fesih bildirimi kararlaştırılmış, bildirim olmadığı takdirde sözleşmenin bir yıl uzayacağı düzenlenmiştir. Davacı işçi, ücretinin ödenmediği gerekçesiyle, uzama koşulunu bilerek, sözleşmeyi yenilendiği tarihten bir hafta sonra derhal feshetmiştir. İşçinin yenilenen sözleşmeye dair bakiye süre ücret talebi, başkasını zararlandırma amacı taşıdığından fesih hakkının kötüye kullanılması nedeniyle Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir[1304]. 2016 tarihli bir Yargıtay kararında işçi, 51,09 TL olan hafta tatili alacağının ödenmemesi sebebiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiş ve kıdem tazminatının ödenmesini talep etmiş, ancak yerel mahkeme söz konusu talebi reddetmiştir. Yargıtay incelemesinde, işçinin ücretinin eksik ödenmesi veya hiç ödenmemesinin derhal fesih için haklı neden oluşturduğu, bu nedenle yerel mahkeme kararının bozulması gerektiğine hükmetmiştir.

Kararda yer alan karşı oy yazısında ise, 51,09 TL lik alacağın zaten talep karşılığı ödenebilecek bir alacak olduğu, işçinin sonraki yıllarda ödenmemiş hiçbir

---

[1302] YHGK, T. 30.09.2011, 2017/3094 E., 2021/1118 K. (kararara ma.yargitay.gov.tr). Kararda vakıf yükseköğretim kurumları ile burada çalışan öğretim elemanlarının arasındaki ilişkinin statü ilişkisi olduğu ve işçilik alacaklarından kaynaklanan davalarda idari yargının görevli olduğuna dair karşı oy yazısı da yer almaktadır. Karşıoy yazısında, Hukuk Genel Kurulu'nun yakın tarihte idari yargının görevli olduğuna dair verdiği bir diğer karara atıf yapılmıştır. Bu kararda ise davacı tıpta uzmanlık sınavını kazanmış ve bu nedenle hem uzmanlık eğitimine hem de öğretim elemanı olarak göreve başladığı vakıf üniversitesindeki görevi, statü ilişkisi olarak kabul edilmiştir, bkz. YHGK, T. 18.03.2021, 2016/9-1872 E., 2021/293 K.

[1303] R.G. T. 18.06.1965, S: 12026.

[1304] Y9HD, T. 13.07.2010, 2008/33562 E., 2010/23192 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Güzel, **Değerlendirme 2010**, s. 149-150.

fazla mesai yahut hafta tatili alacağı olmadığı, bu şekilde yapılan feshin kötü niyetli olduğu ve kıdem tazminatına hak kazandırmaması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Ücret işçi için yaşamsaldır ve geçimini sürdürmek için ücrete muhtaçtır. İşverenin de bu ilişkide esas borcu ücret ödeme borcu olduğundan, ücretin yanlış hesaplanması, eksik ödenmesi, geç ödenmesi gibi olumsuz durumlara dair müeyyideler öngörülmüştür. Buna rağmen somut olayda işçi, derhal fesih yoluna giderek kullanması gereken bu hakkı, yıllar sonra ileri sürerek kıdem tazminatı talep etmektedir[1305].

Doktrinde ileri sürüldüğü üzere, işverenin ücret ödeme borcunu kısa süreyle geciktirmesi nedeniyle işçinin derhal fesih hakkını kullanması, kötüye kullanma teşkil edebilecektir[1306]. Bu durumda fesih öncesinde söz konusu alacağını talep edip etmediğini araştırmak gerekir. İşveren için olduğu gibi derhal fesih hakkı işçi için de sebebe bağlı ve mümkün olan en kısa sürede kullanılması gereken bir haktır. Kural olarak bu hakkın kullanılması için ortaya çıkan koşullar, sözleşmeye devamı beklenilmez, çekilmez kılmalıdır. Burada yalnızca somut olaydaki kişi için değil, objektif olarak aynı durumda bulunan bir kişi için beklenilmez olup olmadığı değerlendirilmelidir[1307]. Ancak yukarıda da incelendiği üzere işçinin iş sözleşmesi devam ederken alacağını dava etmesi, misilleme feshi ile karşılaşmasına ve işini kaybetmesine sebep olabilir. Birçok işçi bu endişeyle, muaccel olan alacaklarını iş ilişkisi sona erdikten sonra dava etmektedir.

Temel ücret ile birlikte fazla çalışmaların ödenmemesi de feshe haklı neden oluşturabilmektedir. İşçinin fazla çalışma uygulamasına onay verdiği hallerde, fazla çalışmanın yaptırılabileceği üst sınır yıllık 270 saat olarak kabul edilmektedir. 270 saatin üstünde fazla çalışma yaptırılmak istenmesi halinde, işçilerin bu çalışmayı reddetme hakkı mevcuttur. Bazı uyuşmazlıklarda işçiler, fazla çalışmaya onay vermemekte, buna karşılık çalışmayı fiilen gerçekleştirerek, karşılığı ücretini almakla

[1305] Y7HD, T. 02.05.2016, 2015/1505 E., 2016/9746 K. (www.lexpera.com), Karz sözleşmesine ilişkin benzer bir İsviçre Federal Mahkeme Kararı için bkz. ATF 38 II 459 (Naklen: Dural / Sarı, **a.g.e.,** s. 259, Knr. 1261).
[1306] Süzek, **İş Hukuku,** s. 714; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 829; Göktaş, **a.g.e.,** s. 172.
[1307] Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 140; Seliçi, **a.g.e.,** s. 200.

birlikte bu çalışmayı haklı nedenle fesih sebebi olarak ileri sürmektedirler. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 2015 tarihli bir kararında 270 saat üstü fazla çalışmanın zamlı ücreti ödense dahi derhal fesih için haklı neden oluşturduğuna yönelik hüküm kurmuştur[1308]. Doktrinde Alpagut, zamlı ücret ödenmesi, bunun ardından haklı neden olarak fazla çalışmanın ileri sürülmesinin, çelişkili davranış yasağı kapsamında hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[1309]. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de 2019 tarihli bir kararında yıllık 270 saati aşan fazla çalışmanın karşılığının ödenmesi halinde haklı neden oluşturmayacağı yönünde hüküm kurarak görüş değişikliğine gitmiştir. Belirtmek gerekir ki somut olayda günlük 11 saati aşan yasaklanmış çalışma nedeniyle derhal fesih haklı nedene dayandığı kabul edilmiştir, ancak Yüksek Mahkeme'nin görüş değişikliğini açıklıkla ortaya koymak için şu ifadelerine yer vermekte kanımızca fayda vardır; "*İş Kanununun 41. maddesinde öngörülen fazla çalışmanın yıllık 270 saati aşamayacağına ilişkin düzenleme emredici nitelikte bir düzenleme değildir. Buna göre davacının yıllık fazla çalışma süresinin 270 saati aşması, bu fazla çalışmaların karşılığı olan fazla çalışma ücreti, işçiye tamamen ödendiği sürece işçiye sırf bu sebeple haklı fesih hakkı vermez.*"

Ücret alacakları ve kıdem tazminatı talebiyle açılan başka bir davada, personel müdürü olan işçinin, hatalı işlemler yaptığı, personele birer günlük fazla ücret ödediği ve bu bedelin bir aylık ücreti tutarını aşması nedeniyle kendisinden savunma talebinde bulunulduğu; kendisinin savunma vermekten kaçınarak devamsızlık yaptığı ve bu devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği iddia edilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, işçinin sözleşmeyi önce kendisinin feshettiği iddiasının gerçeği yansıtmadığı, dürüstlük kuralıyla örtüşmediği gerekçesiyle işçinin talebini reddetmiştir[1310].

[1308] Y7HD, T. 02.07.2015, 2014/19129 E., 2015/13542 K. (www.legalbank.net);
[1309] Gülsevil Alpagut, "İş Kanunu Kapsamında Çalışma ve Dinlenme Süreleri Yargılama Sürecinde Emsal Ücret Sorunu", **İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı,** 06.04.2019, Bolu-Abant, (Ed.: Levent Akın), Ankara, İNTES, 2019, s. 67-89, s. 69 (Emsal Ücret).
[1310] Y22HD, T. 19.11.2018, 2018/15248 E., 2018/24834 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)

2. 1475 Sayılı İş Kanunu'nun Yürürlükteki 14. Maddesi Uyarınca Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Nedenlerin İleri Sürülmesi Yoluyla İşverenin Feshinin Engellenmesi

Hukukumuzda istisnai olarak düzenlenen bazı durumlarda, işçi sözleşmesini feshetmesi ve kıdem tazminatı talep etmesi mümkündür. Söz konusu hallere kısaca değinmek gerekirse, bunlar, işçinin muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirecek olması, yaş koşulu haricinde diğer koşulları tamamlayarak yaşlılık aylığına yahut malullük aylığına veya toptan ödemeye hak kazanmış olması ve kadın işçi için evlilik tarihinden itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini evlilik nedeniyle feshetmesi halleridir. Çalışma konumuz bakımından, özellikle işçinin sayılan belirli sebeplere dayanarak feshi ve kıdem tazminatını talep etmesi, doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Tartışmalar, bu hallerin kavramsal olarak "haklı nedenler" arasında yer alıp almadığı noktasında toplanmaktadır. Kural olarak haklı neden, TBK'da da tanımlandığı üzere dürüstlük kuralı kapsamında iş sözleşmesinin devamını taraflardan biri için çekilmez kılan, iş sözleşmesinin temelindeki güven ilişkisinin çökmesine sebep olan hallerdir. Elbette haklı nedenlerin sınırlı olarak sayılabilmesine imkan yoktur, bununla birlikte kanunda açıkça işçiden kaynaklandığı belirtilmiş haller dışındaki bir nedenin haklı neden olarak değerlendirilmesinin temelinde işverene yüklenebilecek bir sebep olması yatmalıdır[1311].

Yine doktrinde, bu sebeplerin dayanak oluşturduğu fesih beyanının derhal mi yoksa bildirim süresi verilerek mi ileri sürülmesi gerektiği tartışılmış, bir grup yazar tarafından bu hallere dayanılarak yapılan feshin bildirimli fesih olması gerektiği ileri sürülmüştür[1312], zira işçinin ani olarak ayrılmasını gerektiren, beklenilmez,

[1311] Mustafa Alp, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, Mess, 2015, s. 177-258, s. 249. (Değerlendirme 2013).

[1312] Alp, **Değerlendirme 2013,** s. 254-255; Ercüment Özkaraca, "Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebeple Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi", **Çalışma ve Toplum**, S:36, 2013/1, s. 149-186, s. 173 (Sigortalılık Süresi); Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 702; İşçinin bildirim sürelerine uymadığı takdirde kıdem tazminatına

katlanılmaz, öngörülemeyen sebepler değillerdir[1313]. Böylece işçinin işi bir anda bırakıp gitmesinin önüne geçilebilecektir[1314]. Doktrindeki diğer görüş ise, bu sebeplerin haklı neden vasfı taşıdığını ve bildirim süresi verilmeksizin derhal sona erdiren hallerden olduğunu savunmaktadır[1315]. Yargıtay da ikinci görüş yönünde kararlar vermektedir. Üçüncü görüş de bu düzenlemenin kendine özgü nitelik taşıdığını ve özel bir fesih türü olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir[1316].

Haklı neden olup olmadığı ve bildirimli yahut bildirimsiz fesih yollarından hangisinin izlenmesi gerektiği oldukça önemlidir. Çünkü bu vesileyle işçinin bu yolu izlemesi bakımından hakkın amacı ve sınırının ne olduğu da tespit edilebilecektir. Daha önce belirtildiği gibi olağan fesih ve derhal fesih, iş sözleşmesini sona erdirmeye yönelen ancak birbirlerinden farklı amaçlara hizmet eden iki ayrı irade beyanıdır. Ancak kanımızca bu düzenleme yapılırken işçinin iş ilişkisini sonlandırma iradesinin niteliğine değil, bu iradenin işçinin hukuk alanında doğuracağı sonuca odaklanılmıştır. Başka bir ifadeyle, haklı nedene dayanmadığı sürece kural olarak işçinin fesih ile kıdem tazminatı hakkı ortadan kalktığı için, kanun koyucu bunu engellemek amacıyla, ilgili halleri özel olarak belirterek bu hakkın korunmasını sağlamıştır.

1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 159. maddesi uyarınca kadının evlilikten önce çalışmaya başlaması halinde, evlilikle birlikte iş ilişkisinin devam edebilmesi kocasının iznine tabiydi. Bu durumun uygulamada yarattığı sorunlar ve gelişen eşitlik düşüncesi bakımından 1990 yılında Anayasa Mahkemesi ilgili hükmü, eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir[1317]. Kadın işçilerin evlilik nedeniyle iş sözleşmesini bir yıl içinde feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanması, kadının bunca yıl çalışma hayatında edindiği kıdemi koruma amacı

---

hak kazanacağı ancak ihbar tazminatı ödemekle yükümlü tutulması gerektiği görüşünde, bkz. Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 258.

[1313] İşverenin bilgilendirmede haklı menfaati olduğu görüşünde, bkz. Süzek, **İş Hukuku,** s. 769.

[1314] Alp, **Değerlendirme 2013,** s. 289.

[1315] Erdoğan Çubukçu, "Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bazı Hallerde Fesih Türü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:2, 1995, s.173-174. Yazar, her üç hal bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmış ve her birinin açıkça İş Kanunu'nda düzenlenmese de birer haklı neden olduğu ve derhal fesih yoluna gidilmesi gerektiğini savunmuştur.

[1316] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 1113; Süzek, **İş Hukuku,** s. 770; Astarlı, **Değerlendirm**e, s 359-360; Kadın işçinin evlenmesine yönelik olarak aynı görüşte, bkz. Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 193; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli**, s. 375.

[1317] AYM T. 29.11.1990, 1990/30 E., 1990/31 K.; RG T. 02.07.1992, S: 21272.

taşımaktaydı. Ancak kadınların toplumsal cinsiyet rolü bakımından ev ve çocuk sorumluluğunun baskın olduğu ülkemizde, evlilik sonrası kadınların istihdam piyasasından çekilmek istemelerinin makul bir gerekçesi olduğu ve bu nedenle söz konusu düzenlemenin temelden yoksun kalmadığı, uygulanmasının sürdürülmesi gerektiği savunulmaktadır[1318].

İlgili düzenlemenin olması gereken hukuk bakımından günümüzde uygulanmasının değerlendirilmesine burada yer verilmeyecektir. Ancak çalışma konumuzla bağlantısı bakımından, işçinin bu hakkını kötüye kullanmasının mümkün olup olmadığı incelenmelidir. İşçinin bu hallere dayanarak yaptığı feshin kötüye kullanım oluşturup oluşturmadığı veya fesih yoluyla kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı doktrinde ve kararlarda tartışılmıştır. Geçmişte kadın işçilerin kıdem tazminatı almak için boşanarak, boşandığı eşleriyle kısa bir süre içinde yeniden evlenmeleri, dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilmiştir[1319]. Bunların haricinde işçinin boşandıktan sonra yeniden çalışmaya başlaması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmeyecektir[1320].

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin çok yeni tarihli bir kararında, işçinin fesih hakkını kötüye kullandığına yönelik hüküm kurulmuştur. Karara konu olayda, işyerinde yürüttüğü işlemlerde usulsüzlük yapması nedeniyle işçinin savunması alınmış, konu ile ilgili soruşturma başlatılmış, ancak bu esnada işçi evlenerek evlendiğini bildirir ihtarname ile iş sözleşmesini feshetmiştir. İhtarname aynı zamanda işçinin evliliğe dayanan feshi nedeniyle 1475 sayılı Kanun'un 14/2. maddesi kapsamında kıdem tazminatı talebini de içermektedir. Bu talebin karşılanmaması üzerine açılan davada, Yerel Mahkeme davacı isteği doğrultusunda hüküm kurmuş olsa da, Yüksek Daire şu görüştedir: "*..İşveren açısından haklı fesih nedenlerinin oluşmasından sonra salt fesih prosedürünü etkisiz kılmak için işçinin kendisinden kaynaklanan derhal fesih nedenlerine dayanması mümkün olmaz. Örneğin bu aşamada yaş hariç emeklilik kriterlerini haiz olduğu için veya yaşlılık aylığı alabilmek*

[1318] İlgili düzenlemenin ailenin korunması amacı taşıdığı ve kamu yararına olduğu görüşünde, bkz. Yılmaz, **a.g.m.,** s. 124.
[1319] Süzek, **İş Hukuku**, s. 766, dn. 43'teki kararlar; yasa hükümlerini dolanma amacı taşıdığı görüşü için bkz. **a.e.,** s. 767.
[1320] YHGK, T. 27.04.1988, 9-225/369 (Naklen: Süzek, **İş Hukuku**, s. 767).

için işçinin iş sözleşmesini sona erdirmesinde hakkın kötüye kullanımından söz edilir. Zira işveren tarafından haklı feshi yönünden gerekli iç denetimi yapması, işçiden savunma alması veya varsa disiplin kurulu kararı oluşumu, feshe konu olayların feshe yetkili makama ulaşması aşamalarında işçinin fesih hakkını kullanması, kötüniyetli olarak değerlendirilebilecektir..[1321]*"*. Yargıtay, işçinin fesih hakkını işverenin feshini bertaraf etme amacıyla kullanamayacağını, kullandığı durumda bu hakkın korunmayacağını açıkça ifade etmiştir. Nitekim, hakkında soruşturma yapılan işçi eğer soruşturma sonucunda ahlak ve iyi niyete uymayan haller kapsamında haklı nedenle feshe muhatap olursa, hem kıdem tazminatına hak kazanamayacak, hem de uygulama bakımından oldukça önemli olduğu üzere yapılacak fesih işleminin hangi nedene dayandığı ileride iş ilişkisi kuracağı başka işverenler tarafından da görülebilecektir.

İşverenin İşK m. 26 uyarınca ahlak ve iyiniyete uymayan haller kapsamında feshi için hak düşürücü süre belirlenmiş olup, altı iş günlük sürenin başlangıcı ise işverenin öğrendiği tarihtir. Eğer olayın ortaya çıkarılması için bir disiplin kurulu incelemesi yahut soruşturmacı atanması söz konusuysa, bu değerlendirmelerin sonuçlanmasıyla hak düşürücü süre işlemeye başlayacaktır[1322]. Kanımızca bu soruşturmayı veya derhal fesih hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla muhatabın fesih hakkını kullanması da hakkın kötüye kullanılması sonucu doğurabilecektir. İşçinin kendisi hakkında soruşturma sürerken iş sözleşmesini feshetmesi engellenemeyecektir, ancak eğer olağan fesih hakkını kullanırsa bu durumda kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Burada işçinin fesih hakkını mı yoksa kıdem tazminatı talebi hakkını mı kötüye kullandığı sorusu gündeme gelebilir. Kanundaki ayrık düzenlemeyi temel alan fesih hakkını kullanmakla ortaya çıkan sonuç bakımından, kanımızca fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilecek, fesih geçersiz olmayacak ancak hukuki korumadan, bir diğer deyişle kıdem tazminatından mahrum kalacaktır.

Yaş dışında yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının sağlanması, 14. madde kapsamında işçinin sözleşmeyi feshederek kıdem tazminatını talep edebileceği

[1321] Y9HD, T. 17.02.2020, 2017/14500 E., 2020/2329 K. (www.legalbank.net)
[1322] Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 671; Göktaş, **a.g.e.,** s. 91.

hallerden biridir. Yargılamada bu husus da birçok karara konu olmuştur. Özellikle işverenin fesih iradesini beyanı ile işçininkinin birbirini takip ettiği hallerde, hangisine öncelik verileceği noktası Yargıtay tarafından değerlendirilmiş ve doktrinde eleştirilmiştir[1323]. 2020 yılında verilen bir kararda, işvereni tarafından güveni kötüye kullanma nedeniyle hakkında suç duyurusunda bulunulan ve bu konuda ceza yargılaması sonucunda adli para cezası alan, 1 yıl 15 gün hapis cezası ise ertelenen işçi, hakkındaki soruşturma devam ederken iş sözleşmesini emeklilik nedeniyle feshedip kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme, işçinin talebi doğrultusunda hüküm kurmuş, ancak Yüksek mahkeme, hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle söz konusu kararı bozmuştur. Nitekim kararın gerekçesinde, "*davacının disiplin soruşturması devam ederken soruşturma öncesinde mevcut olan bir nedenle iş sözleşmesini feshetmesi hakkı kötüye kullanılması niteliğinde görüldüğünden, davacının iş sözleşmesinin davalı tarafından haklı nedenle feshedildiğinin kabulü ile kıdem tazminatının reddine karar verilmesi gerekli iken*" denilerek, işçinin feshi geçersiz sayılmıştır[1324]. Yargıtay, emekliliğe hak kazanan işçilerin, işyerindeki her türlü eyleminin yaptırımsız kalabileceği endişesini çeşitli kararlarında dile getirmektedir[1325]. Buna karşılık, alkollü olarak kullandığı aracın uğradığı maddi hasarlı kaza sonucu konuya ilişkin inceleme devam ederken yaptığı işçinin emeklilik nedeniyle fesihte, "silahını önce çektiği", hakkını önce kullandığı gerekçesiyle talebin kabülüne karar verilmiştir[1326].

[1323] Doktrinde Doğan Yenisey'in incelediği 2016 tarihli bir kararda, işverenin İş K. m. 25/II-c ve e bentlerinde dayanarak fesih bildirimini 25.04.2013 tarihinde yaptığı ve 29.04.2013 tarihinde noter aracılığıyla işçiye tebliğ edildiği, ancak işçinin tebliğ almaktan imtina ederek kendisinin bu sefer aynı gün noter aracılığıyla yaşlılık aylığına hak kazanması nedeniyle fesih bildirimini yönelttiği ve bu ihtarnamenin de 30.04.2013 tarihinde davalı işverene tebliğ edildiği görülmektedir, bkz. Y9HD, T. 26.04.2016, 2014/36130 E., 2016/10441 K. Burada Yargıtay, işverenin fesih bildiriminin haksız olması ve işçinin haklı nedene dayanması gerekçesiyle işçinin daha sonraki tarihli beyanının esas alınması gerektiğine hükmetmiştir. Yazarın da belirttiği üzere bozucu yenilik doğuran hak olarak fesih hakkı muhataba ulaşmakla sonuç doğurur ve işçinin fesih beyanının esas alınması bu durumda mümkün olmayacaktır. Elbette işveren, haklı nedene dayanmıyorsa, bunun sonuçlarına katlanacaktır; ancak işverenin fesih iradesini ileri sürdüğünü yok saymak, bir başka deyişle bu beyanı yok hükmünde kabul edip doğrudan işçinin beyanına geçerlilik tanımak mümkün olmasa gerekir. bkz. Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2016,** s. 392-395.

[1324] Y22HD, T. 08.07.2020, 2020/1689 E., 2020/9034 K. (www.legalbank.net)

[1325] Y9HD, T. 18.05.2010, 2008/29473 E., 2010/13852 K.; 22HD, T. 23.12.2019, 2016/25495 E., 2019/24058 K.

[1326] Kararda fesih hakkının kötüye kullanıldığına dair karşı oy yazısı bulunmaktadır, bkz. Y9HD, T. 24.12.2015, 2014/25512 E., 2015/36753 K. (www.legalbank.net)

Doğan Yenisey'in incelediği başka bir kararda, işveren tarafından yapılacağını öngördüğü haklı fesihten önce yaşlılık aylığına hak kazandığını öne sürerek bildirimsiz fesihte bulunan bir başka işçinin kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. İşten ayrılmadan önce işveren vekiline hakaret ettiği tutanak altına alınan işçi, olayın hemen ertesi günü yaşlılık aylığına hak kazandığını belirten ihtarnameyi noter aracılığıyla işverene göndermiştir. Somut olayda, işçinin yaşlılık aylığına hak kazanma nedeniyle kıdem tazminatı talebi değerlendirilirken, kanunun bu hakkı getirme amacının işverene ahlak ve iyiniyete uymayan hallere girebilecek bir davranış veya işlemde bulunduktan sonra bu yolu izleyerek kıdem tazminatı talep etmek olmadığı ve bu şekilde fesih hakkının kullanımının bir kötüye kullanım olduğu ileri sürülmüştür[1327].

Kanımızca yukarıda incelenen işçinin hak talebini engellemek veya intikam alma amacıyla yapılan fesihlerde nasıl işveren hakkını kötüye kullandığı gerekçesiyle bunun sonuçlarına katlanmakla yükümlüyse, aynı durum işçi açısından da gözetilmelidir. Nitekim kanun koyucu kötüniyet tazminatını yalnızca işçi lehine düzenlemiş[1328] ancak hakkın kötüye kullanılmasını genel olarak yasaklamıştır. Tarafların dürüst ve doğru davranmalarını, iyi niyetli olmalarını esas alan hukuk düzeninde, işçiyi korumak veya işçi lehine yorum yapmak adına işçinin hakkını kötüye kullandığı durumlar yok sayılmamalıdır. Bu durumda hukukun temel ilkeleri zedelenme riskiyle karşı karşıya kalır. Elbette bu değerlendirme, yargıç tarafından titizlikle yapılacaktır.

3. Fesihten Sonra Başka İşveren Yanında Çalışmaya Devam Etme

İşçinin bu hallere dayanarak sözleşmeyi feshetmesi ve kıdem tazminatını talep etmesi ile birlikte, fesihten bir süre sonra başka bir işverenle çalışmaya devam etmesinin nasıl değerlendirileceği de yargılamayı meşgul eden konulardan biri olmuştur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, davalı şirkette kaptan pilot olarak çalışan ve eğitim için yurtdışına gönderilen işçinin haklı nedenle feshi ve ardından açtığı menfi

[1327] Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2016,** s. 397.
[1328] Akyiğit, **Ders Kitabı**, s. 247.

tespit davasında, işçinin feshi dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmiştir. İşçi, eğitim giderleri karşılığında üç yıllık çalışma şartı öngörülen, aksi halde 17.914 Avro tazminat ödemesi içeren taahhütname imzalamış, iş sözleşmesi kurulduktan yedi ay sonra çalışma şartlarının ağırlığı, ücret ve ücret eklerinin zamanında ödenmemesi gerekçesiyle haklı nedenle sözleşmeyi feshetmiştir. Davacı, planlama dışı uçuşlara gönderildiği, standartların altında otellerde konaklanıldığı, ücretinin taksitler halinde ödendiğini iddia etmiştir. Davalı şirket ise fesihten iki ay önce işçinin Türk Hava Yolları'na iş başvurusunda bulunduğunu ve fesihten çok kısa bir süre sonra orada çalışmaya başladığını, eğitim masraflarını ödemekten kaçmak amacıyla feshettiğini, dürüstlük kuralına aykırı davrandığını beyan etmiştir. 13. Hukuk Dairesi, "*daha iyi şartlarda bir iş başvurusunun kabul edilmesinden sonra bu hakkın ileri sürülmesi MK m. 2'de belirtilen iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz*" diyerek eksik inceleme nedeniyle yerel mahkeme kararını bozmuştur[1329]. Kararda dikkati çeken husus, Yüksek Mahkemenin işçinin TBK'ye tabi olduğunu ve uygulamaya uzun süre itiraz edip etmediğinin araştırılması gerektiğini değerlendirmeye esas almasıdır. Görülmektedir ki Yüksek Mahkeme, bu işçiler bakımından çalışma koşullarında işverence tek taraflı değişiklik yapılması halinde, işçinin uygulamayı reddetmemesini zımni kabul olarak yorumlamaktadır. Belirtmek gerekir ki bu yaklaşım hatalı olup çalışma ilişkisinin İş Hukuku kapsamında olduğu unutulmamalıdır. Güvence kapsamında olmayan işçiler bakımından çalışma koşullarında esaslı değişikliğe dair inceleme yukarıda ilgili başlıkta yapılmış olup, tekrara düşmemek adına burada yeniden yer verilmeyecektir[1330].

Bir başka kararda ücretlerinin geç ödendiği gerekçesiyle işçinin sözleşmesini haklı nedene dayalı derhal feshettikten sonra kıdem tazminatı talebi incelenmiş, işçinin fesihten kısa bir süre önce iş bulup başka bir işverenle anlaşması durumunda fesih hakkını kötüye kullandığına yönelik karar vermiştir[1331].

Geçmiş yıllarda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işçinin özellikle yaşlılık aylığına hak kazanma nedeniyle yaptığı fesihlerde, feshin ardından başka bir işverenle

[1329] Y13HD, T. 17.09.2007, 2007/5656 E., 2007/10575 K. (www.legalbank.net)
[1330] bkz. yuk. İkinci Bölüm, II-B-3-d.
[1331] Y9HD, T. 20.01.2016, 2014/27940 E., 2016/1402 K. (www.legalbank.net)

çalışmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği, çünkü bu kişinin yaşlılık aylığı alma amacı olduğu ve aylığa hak kazanabilmek için çalışma hayatını sonlandırması gerektiğine yönelik kararlar vermekteydi[1332]. Ancak doktrinde bu kararlar eleştirilmiş, emeklilikten sonra çalışmanın engellenmesinin yasal dayanağı olmadığı, çalışma serbestisi kapsamında kıdem tazminatının hak edilmesinden sonra başka bir işyerinde çalışmanın hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür[1333]. Zaman içinde Yargıtay, bu konudaki görüşünü değiştirdiğini gösteren birçok karar vermiştir[1334]. Ancak kimi zaman dürüstlük kuralına aykırılık sonucuna varılabilmektedir. Yaş koşuluyla emeklilik talebinde bulunan bir işçinin daha iş sözleşmesi sona ermeden başka bir işverenin işyerinde sigorta giriş kaydı olması durumunda, kıdem tazminatı talep hakkının kötüye kullanıldığına hükmedilmiştir[1335].

Doktrinde işçinin yaşlılık aylığı gerekçesiyle işten ayrılması, ancak öncesinde başka bir iş bulması kötüye kullanımın oluşup oluşmayacağı konusunda Caniklioğlu, burada iş sözleşmesinin sona ermesinden önce başka bir işverenle anlaşılması ve ardından SGK'ya yaşlılık aylığı almak için başvuru yapılarak bu nedene dayanan fesih yapılması durumunda dürüstlük kuralına aykırılığın söz konusu olmadığını ileri sürmektedir. Nitekim işçinin burada iş sözleşmesinde sadakat yükümlülüğüne aykırı bir davranışı da bulunmamaktadır. Kanun koyucunun işçinin hangi amaçla işten ayrıldığına dair bir düzenleme yapmadığı halde, böyle bir sınırlamanın uygulama ile getirilmesi uygun değildir[1336]. Bir başka kararda da, işçinin öncelikle Kuruma yazı yazarak emekliliğe hak kazandığına ilişkin yazı aldığı, iş sözleşmesini emeklilik nedeniyle feshettiğini işverene bildirdiği, ardından başka bir işte çalışmaya başladığı

[1332] Y9HD, T. 04.04.2006, 2006/2716 E., 2006/8547 K.; Y9HD, T. 17.09.2012, 2010/19025 E., 2012/29704 K.; Y9HD, T. 04.03.2015, 2013/11223 E., 2015/9012 K. (www.legalbank.net)

[1333] Alp, **Değerlendirme 2013,** s. 254.

[1334] Y9HD, T. 26.05.2016, 2016/16898 E., 2016/12505 K.; Y9HD, T. 07.12.2020, 2016/35086 E., 2020/17277 K.; Y9HD, T. 27.10.2020, 2016/29298 E., 2020/13660 K.; Y9HD, T. 23.09.2020, 2016/22193 E., 2020/9107 K.; Y22HD, T. 25.01.2013, 2012/10954 E., 2013/909 K.; Y22HD, T. 14.12.2015, 2015/6303 E., 2015/34351 K. (www.legalbank.net)

[1335] Y9HD, T. 14.03.2017, 2015/8989 E., 2017/4005 K.

[1336] Nurşen Caniklioğlu, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı (Genel Görüşme)", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 390 (Yargıtay Kararları).

tespit edilmiş, işçinin başka bir işyerinde çalışmaya devam etmesi kötüye kullanma olarak değerlendirilmemiştir[1337].

Kadın işçinin evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesinin ardından başka bir işveren yanında çalışmaya başlaması da hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilemez[1338]. İşçinin iş değiştirmek istemesi gibi sebepler kötüye kullanım oluşturmayacaktır[1339].

IV. DEĞERLENDİRME

Borçlar Hukukunun temel prensipleri kapsamında kişilerin hukuki ilişkileri kurmak, sürdürmek ve sona erdirmeleri, irade özerkliği ve bunun bir alt kavramı olan sözleşme özgürlüğüyle garanti altına alınmıştır. Özellikle irade özerkliği ile kişinin tek taraflı iradesine olabildiğince üstünlük tanınmış ve irade ayakta tutulmaya çalışılmıştır. Ancak her ilişkide genel kuralın işlemesi, sosyal adalet düşüncesini sağlamamakta, taraflar arasındaki güç dengesinin bozulduğu ilişkilerde iradenin de hukukun çeşitli mekanizmalarıyla kontrol edilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır[1340].

Sürekli borç doğuran sözleşmelerde fesih hakkı kullanıldığında, muhatabın hukuk alanında yarattığı etki ile ilişkiye son vermektedir. Burada fesih hakkının tanınmasının temel amacı, bir ilişkiyle sınırsız ve sonsuz bir bağlılık yaratılmasını engellemek olduğundan, temelde fesih hakkının kullanılması için bir nedene bağlanması gerekmemektedir. Ancak elbette her hak gibi fesih hakkının ileri sürülmesi de hakkın kötüye kullanılması oluşturmamalıdır. Hakkın kötüye kullanılması oluşturmadığı sürece feshin borç ilişkisini sona erdireceği ileri sürülmüştür[1341].

[1337] Y9HD, T. 13.01.2014, 2011/51535 E., 2014/52 K. Kararı uygun bulan görüşü için bkz. Fevzi Şahlanan, "Üçbin Altıyüz Gün ve Onbeş Yıl Sigortalılık Süresini Doldurarak Kıdem Tazminatı Alan İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması"(Karar İncelemesi), **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, s. 246-247 (Emeklilik).

[1338] Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 258; Akyiğit, **Şerh,** s. 699; aynı yönde: Y9HD, T. 22.11.1999, 1999/14857 E., 1999/17714 K.

[1339] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 939.

[1340] Akbulut, **a.g.e.,** s. 18. Karşı görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 504.

[1341] Seliçi, **a.g.e.,** s. 112.

Doktrinde fesih hakkının kişilik haklarının korunması bakımından dolaylı olarak hizmet ettiği ve bu hakkın kabul edilmediği varsayımında dahi MK m. 23/2 kapsamında sürekli borç ilişkisiyle sonsuza dek bağlı kalınmasının engellenebileceği ifade edilmektedir[1342].

Sürekli borç ilişkisinde taraflardan birinin olağan fesih hakkını kullanması halinde doğrudan bir sözleşmeye aykırılık sonucu doğmaz[1343], nitekim bildirim sürelerine ilişkin düzenleme, zaten feshin ortaya çıkardığı zararı gidermeye yöneliktir[1344]. Bununla birlikte iş sözleşmesi, elbette bir özel hukuk sözleşmesi olmakla birlikte kendine özgü niteliği gereğince kurulması, devamı ve feshi sürecinde farklı hukuki ihtiyaçların doğduğu bir sözleşmedir. Bu nedenle hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerle bu ihtiyaçlara cevap aranmakta, özellikle işçinin korunması ve sözleşmenin ayakta tutulması için sözleşmenin feshi ince elenip sık dokunan bir alan olarak sürekli denetime tabi tutulmaktadır.

Güven ilişkisi temeline oturan iş sözleşmesi, kurulmasından önceki sözleşme görüşmelerinden, sözleşmenin kurulup sona erdiği ana kadar dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının etkisi altındadır[1345]. Sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kuralı gereğince muhatabın korunmaya değer haklı menfaatini gözetmesi beklenecek ve fesih hakkını kötüye kullanmaması gerekecektir. Yalnızca işverenin feshinde değil işçinin feshinde de dürüstlük kuralı, hakkın nasıl kullanılacağını belirleyen davranış modeli olarak varlık kazanmaktadır. Örneklemek gerekirse, iş sözleşmesinde taraflardan birinin dürüstlük kuralının gösterdiği davranış modeline uygun davranmaması nedeniyle, muhataba iş sözleşmesini feshetme hakkı tanınmıştır. Hatta derhal fesih gibi sonuçları ağır bir kuruma başvurulacak haller, "*dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin devamı beklenmeyen haller*" olarak belirtilmiştir.

İş güvencesi olmayan işçiler bakımından sözleşmenin feshine çok geniş bir serbesti tanınmaktadır. Hala azımsanmayacak sayıda işçi için kullanılan hakkın kötüye

[1342] Demirsatan, **a.g.e.,** s. 236.
[1343] Demirsatan, **a.g.e.,** s. 249.
[1344] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 80.
[1345] Güzel / Ugan Çatalkaya, **a.g.m.,** s.39.

kullanılması sistemi, günümüzde makul veya meşru sebep olarak adlandırılabilecek sebeplerle iş sözleşmesinin feshedilebilmesini mümkün kılacak esnekliğe sahiptir. Ancak hem doktrin hem de yargılamada bu ifadenin kullanılmasından kaçınıldığı gözlemlenmektedir. Zamanla özellikle temel hak ve özgürlüklerin fesih yoluyla zedelenmesi veya kullanımının engellenmesi yargılamaya yansıdıkça; İş Hukuku, Anayasa Hukukunun veya İnsan Hakları Hukukunun unsurlarına yer verilen ve temel haklara ilişkin değerlendirmelerin yapıldığı, çatışmaların bu bakımdan dengelendiği bir alana dönüşmüştür. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kavramları, temel hakların dolaylı yatay etkisinin özel hukuka "sızma aracı" olarak görev üstlenmişlerdir. İş uyuşmazlıklarını çözümleyen yargıçlar, Anayasa'ya uygun yorum yaparak ve objektif değerler sistemini gözeterek, kişi olarak varlığı ön plana alınan işçinin temel hak ve özgürlüklerini, iş sözleşmelerinin feshinde korumaktadırlar. Ancak feshe sebep oluşturmayacak hallerin kanun kapsamında açıkça düzenlenmesi, olması gereken hukuk bakımından tüm işçiler için bu sistemi güçlendirecek, normatif bir dayanak oluşturacaktr.

Doktrinde iş güvencesi ile genel sözleşme özgürlüğü ve hakkın kötüye kullanılması denetiminden uzaklaşıldığı, daha objektif ve somut gerekçeler aranarak özellikle işverenin fesihte keyfi yöntemlere başvuramadığı, yargı organınca daha sıkı kontrol mekanizmaları ile feshin geçerliliğinin denetime tabi tutulduğu ifade edilmektedir[1346]. Bununla birlikte kanımızca dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının etki alanı iş güvencesi sistemiyle daralmamış, aksine genişlemiştir. Somut olay kapsamında her fesihte olaya özgü inceleme yapılma ihtiyacı doğmaktadır. Geçerli nedenin tespiti, ardından bu nedenin feshe yol açıp açmadığı, işverenin keyfi bir karar alıp almadığı, başvurması gereken başka yolların olup olmadığı, sözleşmeye devamın beklenebilir olup olmadığı, işçinin ihtar edilmesi, menfaatlerin dengelenmesi gibi ilkeler ve kriterlerin her biri dürüstlük kuralına dayanır ve yargıcın bu değerlendirmeleri yaparken her ne kadar önünde doktrin ve içtihadın oluşturduğu bir yelpaze olsa da, bunların arasından somut olaya uygun olan seçip uygulandığında, yine de birtakım farklılıklar ortaya çıkabilecek ve hakkaniyet arayışı

[1346] Güzel, **Eleştiri**, s. 238.

içerisindeki yargılama faaliyetinde, tarafların hak ve borçlarını dürüstlük kuralı kapsamında kullanıp kullanmadığını inceleyecektir.

Derhal fesih hakkı bakımından, mevzuatta farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle İş Kanunu ile kazuistik olarak tespit edilen haklı nedenlerle bazı hallerde gün yahut hafta hesabı ile devamsızlık veya otuz günlük ücreti aşan tutar gibi değerlerin, bu hakkın doğup doğmadığının tespitinde esas alınması öngörülmüştür. Belirtilen hallerde kanundaki düzenleme somut olayın adaletini sağlamadığında, kimi zaman işveren için gerçekten dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmeye devamın beklenilmez, çekilmez olup olmadığı sorgulanabilmektedir. İşçi açısından da aynı değerlendirme yapılmakla birlikte, sözleşmenin devamında muaccel olmuş ücret alacağının feshe konu edilmesi bakımından derhal feshin kötüye kullanıldığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Ancak işçinin fesih hakkında yargılamaya konu olan asıl sorun, kıdem tazminatına hak kazandıran hallerin feshe konu edilmesi yoluyla işverenin işçiye yönelteceği bir talebin engellenmesi yahut işverenin haklı fesih hakkını kullanmasının önlenmesidir. Bu durumda çeşitli kararlarda, işçilerin haklarını kötüye kullandıklarına yönelik hüküm kurulmuş, dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığından kıdem tazminatına yönelik talepler reddedilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FESİHTE DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Hukuk sisteminin temel amaçlarından biri, kişilerin menfaatlerini korumaktır. Uyuşmazlıkların çözümü için, zarar gören aleyhine bozulan dengenin yeniden kurulması gerekir. Bu dengenin kurulması için zarar gören tatmin edilecek, ortaya çıkan hukuka aykırılığın nitelendirilmesi yoluyla uygulanacak yaptırım belirlenecektir[1]. Öte yandan kavram olarak "yaptırım", hukuk düzeninin kurala aykırılığa yönelik tepkisidir; bu nedenle yaptırımların yalnızca giderimi amaçlayan yöntemlerle sınırlı olarak düşünülmemesi gerekir[2].

İsviçre - Türk Hukukunda dürüstlük kuralına aykırılık yahut hakkın kötüye kullanılması halinde yeknesak bir yaptırımın uygulanması söz konusu değildir. Kanun hükmünde kötüye kullanım halinde, hakkın korunmayacağı düzenlenmiştir. Korumanın reddi, hakka dayanan talep yahut savunmaların dikkate alınmaması, bu taleplere karşılık itiraz yahut def'i ileri sürülmesi şeklinde ortaya çıkabilir[3]. Bazı durumlarda hakkın kötüye kullanımı sonucu zarar gören kişiye dava hakkı tanınabilir; ilişkinin değiştirilmesi, sona erdirilmesi yahut zararın önlenmesi, kötüye kullanımın sonuçlarının ortadan kaldırılması (örneğin taciz duvarının yıktırılması), eski hale iade niteliğinde bir dava veya tazminat davası[4] açılabilir[5]. Muhatap, hakkını kötüye kullanan kimsenin yürüttüğü bir icra takibine karşılık dürüstlük kuralına aykırılığın

[1] Grévy, **a.g.e**., s. 25.
[2] Grévy, **a.g.e.,** s. 26.
[3] İmre, **a.g.e.,** s. 326.
[4] Dürüstlük kuralına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılmasının asli yaptırımının tazminat olmadığı yönünde, bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 13.
[5] Deschenaux, **a.g.e.,** s. 146; İmre, **a.g.e.,** s. 326; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 174; Dural / Sarı, **a.g.e.,** s. 261, Knr. 1268-1269; Kavak, **a.g.e.,** s. 126-131.

tespitini de (menfi tespit) talep edebilir[6]. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, somut olayın özelliklerine göre değerlendirildiği için, yaptırım da somut olayın özelliklerine göre şekillenecektir[7].

İş sözleşmelerinde işverenin fesih hakkını kötüye kullanması durumuna özgü olarak bir düzenlemeye yer verilmiştir[8]. TBK m. 434, Deniz İş Kanunu m. 16/D ve İş Kanunu m. 17 uyarınca bildirim sürelerinin üç katı tutarında tazminatın ödeneceğine hükmedilmiştir. Düzenlemede dikkati çeken, hakkın kötüye kullanılması ile sözleşmenin sona erdirilmesi halinde feshin geçersizliğine ilişkin bir iddiaya yer verilmemesidir, artık yapılan fesih geçerlidir[9]. Bununla birlikte düzenleme, MK m. 2'deki gibi hakkın "açıkça" kötüye kullanımını da aramamaktadır[10]. Ancak, iş sözleşmesinin feshinde tazminat yaptırımı, fesih hakkının kötüye kullanılmasını ancak dolaylı olarak engelleyebilir[11]. Bu nedenle iş güvencesi sistemi geliştirilmiştir. Bu sistem dışında kalan işçilerin temel haklarının korunmasında, feshe kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilirliğini tartışmayı gerekli görmekteyiz. Bu esnada feshin hangi hallerde geçersizlik yaptırımı ile karşılaştığına, bu geçersizliğin nasıl nitelendirildiğine ve İş Hukukunun kendine özgü yaptırımlarına da değinmek gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki hükümsüzlük ve geçersizlik ifadeleri Borçlar Hukukunda birbirlerinin yerine kullanılabilmektedir[12]. Çalışmamızda bu karışıklığa yol açmamak adına "*geçersizlik*" ifadesini, iş hukukunda feshin geçersizliği olarak tanımlanan genel yaptırımı ifade edecek; "*hükümsüzlük*" ve "*kesin hükümsüzlük*" ifadelerini ise Borçlar

[6] Altaş, **Şekle Aykırılık,** s. 160; Kavak, **a.g.e.,** s. 124; Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 122-129; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 331; Arslan, **a.g.e.,** s. 35.
[7] Feyzioğlu, **Kötüye Kullanma**, s. 186-87; Serozan, **Medeni Hukuk,** Knr. 12a, s. 284; Edis, **Medeni Hukuk**, s. 331; Çelişkili davranma yasağı kapsamında aynı görüşte, bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 60; Hakkın kötüye kullanılmasına karşı sözleşmeyi fesih veya dönme haklarının kullanılabileceği yönünde, bkz. İmre, **a.g.e.,** s. 327; Egger, **a.g.e.,** m. 2, Knr. 37; Deschenaux, **a.g.e.,** s. 146.
[8] Tolu, **a.g.e.,** s. 51.
[9] Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 320; Ertürk, **Temel Haklar**, s. 168; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 203.
[10] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 74, s. 680.
[11] Süzek, **Askı Teorisi**, s. 11.
[12] Eren, **a.g.e.,** Knr. 1039, s. 374; Gümüş, **a.g.e.,** s. 232; İsviçre-Türk Hukuku sisteminde geçersizlik ve hükümsüzlük ifadelerine verilen çeşitli adlandırmalar ve ayrımlar için bkz. Akbulut, **a.g.e.,** s. 24-28.

Hukuku bağlamındaki geçersizlik yaptırımını anlatacak şekilde kullanmayı uygun bulduk.

II. FESİH SONUCU GEÇERSİZLİK VE *SUI GENERIS* YAPTIRIMLAR

Kanun koyucu, sağlamak istediği düzeni yaratırken emredici normlardan yararlanır ve kişilerin bu normlara aykırı davranmasını engellemeyi amaçlar. Bu doğrultuda söz konusu norma aykırılığın en yaygın sonucu, yapılan işlemin veya bu yönde düzenlenen sözleşme hükmünün hükümsüzlüğü olacaktır[13].

Hükümsüzlük, hukuki işlemin kurucu unsurlarının bulunduğu, ancak geçerlilik unsurları bulunmadığı durumda söz konusu olmaktadır. Kural olarak hukuki işlemin kesin hükümsüzlüğü, o işlemin hiç yapılmamış olması gibi sonuç doğurur[14]. TBK m. 27/1'de kanunun emredici hükümlerine, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu öngörülmüş, ancak kesin hükümsüzlüğün hukuki sonuçları kesin olarak belirlenmediğinden, bu değerlendirme uygulama ve doktrinde yapılmıştır[15]. Kural olarak hükümsüzlük, tarafların davranışlarıyla veya sürenin geçmesiyle geçerli hale gelmez ve herkes tarafından ileri sürülebilir[16]. Bazı durumlarda bir işlemin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi de başlı başına dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir[17].

İsviçre-Türk Hukuk sisteminde ise kesin ve sert bir kesin hükümsüzlüğün uygulanması (*klasik geçersizlik teorisi*) yerine, işin niteliğine uygun düşmüyorsa, ihlal

---

[13] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 271.

[14] Andreas von Tuhr (Çev.:Cevat Edege), **Borçlar Hukuku**, C:1-2, Ankara, 1983, s. 220; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,** C:1, 6. Bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 172 (Borçlar Hukuku); Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 583; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, 1998, s. 20; İmre, **a.g.e.,** s. 149; Eren, **a.g.e.,** Knr. 1042, s. 375; Oğuzman / Öz, **a.g.e.,** s. 184; Akbulut, **a.g.e.,** s. 32; Gümüş, **a.g.e.,** s. 241.

[15] Akbulut, **a.g.e.,** s. 37.

[16] Antalya, **Borçlar Genel,** s. 97; Eren, **a.g.e.,** Knr. 1046, s. 377, Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 132.

[17] Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 133; Antalya, **Borçlar Genel,** s. 95. Yazara göre hakkın kötüye kullanılması iddiası ancak geçersizlik halinde gündeme gelebilir, yokluk durumunda söz konusu olamaz.

edilen normun amacı gözetilerek daha esnek modellerin (*modern geçersizlik teorisi*) uygulanabilme imkanı tanınmıştır[18]. Yıllar içinde çeşitli türler geliştirilerek doğan yeni ihtiyaçlara cevap aranmış, doğrudan uygulanmasının çözüm getirmediği durumlar bakımından kimi zaman hukuki işlemin ayakta kalmasını sağlayan tahvil gibi yöntemlere başvurulmuştur. Nitekim dürüstlük kuralı da kesin hükümsüzlüğün ağır sonuçlarını hafifletme aracı olarak kullanılmıştır[19]. Doktrinde Doğan Yenisey'in ifade ettiği üzere, Alman Hukukunda emredici normların türleri bakımından değerlendirme sonucu yaptırım türü tespit edilirken, İsviçre-Türk Hukuk sisteminde normun hangi amaçla düzenlendiği, hangi menfaati koruduğu soruları yoluyla yaptırım çeşitlerinin belirlenmesi yolu izlenmiştir[20].

Çalışmamızın konusunu teşkil eden hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlemesinde de, yasak kapsamında hakkın korunmayacağı belirtilmiş, ancak bu halde yaptırımın ne olacağı noktasında bir açıklık getirilmemiştir. Değerlendirmeyi yargıca bırakan bu sistemde, bir yandan her kötüye kullanım için katı ve yeknesak bir hükümsüzlük yaptırımının uygulama alanı bulamayacağı gerçeği[21], diğer yandan her olay için incelemenin ve tespitin zorluğu ikilemi ile karşılaşılmaktadır. Öte yandan, emredici normların yoğunluğunun göze çarptığı iş mevzuatında, her aykırılık iş ilişkisinin sonlanması sonucuna bağlanabilecektir ki[22], ilişkiyi olabildiğince ayakta tutmaya çalışan ve istikrarın önem kazandığı bu alanın kendi amacı ile çelişme riski de gündeme gelmektedir. İş Hukuku da zamanla borçlar hukukundan ayrılarak, korunan değere göre farklı ve kendine özgü yaptırımları oluşturmaya başlamıştır[23].

---

[18] Edis, **Medeni Hukuk**, s. 161 vd.; Antalya, **Borçlar Genel,** s. 93, 104; Eren, **a.g.e.,** Knr. 1042, s. 375; Akbulut, **a.g.e.,** s. 29; Gümüş, **a.g.e.,** s. 242.

[19] Gümüş, **a.g.e.,** s. 245.

[20] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 279; Eğer bir eylemi yasaklamaktaki amaca kesin hükümsüzlük yoluyla erişilebiliyorsa, bu durumda kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanması gerektiği görüşünde, bkz. Gümüş, **a.g.e.,** s. 217; Şekil şartını öngören hükmün de koruma amacı dışında kullanılamayacağı yönünde, bkz. Özbilen, **a.g.e.,** s. 228.

[21] Antalya, **Borçlar Genel,** s. 100.

[22] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 281.

[23] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 311. Yazar, yaptırım gibi görünmeyen yeniden nitelendirme ve işverenin değişmesi gibi kurumların iş hukukuna özgü olarak yaptırım niteliği taşıdıklarını ifade etmektedir. Fransız hukukunda yeniden nitelendirme yaptırımı için bkz. Dirk Baugard, **La sanction de requalification en droit du travail**, Paris, IRJS éditions, 2011, s. 20 vd.

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle fesih hakkının geleneksel anlamında hükümsüzlük ile ne derece ilişkilendirildiği ve fesihte dürüstlük kuralına aykırılık ve/veya hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında, hangi yaptırımların gündeme geldiği incelenecektir.

A. Feshin Geçersizliğinde Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulanabilirliği

1. Türk Hukukunda Geçersiz ve Haksız Feshin Hukuki Rejimi

a. "Feshin Geçersizliği" Kavramı

Olağan fesih hakkının doğumu, iş güvencesi sisteminde geçerli sebebe bağlanmıştır. İş Kanunu m. 21/1 uyarınca geçerli sebep yoksa "feshin geçersizliğine karar verilir". Geçerli sebebin yokluğu sonucu irade beyanının hükümsüz olduğu kabul edilirse, fesih yapılmamış gibi sözleşmenin tüm koşullarıyla devam ettiği anlaşılır. Ancak geçersizlik ve işe iade kararı[24], bu bağlamda bir hüküm tesis etmemekte, kendine özgü bir nitelik taşımaktadır[25]. Geçersizlik kavramının neyi ifade ettiği ve hükümsüzlük yaptırımları ile ilişkisi ise doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre geçersizliğin iptal edilebilirlik vasıtasıyla işçi tarafından ileri sürülmesi gerekmektedir. Fesih, hüküm ve sonuçlarını doğuracak, eğer işçi isterse feshi ortadan kaldırmak için dava açabilecek, geçersizliğe mahkeme karar verecektir[26]. Böylece geçerli nedene dayanmayan fesih, eğer işçi tarafından ileri sürülmezse kendiliğinden geçersiz hale gelmeyecektir. Bir diğer görüşe göre fesih askıda hükümsüzdür ve işçinin dava sonucu on işgünü içinde başvuru yapması sonucu

[24] İşe iade kavramı doktrinde kullanılmakta ancak kanunda yer almamaktaydı, bkz. Muhammet Özekes, "7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S: 39, 2018, s. 62-77, s. 66 (İşe İade).

[25] Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 184 vd.; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1055 vd.; Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 341; Süzek, **İş Hukuku**, s. 648; Göktaş, **a.g.e.,** s. 119; Nazlı Elbir, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde 'Samimiyet' Olgusu", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:11, S:1, 2020, s. 139-154, s. 145 (Samimiyet); Centel, **İş Güvencesi**, s. 211; Alpagut, **Pandemi,** s. 94; Feshin geçersizliği ifadesinin kullanılmasıyla haksız fesihten farklılaştırma amacı güdüldüğü görüşünde, bkz. Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 591.

[26] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 29; Engin, **İşe İade,** s. 59; Y9HD, T. 14.07.2008, 2007/42753 E., 2008/20175 K.

hükümsüzlükten bahsedilebilir[27]. Dava sonucu verilen kararın ardından işçinin işe başvurusuyla yeni bir iş sözleşmesi kurulduğunu savunan görüşün[28] yanı sıra, bir diğer görüş işçinin feshi iptalinin mümkün olmadığını, feshin geçersizliğine ilişkin açılan davanın yalnızca tespit niteliğinde olduğunu ifade etmektedir[29]. Görüldüğü üzere burada feshin hükümsüz kılınabilir olup olmadığına ilişkin bir fikir birliğinden bahsetmek mümkün değildir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile değiştirilen İşK m. 21, dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulmasını öngörmüştür. Sürecin ardından taraflar anlaşmaya varamazlarsa, bu durumda açılacak dava sonucunda verilecek hüküm, geçmişteki düzenlemeye oranla farklılaştırılmıştır. İşçinin işe başlatılmaması durumunda yeniden dava açmasını engellemek için mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitinin yanı sıra bu davanın parasal sonuçlarını da miktar olarak belirleyecektir[30]. Doktrinde bir görüşe göre bu durum, davanın eda davası niteliğine bürünmesini sağlamıştır[31]. Diğer görüş ise hükmün tespit niteliğinin değişmediğini savunmaktadır[32]. Her iki görüşü de savunanlar tarafından işe iade kararı, işverene cebri icra yoluyla uygulanabilir bir yaptırım olarak görülmemektedir. Çünkü İşK m. 21 hükmü işçiye, arabuluculukta anlaşma sonucu işe başlamak için belirlenen tarihte hazır bulunmasını veya anlaşılmadıysa kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğinden itibaren

---

[27] Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 971; Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 331; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 187; Askı etkisinin dört ay ile sınırlandırıldığı görüşünde, bkz. Göktaş, **a.g.e.,** s. 120.
[28] Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s. 522-523.
[29] Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 590; Sarper Süzek, "İşe İade Davalarında Yargı Kararı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 40, 2018, s. 11-21, s. 12 (Yargı Kararı); Süzek, **İş Hukuku**, s. 650; Alpagut, **İş Güvencesi,** s. 241; Centel, **İş Güvencesi,** s. 211; Kar, **a.g.e.,** s. 389; Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 478.; Aynı yönde Sakarya BAM, 9. HD, T. 23.09.2020, 2019/4046 E., 2020/1045 K. (Naklen: Çil, **a.g.e**., s. 668-669); Aksi yönde, Güzel, **Eleştiri,** s. 291.
[30] Gülsevil Alpagut, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", **İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi,** (Ed.: Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, 2016, s. 195-217, s. 211 (Kanun Tasarısı); Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 594.
[31] Ömer Ekmekçi, "Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu", **"Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine" Toplantısı**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 5-38, s. 14, 18 (İş Mahkemeleri Kanunu); Parasal haklarla ilgili kısmın eda hükmü olduğu görüşünde, bkz. Özekes, **İşe İade**, s. 72.
[32] Alacakların parasal olarak belirlenmesiyle şarta bağlı eda hükmü tesis edildiği ancak genel olarak davanın tespit davası niteliğinde olduğu görüşünde, Süzek, **Yargı Kararı,** s. 15-16; Centel, **İş Güvencesi,** s. 241.; Asıl isteğin feshin geçersizliğinin tespiti olduğu, diğer taleplerin ikincil nitelikte olduğu ancak sendikal nedenle feshe yönelik davada eda davasından söz edilebileceği yönünde, bkz. Kar, **a.g.e.,** s. 389.

on gün içinde işverene başvurmasını emretmektedir. İşveren bunun üzerine işçiyi işe başlatabilir veya başlatmayabilir. Başlatılmadığı durumda iş sözleşmesi o tarihte feshedilmiş sayılacaktır.

158 sayılı Sözleşmenin 10. maddesi, taraf devletlerin iş güvencesine dair yaptırımlarını belirtmektedir, buna göre feshin geçerli bir nedene dayanmaması durumunda fesih hükümsüz kılınabilir ve/veya işe iade, tazminat veya başka bir yaptırım öngörülebilecektir. Ancak ulusal hukukta işe iade mekanizmasının gereği gibi işletilememesi riskine karşılık, uygun bir tazminat veya başka bir giderim biçimine yer verilmesi gerekliliği de vurgulanmıştır. Bu nedenle Türk Hukukunda da esas yaptırımın tazminat olduğu ileri sürülmektedir[33]. Bir görüşe göre, işverene işçiyi işe başlatmak veya tazminat ödemek yönünde verilen seçimlik hak, feshin geçersizliğinin kelime anlamıyla geçersizlik olmadığını göstermektedir[34]. Ancak diğer görüşe göre burada işverene bir seçimlik hak tanındığından bahsedilemez, işveren işçiyi mahkeme kararı üzerine "*işe başlatmak zorundadır*" ifadesiyle kanun koyucu bir yükümlülük getirmiştir, bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı olarak zararın giderilmesi söz konusu olursa iş güvencesi tazminatı gündeme gelecektir[35]. Borçlar hukuku bağlamında işverene seçimlik hak tanındığı kabul edilirse, işverenin işe başlatma yükümlülüğünden bahsedilemez. Buna karşılık işe iade kararı sonucunun işverene bir yapma borcu yüklediği kabul edilirse, iş güvencesi tazminatı bu yapma borcunun ifa edilmemesinden doğacak zararın giderimi olarak öngörülmüş olacaktır[36].

Hüküm, ister eda davası niteliğinde kabul edilsin ister tespit davası, işçinin yargılama giderleri veya para ile belirlenmiş alacakları dışındaki kısmını ilamlı icraya koymasına müsaade etmez. Doktrinde bir görüşe göre, işçinin işe iade talebini ilamlı

[33] Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 962; Centel, **İş Güvencesi,** s. 182; Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 329; Doktrinde Süzek, iş güvencesi olmayan işçiler bakımından toplu iş sözleşmeleriyle işe iadeyi öngören normatif hükümler düzenlenebileceğini ancak buna uyulmamasının yaptırımının da alacaklı temerrüdü olduğunu ileri sürmektedir, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 741-742.
[34] Ömer Ekmekçi, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları", **Mercek Dergisi,** Temmuz 2003, s. 132-139, s. 135 (Dava Süreci); Çelik / Caniklioğlu /Canbolat, **a.g.e.,** s. 591; Doktrinde dava sonucunda işverene takdir hakkı tanınması eleştirilmiş, iş güvencesinin amacıyla bağdaşmadığı ileri sürülmüştür, bkz. Engin, **İşletme Gerekleri,**s. 31-32; Sağlam, **a.g.m.,** s.17; Göktaş, **a.g.e.,** s. 119.
[35] Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 331-332; Güzel, **Eleştiri**, s. 304.
[36] Eren, **a.g.e.,** Knr. 286, s. 106.

icra takibine koymasında hukuki yararı yoktur[37]. İşveren, süresi içinde kendisine başvuran işçiyi işe başlatmazsa, aynen ifa yaptırımının zorla uygulanabilmesi mümkün olmayacaktır. Kanunda işverene verilen tazminat ödeme imkanı nedeniyle işe iade kararının İİK m. 343 uyarınca hapisle tazyike de tabi olmadığı ileri sürülmektedir[38].

Karşılaştırmalı hukukta da kanun koyucu tercihi -istisnai düzenlemeler hariç- mutlak bir hükümsüzlüğü tesis etmek yönünde olmamıştır[39]. Bu hususta oldukça geleneksel bir yaklaşım izleyen ve işyeri düzenini koruma amacı güden Alman Feshe Karşı Koruma Yasası'yla bile, kanun koyucunun amacı olan feshin hükümsüz kılınması sağlanamamakta, çok az sayıda işçi iş yerine işverene rağmen dönmek istemektedir[40]. Bu kanun kapsamında işçilerin, işe iade yerine tazminat talep edebilecekleri açıklıkla belirlenmiştir. Yeniden birlikte çalışma halinde işletmenin amacına uyulmayacağı kanaati oluştuğunda, işveren de tazminat ödenmesi yönünde karar verilmesini mahkemeden talep edebilmektedir[41]. Ayrıca belirlenecek tazminat, işçinin işyerindeki kıdemine göre de artırılmaktadır (KSchG § 10). Fransız Hukukunda yargılama aşamasında yargıcın gerçek ve ciddi nedenin bulunmadığı sonucuna varması halinde işe iade yönünde hüküm kurulması için taraflardan her birinin işe iadeyi kabul etmesi gerekir; aksi halde işçinin zarar olmasa dahi son altı aylık ücretinden az olmayacak şekilde bir tazminatın ödenmesine hükmedilecektir[42].

İsviçre Hukukunda, yukarıda yer verildiği üzere işe iade yaptırımı eleştirilmiş ve Federal Konsey tarafından reddedilmiştir. İsviçre'de doktrinde bazı yazarlar, bu tercihi tartışmışlardır. Bir görüşe göre, feshin geçersizliği ve işe iade, sözleşmeyi sona erdiren tarafın iradesine aykırı olarak sözleşmenin sürdürülmesi anlamına gelmektedir; diğer yanda iş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran ve güven temeline oturan niteliği, fesihle geri dönülemez bir şekilde bozulmaktadır. Bu nedenle her ne kadar

[37] Süzek, **Yargı Kararı**, s. 12; Özekes, **İşe İade**, s. 72; Kar, **a.g.e.,** s. 510.
[38] Özekes, **İşe İade**, s. 73.
[39] Yargılama faaliyeti sonucunda cebri icraya başvurmak, iş hukuku bakımından oldukça zorlayıcıdır, bkz. Lyon-Caen, **Genel İlkeler**, s. 288; Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 342; Türk Hukukunda iş güvencesinin yargılama yükünü artırdığı ve işlemediği yönünde, bkz. Fevzi Şahlanan, "Genel Görüşme I", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, İstanbul, Legal, 2014 (Görüşme).
[40] APS/Vossen, **KSchG § 1**, Knr. 3. Bu uygulama nedeniyle Feshe Karşı Koruma Kanunu için "tazminat kanunu" benzetmesi dahi yapılmıştır, bkz. Preis, **a.g.m.,** s. 27.
[41] Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 334.
[42] Süzek, **İş Hukuku**, s. 654.

kötüye kullanımın korunmaması gerekse de feshin hükümsüzlüğü doğru bir çözüm değildir[43]. Bir başka görüşe göre ise güven ilişkisinin bozulması işe iadeyi reddetmek için geçerli bir sebep teşkil etmez. Özellikle küçük işletmelerde bu bağın daha güçlü olduğu kabul edilir, ancak büyük işletmelerde işveren çoğunlukla tüzel kişi olduğundan güven bağı aynı derece etkilenmeyecektir. Burada Zoss, bizim de katıldığımız şu noktaya dikkati çekmektedir; büyük işletmede sözleşmesi feshedilen işçi ile işveren vekili olan kimseler arasındaki bağ etkilenmektedir ve çoğunlukla bu kişilerin sözleşmenin feshedilmesine yönelik iradenin oluşmasında payları vardır. Bu nedenle güven bağı büyük işletmelerde de kolaylıkla zedelenebilir[44]. İşçi işe iade edildiğinde, aynı birimde aynı kişilerle çalışmaya devam edecektir ve bu durumda işverenin tüzel kişi olması yahut işletmenin büyüklüğünün aradaki güven bağını yeniden tesis etmeye bir faydası olmaz. Buna karşılık İsviçre'de iş sözleşmesinin cinsiyet ayrımcılığına maruz kalındığına dair bir şikayeti veya bu yönde açılacak bir davayı takiben yapılması halinde, feshin hükümsüz kılınmasına ve işe iade yaptırımına istisnai olarak imkan tanınmıştır[45]. Fransız Hukukunda da kural olarak gerçek ve ciddi sebebe dayanmayan feshin geçersizliği yönünde dava açılabilmekle birlikte, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla bazı hallerde feshin hükümsüz kılınmasına imkan veren düzenlemeler yapılmıştır, bunlara aşağıda ayrıntılı olarak yer verilmiştir[46].

Feshin geçersiz sayılması sonucunda işveren ve işçiden o sözleşmeye devamın beklenmemesi ve ifayı kabule zorlayamama yine dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır[47]. İş güvencesi kapsamında dahi fesih hakkının, kişilik haklarına ve işverenin girişim özgürlüğüne hizmet ettiği kabul edildiğinden[48], feshin sonuçlarını doğurmasını engellemek amacı güdülse dahi, bu amaca erişilememektedir. Hukukumuzda işe iade davasının sonucunda verilen geçersizlik kararının niteliğine dair hangi görüş kabul edilirse edilsin görülmektedir ki iş güvencesi, feshin

[43] Zoss, **a.g.e.,** s. 64, dn. 140'taki yazarlar.
[44] Zoss, **a.g.e.,** s. 65.
[45] Zoss, **a.g.e.,** s. 65-66.
[46] bkz. Üçüncü Bölüm, II-A-2-c.
[47] Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** s. 425, Knr. 1502; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 373; Toplu iş sözleşmesiyle öngörülen iş güvencesi hükümleri uyarınca da işverenin işçiyi işe alması için ifaya zorlamak mümkün değildir, bkz. Astarlı, **Sınırlandırma,** s. 322; Süzek, **İş Hukuku**, s. 742 vd.
[48] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 23.

geçersizliğini sağlayan bir yaptırım değildir[49]. Böylece feshin etkinliği kabul edilerek sonuçta işçinin ispat yükü kolaylaştırılmış bir tazminata hak kazanması sağlanmaktadır[50].

b. Haksız Feshin Geçerli Feshe Dönüştürülmesi

İş güvencesini haiz bir işçinin geçersiz feshe karşı korunması, aynı zamanda haksız feshe karşı da korunmasını gerektirir. Bu nedenle kanun koyucu İşK m. 25/son ile haksız fesih halinde, iş güvencesi hükümlerine başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu gerekçeyle açılan davaların bazılarında, yargıç eğer iş sözleşmesinin sona erdirilmesine sebep olduğu belirtilen hususun haklı neden ağırlığında olmadığı, ancak geçerli neden olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyse, feshi geçerli kabul etmektedir[51]. Böylece işçinin feshin geçersizliği (haksızlığı) talebiyle açmış olduğu dava reddedilerek, geçerli feshin sonuçlarına hükmedilmektedir[52].

Doktrinde geçerli feshe dönüştürme işleminin bir tahvil niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Dürüstlük kuralına dayandırılan görüş uyarınca tahvilin uygulanması, tarafların ortak farazi iradelerinin bu yönde olmasını gerektirir, bu unsur tahvilin sübjektif koşulu olarak tanımlanmaktadır[53]. Bir diğer görüş de tahvili örtülü boşluğun teleolojik redüksiyonuna dayandırmaktadır[54]. Her somut olayda tarafların ortak iradelerinin fesih işleminin geçerliliği yönünde olduğundan bahsedilemez, nitekim işçi adına haksız feshin sonuçları daha lehedir. Ayrıca iş güvencesi sisteminde, fesih

---

[49] Kanun koyucunun feshin mutlak anlamda geçersizliğini amaçlamadığı yönünde, bkz. Astarlı, **Sınırlandırma,** s. 330.

[50] Mollamahmutoğlu / Astarlı /Baysal, **İş Hukuku**, s. 962; Benzer görüşte, bkz. Centel, **İş Güvencesi,** s. 182; Tazminatın gerçek zararın giderilmesinde yetersiz kaldığı yönünde, bkz. Lyon-Caen, **Genel İlkeler**, s. 290.

[51] Haklı nedenle derhal feshin son çare olması gereğince ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirme yapılarak bu sonuca ulaşılmaktadır, bkz. Alp, **Değerlendirme 2013**, s. 195-196.

[52] Süzek, **İş Hukuku**, s. 732; Narmanlıoğlu, **Kanuna Aykırı Fesih**, s. 557; Savaş**, a.g.e.,** s. 225. Yargıtay ve BAM kararları, Yargıtay 22HD, T. 28.05.2019, 2016/13969 E., 2019/11939 K.; Ankara BAM 5.HD, T. 03.11.2016, 2016/15 E., 2016/15 K.; İstanbul BAM, 28.HD, T. 26.10.2017, 2017/729 E., 2017/1062 K. (www.legalbank.net)

[53] Özbilen, **a.g.e.,** s. 202; Eren, **a.g.e.,** Knr. 946, s. 334; Tahvilin dürüstlük kuralına uygun yorumdan türemesine yönelik görüş ve eleştiriler hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 613, dn. 43.

[54] Akbulut, **a.g.e.,** s. 124.

hakkının geçerli neden olmaksızın kullanılması kadar usule uymadan kullanılması da geçersizlik sonucu doğurmaktadır. Derhal fesih hakkı kullanılırken özellikle savunma alınmasına yönelik usulî düzenlemelere uyulma gereksinimi olmadığından, bu kararla işverenin feshi, usulî yükümlülükleri yerine getirmediği halde geçerli kabul edilmektedir.

Doktrinde ifade edildiği üzere Alman Hukukunda derhal feshin haksız olması durumunda, olağan feshe dönüştürülmesi kural olarak mümkündür, ancak usulî yükümlülüklere uyulmadığı takdirde (savunma alınmaması, toplu sözleşmeyle getirilen bir yükümlülük varsa buna uyulmaması), geçerli feshe dönüştürülme söz konusu olmayacaktır[55]. Yargıtay ise kural olarak burada usulî yükümlülüklere uyulmasını[56] aramamaktadır[57]. Bu sorunu bertaraf edebilmek adına iş güvencesi kapsamında haklı neden ile geçerli nedenle fesihlerde aynı usulün uygulanması gerektiği savunulmaktadır[58].

Kanımızca burada işverenleri yasanın engellemeye çalıştığı bir sonucu dolanarak elde etmeye yönelten bir sonuç ortaya çıkmaktadır. İşveren, eğer belirttiği sebebin haklı neden ağırlığında olmadığını biliyor ve buna rağmen derhal fesih yoluna gidiyorsa, dava sonucunda feshin geçerli olacağına dair hükmü öngörerek işçinin ani bir şekilde işsiz kalmasına neden olacak bu yolu tercih edebilir. İşçi, bu durumda olağan feshin koruyucu mekanizmaları olan ihbar süresinden, yeni iş arama izninden mahrum kalmaktadır. Haklı nedenle feshin ahlak ve iyiniyete uymayan haller kapsamında yapılması ise işçinin işsizlik ödeneğine başvurma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Tüm bu sayılan haller, işçinin haksız fesih nedeniyle uğradığı zararını

---

[55] Tahvil için dönüştürülecek işleme uygunluğun aranacağı ve eğer iş güvencesindeki usule uyulmamışsa tahvilin mümkün olmayacağı görüşünde, bkz. Kılıçoğlu / Şenocak, **İş Güvencesi,** s. 101; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 869; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 196.

[56] Usule ilişkin ilkelere uyulmadığından haksız feshin aynı zamanda geçersiz olacağı yönünde, İzmir BAM, 3.HD, T. 22.05.2018, 2018/778 E., 2018/813 K.

[57] Y9HD, T. 11.03.2015, 2015/1642 E., 2015/10040 K.; Kararın incelemesi için bkz. Şahlanan, **Hafif Kusurlu İşçi**, s. 320-325. Yargıtayın fesih nedeninin hukuki niteliğini belirlemesinin hukuka uygun olduğu görüşünde, bkz. Mehmet Uçum, "İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması (Karar İncelemesi)", **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, s. 385-395, s. 385 vd.(Fesih Nedeni).

[58] Süzek, **İş Hukuku,** s. 632; Ulucan / Eyrenci / Taşkent / Baskan, **a.g.e.,** s. 212; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 199; Savaş, **a.g.e.,** s. 226. Uygulamada çoğu zaman işverenlerin haklı nedende de savunma aldığı, işçinin savunma vermediğinde feshin geçerliliğine karar verilmesi gerektiği görüşünde, bkz. Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 570.

artırmaktadır. Bu nedenle haksız feshin, yalnızca geçersizliğin dönüştürülmesi açısından değerlendirilmemesi, işçinin birçok olumsuz sonuç ile yüzleştiği gerçeğinin göz ardı edilmemesi gerekir.

İş güvencesi için önemli bir değerlendirme olan son çare ilkesi de bu şekilde bertaraf edilme riskiyle karşı karşıyadır[59]. Konuyla ilgili bir BAM kararında, işçi bir takvim yılında 109 gün rapor alarak işe gelmediğinden iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiş, işe iade talebi üzerine ilk derece mahkemesi haklı değil ancak geçerli nedenin varlığını tespit etmiştir. İstinaf yoluna başvuran davalı vekilinin istinaf talebi reddedilirken, işverenin feshi geçerli nedene dayandığından ilk derece mahkemesinin değerlendirmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı ancak son çare ilkesine de uygun davranılmadığı ifade edilmiştir, bu durumda kendi içinde çelişir nitelikte bir karar verilmiş olmaktadır[60]. Bir başka olayda, iş yerinde migren atağı geçirmesi nedeniyle ilaç alıp uyumuş olan gece vardiyasında çalışan işçinin sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiş, BAM incelemesinde ihtar edilmeksizin veya olumsuz bir öngörü oluşturması hususu incelenmeksizin verilen fesih kararının haksız olduğuna hükmedilmiştir. Yargıtay ise somut durumu, haklı neden yoksa bile geçerli neden ağırlığında kabul etmiştir[61]. Kanımızca haklı nedenin geçerli nedene dönüştürülmesine dikkatle yaklaşılmalı, işverenin somut olaya uygulanabilecek ilkeleri gözetip gözetmediği değerlendirilmelidir. Geçerli nedenin varlığını ve ağırlığını tespit ederken değerlendirmeye esas alınan ilkelerin bertaraf edilmesi riski, iş güvencesi sisteminin işlerliği bakımından göze alınamayacak bir risktir. Kanımızca haklı neden oluşturmadığı açık, aşikar olan durumlarda, işverenin olağan feshin hüküm ve sonuçlarını bertaraf etmek için derhal fesih yoluna gittiği somut olaydan anlaşıldığı takdirde, haksız feshin geçerli feshe tahvili yerine feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekir.

İş güvencesi kapsamındaki işçi için, işverenin dava sonucunda işçinin başvurusunu kabul etmemesi halinde dört ila sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi

[59] Konuyu irdeleyen bir karar, bkz. İzmir BAM, 15.HD, T. 03.04.2017, 2017/380 E., 2017/415 K. (www.legalbank.net)
[60] İstanbul BAM, 30.HD, T. 18.04.2017, 2017/485 E., 2017/561 K. (www.legalbank.net)
[61] Y9HD, T. 10.12.2018, 2018/3767 E., 2018/22771 K. (www.legalbank.net)

tazminatını işçiye ödemesi söz konusu olmaktadır. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler ise haksız fesih halinde TBK hükümlerine başvurabileceklerdir. Haksız fesihle sözleşme sona erecek, sözleşmenin türüne göre işveren, bazı sonuçlara katlanmakla yükümlü olacaktır. İş sözleşmesi belirli süreliyse, süre sonuna kadar işçinin kazanacağı ücreti, belirsiz süreli ise de olağan fesih yapılsaydı bildirim süresi olarak verilmesi gereken süre[62] kadar ücreti, işçiye tazminat[63] olarak ödeyecektir[64]. Ayrıca işçi, haksız fesih tazminatına da hak kazanacaktır. Oysaki iş güvencesine tabi işçi, hem feshin geçersizliğini ve işe iadeyi hem de kıdem ve ihbar tazminatı gibi feshin geçerliliği durumunda ödenebilecek alacakları bir arada talep edemeyecektir. Bu nedenle haksız fesih geçerli feshe dönüştürüldüğünde, hükmün ardından işçi tekrar dava açmak durumunda kalacaktır[65].

Elbette bu durum, kanun koyucunun öngördüğü iş güvencesi sisteminin yapısından kaynaklanmaktadır. Bu durumda işçinin yalnızca haksız feshe bağlı alacakları talep etmesi savunulabilir. Oysaki işçinin fesih nedeninin belirlenmesinde hukuki yararı olabilir; işverence fesih esnasında sisteme girilen hatalı çıkış kodunun değiştirilmesi dahi işçinin ekonomik geleceği için önemlidir. Ayrıca bu yolla ilgili karardan sonra işçinin alacağına kavuşması, çok uzun bir süreçte gerçekleşmektedir. Bu nedenle özellikle haklı neden olmadığı açık olan hallerde, işverenin kendi davranışından yarar sağlamaması için kanımızca uygulanacak yaptırım, dürüstlük kuralı uyarınca belirlenmelidir.

[62] TBK ve İş Kanunu'na tabi olan işçiler bakımından bildirim sürelerinin ilgili kanunda hesaplandığı şekliyle tespit edileceği yönünde bkz. Süzek, **İş Hukuku,** s. 728.
[63] Tazminat miktarından kanunda öngörülen bedeller indirilecektir, Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 1510, s. 428,
[64] Bu düzenlemenin olağan fesihte bildirim süresini ve dolayısıyla ihbar tazminatını bertaraf etmesi yönündeki endişeler ve konuyla ilgili İsviçre hukukundaki tartışmalar hakkında bkz. Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 377-380.
[65] İşçinin işe iade davası açmayıp yalnızca iş sözleşmesinin feshinden doğan alacaklarını talep etmesi durumunda söz konusu risk ortadan kalkmış olur, bu yöndeki bir karar için bkz. Antalya BAM, 9.HD, T. 22.06.2017, 2017/1521 E., 2017/1408 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)

2. Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulanmasına İhtiyaç Duyulan Bir Alan Olarak Temel Hakların İhlali

a. Sendikal Nedene Dayalı İşe İade Davası

Sendikal faaliyetin kanunun koruma alanı içinde kaldığı hallerde, işçinin sözleşmesinin sendikal nedene dayanılarak feshedilmesi doktrinde görüş birliği ile kötüniyetli feshin özel bir hali olarak kabul edilmiştir[66]. Yine doktrinde sendikal nedenle yapılan ayrımcılığın, ayrımcılığın özel bir türü olduğu da kabul edilmektedir[67]. 6356 sayılı Kanun m. 25 ile iş ilişkisinin devamında veya sona ermesinde sendikal nedenlerle ayrımcılık yapılması, tüm işçiler için bir tazminat yaptırımına bağlanmış; iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshine özgü olarak, iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın, tüm işçilerin feshin geçersizliği (işe iade) davası açabileceği hüküm altına alınmıştır. Olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğünün şekli bir özgürlük olmaktan çıkıp gerçekten hayata geçirilebilmesi bakımından, günümüzde tüm işçilerin sendikal nedenle feshe karşı korunmaları çok önemlidir[68]. Bu korumanın yalnızca tazminat değil, aynı zamanda feshin geçersizliği yaptırımı ile de güçlü bir şekilde sağlanması, geçersizliğin ise sonuçları bağlamında katılaştırılması, doktrindeki eleştirileri büyük ölçüde gidermiştir.

6356 sayılı Kanun'un yürürlükteki ilk halinde, sendikal nedenle fesihte işe iadeyi ve sendikal tazminatı düzenleyen 25. madde hükmü oldukça eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin temeli iki büyük başlıkta toplanmaktaydı. Bunlardan ilki, sendikal nedenle fesihte işe iade sisteminin, yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçiler için öngörülmesiydi. Maddede İş Kanunu'nun 18. maddesine atıf yapılmakta ve bu haliyle yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçilerin işe iade davası açması mümkün kılınmaktaydı. Nitekim, hüküm hiç bulunmasaydı da, yine İş Kanunu'nun 18.

---

[66] Fevzi Şahlanan, "İş Güvencesi Sistemi İçerisinde Sendikal Tazminat (Karar İncelemesi)"**, İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011**,** s.61.(Sendikal Tazminat); Centel, **İş Güvencesi**, s. 23; Şahlanan, **Toplu İş,** s. 215.

[67] Doğan Yenisey, **Orantılılık**, s. 978.

[68] Centel, **İş Güvencesi**, s. 23-24.

maddesindeki düzenleme gereğince yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçiler işe iade talebinde bulunabileceklerdi. İşK m. 18/3-a uyarınca, sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmanın, fesih için geçerli neden oluşturmayacağı açıkça düzenlenmiştir. 6356 sayılı Kanun m. 25, bu anlamda iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından yalnızca iş güvencesi tazminatı miktarını artırmış ve bunun talebini işe başvurma şartına bağlı olmaktan çıkarmıştır. Kanımızca bu değişiklik, hukuk devleti temelinde bir temel hak olan sendika hakkının korunması bakımından, oldukça büyük bir önem taşımaktadır. Ancak aynı hüküm, ilk haliyle iş güvencesi dışındaki işçileri kapsamı dışında bırakarak bir o kadar eşitlik ilkesine aykırı bir sonuç doğurmaktaydı.

İkinci temel eleştiri ise, sendikal tazminat talebinin ancak "fesih dışında" sendikal ayrımcılık hallerinde talep edilebilmesine yönelik idi. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurusu neticesinde verilen 22.10.2014 tarihli karar ile bu iki eleştiri bertaraf edilmiştir[69]. Mahkeme, m. 25/4'teki "fesih dışında" ibaresi ile m. 25/5'teki "18" ibaresini iptal ederek sendikal tazminat talebinin fesih halinde de ileri sürülmesini ve tüm işçilerin sendikal nedenle işe iade davası açmasını mümkün kılmıştır[70]. Hukukumuzda böylece tüm işçiler kapsama alınmıştır. İşçilerin diledikleri yolu tercih edebilmeleri sağlanmıştır. Bununla birlikte, işe iade davası sonucunda hükmedilen sendikal tazminata hak kazanmak için işverene başvuru şartı da kaldırılmıştır[71]. Doktrinde bu şartın kaldırılmasının isabetli bir düzenleme olduğu, işçinin işe iadeyi istemediği veya işe başvurma süresini kaçırdığı hallerde tazminattan mahrum kalması sonucunu engellediği ifade edilmektedir[72].

[69] AYM 22.10.2014, E.2013/1, K:2014/161, RG: 11.11.2015, S:29529.
[70] Doktrinde Ekmekçi ve Yiğit, belirtilen değişiklikle iş güvencesine tabi olmayan işçilerin mahkemeye yönelttikleri talep sonucunda feshin geçerli bir nedenle yapılıp yapılmadığı değil, yalnızca feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığının değerlendirileceğini savunmaktadırlar, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 594; Ekmekçi, **Toplu İş**, s. 128-129.
[71] Ekmekçi, **Toplu İş**, s. 103.
[72] Baskan, **Sendikal Tazminat**, s. 80.

b. İşyeri Sendika Temsilcilerinin İş Sözleşmesinin Feshindeki Özel Düzenleme

6356 sayılı Kanun uyarınca sendikaların, yetkili oldukları işyerleri ve işletmelerde temsilci bulundurma hakları vardır. İşyerinde işverene karşı sendikanın görünümü olan, özel ve hassas durumda bulunan temsilcinin görevini layıkıyla yerine getirebilmesi için güçlü bir güvenceye ihtiyacı bulunmaktadır. İşçinin sendikayı temsil etmek amacıyla aldığı bu görevi engellemek amacıyla yapılan fesih, hakkın amacına hizmet etmeyen bir fesih olacaktır[73]. Bu doğrultuda Türk İş Hukuku sisteminde feshe karşı korumaya dair en güçlü düzenleme, işyeri sendika temsilcileri[74] için öngörülmüştür[75].

Korumanın tarihi gelişimi açısından kısa bir özet yapılması gerekirse, sendika temsilcilerinden önce 3008 sayılı İş Kanunu ile ilk defa işyeri temsilciliği kurumu düzenlenmiştir. Kanunun 78. maddesine göre kural olarak kanun kapsamına giren her işyerinde, işçi temsilcilerinin seçimi zorunludur. İşçi temsilcileri, mevzuatın kendilerine verdikleri görevler haricinde işyerlerindeki çalışma arkadaşları ile işverenler arasında uzlaşmayı sağlamak, işçi haklarını ilgilendiren konulardaki talepleri işverene iletmek, işverenin yanıtını işçilere ulaştırmak gibi görevleri yerine getirmekle yükümlüydüler. Bu pozisyonları nedeniyle işverenlere karşı bir güvenceye ihtiyaçları bulunmaktaydı. Ancak söz konusu güvence Kanunun ilk halinde mevcut değildi. Bu durum, 5518 sayılı Kanun değişikliği ile giderilmiş ve 3008 sayılı Kanun'un 78. maddesinde temsilcinin iş sözleşmesinin feshedilmesine karşı bir düzenleme getirilmiştir. Fesih halinde İl Hakem Kurulu'nca iş sözleşmesinin feshi

[73] Sendika işyeri temsilcisinin yalnızca feshe değil aynı zamanda işyeri değişikliğine maruz kalması da bu faaliyeti yerine getirememesine sebep olur. Bu durumda işveren fesih hakkını değil, yönetim hakkını kötüye kullanmış olacağından kanun koyucu bu şekilde kullanımı korumamıştır. Kanunda işçinin yazılı rızası olmadıkça işyerini değiştiremeyeceği, yazılı rıza olmaksızın yapılacak değişikliğin geçersiz sayılacağını düzenlemiştir, bkz. 6356 sayılı Kanun m. 24/4.
[74] Amatör sendika yöneticileri de sendika işyeri temsilcisi güvencesinden yararlanırlar.
[75] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 79.

değerlendirilecek ve işten çıkarılmamasına yönelik bir karar verilirse, bu süreçte çalıştırılmamış olsa bile kanuni temsilcilik süresinin devamı boyunca ücret ve sair hakları işverence ödenecektir. İlk defa işe iade mekanizması ve iş güvencesi getiren bu sistem, Türk İş Hukuku bakımından büyük bir yeniliktir. Ancak, 1963 yılında kabul edilen 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile bu güvence, sendikaların işyeri temsilcilerine tanınır hale gelmiştir ve işyeri temsilciliği güvencesini düzenleyen 78. madde yürürlükten kaldırılmıştır[76]. Ardından yürürlüğe giren 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda da işyeri sendika temsilcilerinin durumu özel olarak düzenlenmiş ve koruma devam etmiştir[77].

Kanun koyucu, artık 274 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle iş güvencesini sağladığı işyeri sendika temsilcilerinin sözleşmelerinin feshine, hakkın kötüye kullanılması örneği olarak İş Kanunu'nda yer verme ihtiyacı duymamıştır; bununla birlikte Yargıtay, temsilcilik faaliyeti nedeniyle sözleşmesi feshedilen temsilcinin kötüniyetli fesihle karşı karşıya kaldığını kabul etmektedir[78]. Geçmişten günümüze temsilciliğe yapılan müdahaleler kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir[79]. Sendika hakkının ve sendikanın işyerindeki yetkinliğinin sağlanması için temsilcinin işini ve işyerini korumak önemlidir.

[76] Güzel, **İş Yasası,** s.210.

[77] Sendika profesyonel yöneticileri için ise 6356 sayılı Kanun farklı bir koruma öngörmüştür. Ancak bu koruma, feshe karşı bir koruma niteliğinde değildir. Yönetici olarak seçilen işçinin feshe muhatap olması durumu değerlendirilmemiş, kanun koyucu, yalnızca yönetici olan işçinin fesih iradesini ve kıdem tazminatı hakkının korunmasını düzenlemiştir. Yönetici seçilen işçinin feshe maruz kaldığında nasıl bir yol izleyeceğine dair hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca sendika yöneticiliğine seçilen işçinin iş sözleşmesi, bu göreve gelmesi nedeniyle feshedilmişse, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmalıdır. Yöneticiliğe seçilmek bir sendikal faaliyet olduğundan kanımızca 25. madde kapsamındaki genel sendika üyelik güvencesi kapsamında sendikal işe iade yahut sendikal tazminat davası açılabilecektir.

[78] İşçi temsilcisi olan işçinin, temsilcilik görevi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesinin kötüniyetli olduğu yönünde bkz Y9HD, 01.12.1969, 1969/2909 E., 1969/11223 K. (Naklen: Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s. 400).

[79] Doktrinde Sızmazoğlu, fesih hakkının kötüye kullanılması neticesinde işe iadenin mümkün olup olmadığını değerlendirmiş, mevcut sistemdeki düzenlemenin adalet düşüncesini zedelediğini ancak pozitif hukukun bu yönde olduğunu belirtmiştir. Yazar işe iadenin temsilci işçiler için mümkün kılındığına da dikkati çekmiştir, bkz. Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 107.

6356 sayılı Kanun uyarınca haklı neden olmadıkça temsilcinin sözleşmesi feshedilemez, ki bu durumda ancak bir haklı nedenle derhal fesihten bahsedilecektir[80]. Anlaşılan odur ki, ancak dürüstlük kuralı kapsamında iş sözleşmesine devamın beklenilmez olması durumunda iş sözleşmesi sona erdirilebilecektir[81]. Aynı zamanda kanunda, fesih sebebinin yazılı olarak açık ve kesin bir biçimde gösterilmesi koşulu aranmıştır. Bu koşulları içermeyen feshe karşı temsilcinin açacağı işe iade davası, sonuçları bakımından İşK m. 18 vd. düzenlenen işe iadeden farklı niteliktedir[82]. İşyeri sendika temsilcilerinin sözleşmelerine getirilen geçersizlik yaptırımı, sonuçları bakımından Borçlar Hukukundaki hükümsüzlük yaptırımına benzetilmektedir. Buna karşılık söz konusu düzenlemede dahi, işverene aynen ifa yaptırımı uygulanamaz.

Temsilcinin iş sözleşmesi belirtilen koşulları taşımayacak şekilde işverence feshedilirse, feshin geçersizliği sonucunda dört aya kadar değil, temsilcilik süresini aşmayacak şekilde, fesihle kararın kesinleşme tarihleri arasındaki ücret ve diğer tüm hakların işçiye ödenmesi yönünde karar verilecektir. Temsilcinin işe başvurması yahut başvurmaması fark etmeksizin ücrete hak kazanacak, kesinleşen kararın tebliğinden itibaren işe başvurup da altı işgünü içinde işe başlatılmaması halinde ise iş sözleşmesinin devam ettiği esas alınarak temsilcilik süresince tüm hakları ödenecek, yeniden temsilci seçilmesi halinde de ödenmeye devam edilecektir. İşverenin feshine etkinlik tanınmadığından, ödenecek miktar tazminat değil, ücret niteliğinde olacak ve iş sözleşmesi sona ermiş sayılmayacaktır[83].

---

[80] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 217; İş Kanununun 25. maddesinin son fıkrasına dayanarak, haksız fesih iddiasıyla açılan davadaki geçersizlik ile temsilcinin açacağı haksız feshe dayanan davadaki geçersizliğin farklı olduğu yönünde bkz. Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 346-347.

[81] Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 336; İşyerinin kapanması gibi işçiyi objektif olarak çalıştırabileceği imkanı kalmadığında, işverenin olağan fesih yoluna gidebileceği ve bu halde güvencenin uygulanmayacağı yönünde, bkz. Fevzi Şahlanan, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, S: 39, 2013/4, s. 110-142, s. 128 (Sendikalar).

[82] Centel, **İş Güvencesi,** s. 282; Süzek, **İş Hukuku**, s. 648.

[83] Temsilcilik süresi sona erdiğinde işverenin işe almamasıyla eylemli fesihten bahsedilebileceği yönünde, bkz. Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 348.

c. Sendikal Neden Dışındaki Hallerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması – Farklı Ülke Uygulamaları

(1) Fransız Hukuku

Fransa'da kural olarak feshe geçersizlik yaptırımının uygulanması, ancak kanunla öngörüldüyse mümkün olabilmekte ve gerçek ve ciddi sebebin yokluğu feshin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır[84]. İş ilişkisinde temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik hükümler pozitif hukuk kuralı ile düzenlenmeden önce, işverenin fesih iradesini geçersizlik sonucuna bağlamanın mümkün olup olmadığı tartışılmış[85], Fransız Yargıtayı ilk defa 1988 yılında verdiği *Clavaud* kararıyla, ifade özgürlüğü gibi anayasal temel hak ve özgürlüğün ihlali söz konusu ise, kanunda açıkça hüküm olmadığı hallerde de geçersizlik ve işe iadeye hükmedilebileceği sonucuna varmıştır[86]. Bir başka karar ile ortaya koyulduğu üzere kadın işçinin hamilelik nedeniyle sözleşmesi feshedildiyse, m. 1225-4'te açıkça düzenlenmiş olmasa bile[87], işçi işe iade talebinde bulunabilecektir[88]. Yatay etkiyi reddeden Fransız Hukuku sistemi dahi yasama faaliyetinin yokluğunda temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği fesihlerde geçersizliği mümkün kılarak, bu etkiyi kabul etmiştir.

---

[84] Favennec-Héry / Verkindt, **a.g.e.,** Knr. 668., s. 486; Güzel, **Eleştiri,** s. 306.

[85] Fransız Hukukunda işverenin fesih hakkının hakkın kötüye kullanılması denetimi vasıtasıyla sınırlandığı dönemde, 1948 yılında verilen Raymondis kararıyla, kanunla öngörülen idari karar yolu gözetilmeden işyeri temsilcisi olan işçinin sözleşmesi feshedilmiş, kararda bu feshin geçersiz olduğuna karar verilmiştir; Soc. 03.06.1948; Grévy, **a.g.e.,** s. 103; François Gaudu, "Les nullités du licenciement et le principe pas de nullité sans texte", **Dr. soc.,** 2010, Knr. 8, s. 151 vd.; Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 477, s. 591; Olivier Dupont, **La réintégration du salarié non protégé**, Memoire pour l'obtention du DEA de Droit privé, Lille, 2001, s. 8.

[86] Gaudu, **a.g.m.,** Knr. 13; Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 477, s. 591. Aynı zamanda 2001 tarihli Sosyal Daire kararıyla, yargıcın ancak ilgili hususta pozitif düzenlemenin varlığı yahut bir temel hakkın ihlal edilmesi durumunda feshi geçersiz kılabileceğine hükmedilmiştir, bkz. Cass. soc. 13.03.2001, no:98-46.411 (Çevrimiçi: www.legifrance.gouv.fr); Favennec-Héry / Verkindt, **a.g.e.,** Knr. 668, s. 487; Güzel, **İş Güvencesi,** s. 82.

[87] Doktrinde Gaudu, açıkça öngörülmediği sürece geçersizlik yaptırımının uygulanmayacağına dair görüşün doğru bir yorum olmadığını, bu anlamda geçersizliğin bir yaptırım olup bir karine olmadığını ifade etmiştir, bkz. Gaudu, **a.g.m.,** Knr. 18.

[88] Soc. 30.04.2003; Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 478, s. 592.

Doktrinde belirtildiği üzere iş sözleşmesinin feshinde gerçek ve ciddi sebebin yokluğunda, aynı zamanda fesih kötüniyetli ise her iki durum birleşmekte ve daha ağır bir yaptırımı gerektirmektedir[89]; bu doğrultuda temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil eden hallerin özel olarak korunmasına yönelik pozitif düzenleme yapılmıştır. Yürürlükteki Fransız İş Kodu'nun 1132-1. maddesinde, ayrımcılık yaratan fiil ve sözleşme hükümleri, mutlak emredici bir hükümle yasaklanmıştır. 1134-4. madde ile ayrımcılık sebebine dayanan fesih iradesinin hüküm doğurmayacağı, gerçek ve ciddi sebep olmaksızın sözleşmenin feshedildiğinin işçi tarafından ortaya koyulması halinde, sanki iş sözleşmesi hiç kesintiye uğramaksızın devam ediyormuş gibi işçinin işe iade edileceği hükme bağlanmıştır[90].

İşçiye işe iade ile uğradığı zararın giderilmesi amacıyla tazminat talebi arasında seçim hakkı tanınmıştır[91]; ancak doktrinde belirtildiği üzere burada asıl yaptırım işe iade yaptırımı olup, tazminat ikincil veya tamamlayıcı olarak yer almaktadır; işçi eğer işe iade talep etmezse ikincil yaptırım olarak tazminata hükmedilir. 1235-3-1 hükmüyle tazminatın, işçinin son altı aylık ücretinden az olamayacak şekilde belirleneceği öngörülmüştür[92]. Bu hükümde ayrıca şu hallerde tazminatta işçinin kıdemine göre tespit edilen taban ve tavan sınırlamalarının (m. 1235-3) uygulama alanı bulmayacağı, 2017 tarihli hükümet kararnamesi ile açıkça düzenlenmiştir: (i) temel hak ve özgürlükleri ihlal eden fesihler, (ii) ayrımcı fesihler, (iii) psikolojik veya cinsel taciz nedeniyle yapılan fesihler (iv) kadın ve erkeğin profesyonel eşitliğine dair açılmış bir dava yahut yöneltilmiş bir talep nedeniyle yapılan fesihler, (v) sözleşmenin askıya alındığı hallerde korumaya yönelik düzenlemelere uygun olmayan fesihler ve nihai olarak (vi) açıkça yasa koyucunun "*korunan işçiler*" olarak tanımladığı kişilere yapılan fesihler.

Fransız Yargıtayı, işçinin temel hak ve özgürlüğünün ihlali niteliğinde bir fesih varsa, bu durumda işe iade talep ettiği dava devam ederken başka bir kazancı olup

[89] Dockès, **a.g.m.,** s. 541.
[90] Süzek, **İş Hukuku**, s. 648; Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 206; Fransız hukukunda temel hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda aynen ifaya zorlama yasağının yarattığı zorlukların kısmen aşıldığı yönünde, bkz. Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 386,
[91] Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 206.
[92] Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 480, s. 594; Dockès, **a.g.m.,** s. 543.

olmadığına bakılmaksızın fesihle işe iade arasındaki sürede hak kazanacağı tüm ücretine hükmetmektedir[93]. Ancak fesih nedeniyle kendisine ödenen bir tazminat varsa bu bedel, ödenecek miktardan düşülecektir[94].

(2) İsviçre Hukuku

İsviçre Hukukunda temel hak ve özgürlüklere yönelik fesihlerde, işçi altı aylık ücret tutarını geçmeyen tazminat talebinde bulunabilir. Genel olarak İsviçre BK m. 336'da hem ayrımcı fesihler hem de misilleme fesihleri, fesih hakkının kötüye kullanılması halleri olarak düzenlenmiş olsa da, kanun koyucu cinsiyete dayalı ayrımcılık halinde misillemeye karşı bir koruma getirerek feshin hükümsüzlüğüne olanak tanımıştır[95]. İşçinin işletme içi bir şikayette bulunması üzerine uğradığı fesih, karine olarak misilleme feshi olarak değerlendirilmekte ve geçerli nedeni ispat yükü işverene yüklenmektedir. Bu özel düzenleme, İsviçre BK m. 336 ile öngörülen kötüniyetli fesih sisteminde yer almayan bir ispat yükü getirmektedir[96].

LEg m. 10 ile işçiler, cinsiyete dayanan sebeplerden kaynaklanan misilleme feshine karşı korunmuşlardır[97]. İşçinin işyerinde cinsiyeti nedeniyle ayrımcı bir davranışa maruz kalması halinde, işyeri içinde üstü pozisyonunda olan bir kişiye veya yetkili bir organa bu davranış nedeniyle durumu bildirecektir. Bildirim herhangi bir şekle tabi olmamakla birlikte, açık ve kesin bir biçimde yetkili kişi veya organa iletilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kişinin veya organın kim olduğu düzenlemede gösterilmemiş, doktrinde işçinin üzerinde hiyerarşik gücü olan veya işverenin yönetim yetkisini devrettiği veya bu tür açıklamalara muhatap olmak hususunda yetkili kılınmış

[93] Auzero / Baugard / Dockès, **a.g.e.,** Knr. 479, s. 593.
[94] Marie-Thérèse Lanquetin, "Discrimination", **Répertoire de droit du travail**, Dalloz, 2017, Knr. 406.
[95] Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s.186; Karine Lempen, "L'évolution de la protection contre le licenciement abusif", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2019, s. 88. Belirtmek gerekir ki işçi, bunun yerine LEg m. 5'te öngörüldüğü üzere tazminat talebinde de bulunabilecektir; bkz. Wyler / Heinzer, **a.g.e**., s. 885.
[96] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 671; Doktrinde geçerli sebep ("*motif justifié*") kapsamının çok geniş olduğu, kolaylıkla fesih için başka bir sebep ileri sürülebildiği, son 12 yılda bu maddeye dayanarak yapılan başvurulardan yalnız bir tanesinin istenilen sonuca ulaştığı yönünde, bkz. Lempen, **a.g.m.,** s. 88, dn. 110.
[97] Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s.186.

kişi veya organın yetkili sayılacağı kabul edilmiştir[98]. Doktrinde ayrıca ispata ilişkin zorluk bakımından bildirimin yazılı yapılması yahut tanıklar önünde yapılmasının faydalı olduğuna değinilmiştir[99]. İkinci fıkra düzenlemesine göre, ayrımcılığa uğradığına dair yaptığı başvurunun işletme içinde incelenmesi süresi içinde veya dava dışı anlaşma yolları izlenmesi yahut dava açılması halinde, bu süreçler sonuçlandıktan altı ay sonrasına kadar işçi, iş sözleşmesinin feshine karşı korunmaktadır[100].

Maddenin birinci fıkrası uyarınca sözleşme, bu bildirimi takiben haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde veya fesih, işçinin dava dışı yollara başvurması veya dava açması ardından gerçekleştiyse, feshin hükümsüzlüğüne karar verilebilir[101]. İşçinin bunu talep ettiği hallerde mutlaka fesih bildirim süresi içinde dava açması gerekir; koşulların sağlanması halinde mahkeme, yargılama süreci tamamlanana kadar ihtiyati tedbir olarak geçici işe iadeye de hükmedebilecektir (LEg m. 10/3). Yargılamanın aylar ve hatta yıllar sürebilmesi ihtimaline karşılık kanun koyucu, ihtiyati bir yaptırım öngörmüştür. Yargıç bu yaptırıma kendiliğinden karar vermeyecektir, işçinin talebinin bu yönde olması gerekir. Kural olarak işçi, bu süreçte işe iade talebinden vazgeçip tazminat yaptırımına karar verilmesini talep edebilir; eğer yargıç işçinin geçici olarak işe iade edilmesine karar vermişse, artık işçi bu yöndeki iradesini beyan ederek, sözleşmesini sadece bildirim sürelerine uymak suretiyle feshedebilir. Eğer derhal fesih yoluna giderse, -başkaca bir haklı nedeni olmadığı müddetçe- haksız feshin sonuçları uygulanacaktır (İsviçre BK m. 337d)[102].

Dava sonucunda feshin hükümsüz kılınması yönünde bir karar verilmezse, hükmün etkileri geriye yürümeyecektir; böylece işveren ödediği ücretin sebepsiz zenginleşmeye dayanarak iadesini talep edemez. Feshin hükümsüzlüğüne yönelik davanın reddedilmesiyle, geçici tedbir sona erer[103]. Buna karşılık davanın kabulü halinde, işçinin sözleşmesi feshedilmemiş gibi iş ilişkisinin devam ettiği kabul

[98] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 670; Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s.193.
[99] Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s. 190-191.
[100] Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s. 194.
[101] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 673; Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s. 189.
[102] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 676.
[103] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 674-675; Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s. 197.

edilir[104]. Maddenin 4. fıkrasında ise işe geri dönmek istemeyen işçiye, İsviçre BK m. 336a'da öngörülene benzer nitelikte bir tazminat talep etme hakkı tanınmıştır.

2018 yılında Bern kanton mahkemesinde verilen bir kararda, 336/1-b'de düzenlendiği üzere feshin yasak olduğu analık izni süresinde ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla LEg m. 10'a dayanarak feshin hükümsüzlüğünü talep etmiş ve davacının talebi yönünde hüküm kurulmuş, işe iadesine karar verilmiştir. Bu karar, doktrinde özellikle kadın işçilerin İsviçre'de bu hükme dayanarak başvuru yapabilmelerinin önünü açabilecek bir karar olarak yorumlanmıştır[105].

Ayrımcılık oluşturan muamelenin cinsiyete dayalı bir neden olmaması durumunda hükmün koruması uygulanamayacak, İsviçre BK m. 336 uyarınca kötüniyetli feshin sonuçları uygulanacaktır. Sendikal fesihlerde de benzer nitelikte bir düzenleme yapılması ihtiyacı olduğu, İsviçre'de doktrinde ileri sürülmektedir.

(3) Alman Hukuku

Alman Hukukunda da Feshe Karşı Koruma Yasası kapsamı dışında kalan küçük işletmeler ve bekleme süresi içinde işverenin feshi tartışılmış, çok istisnai durumlarda BGB **§** 242 kapsamında keyfilik ve geçersizlik denetimi yapılabileceği ileri sürülmüştür[106]. Alman Federal İş Mahkemesi, bekleme süresindeki işçinin iş sözleşmesinin, homoseksüel olması nedeniyle feshedilmesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir[107]. Ancak doktrinde **§** 242'nin uygulanmasına çekingenlikle yaklaşıldığı, kapsam dışında olan küçük işletmeler (beş ve daha az sayıda işçi çalıştıran yerler) ve altı aylık bekleme süresinde[108] fesih özgürlüğünün esas

[104] Favre- Moreillon, **a.g.e.,** s. 198.
[105] Lempen, **a.g.m.,** s. 89.
[106] Yine de Alman hukukunda mahkemeler, dürüstlük kuralı vasıtasıyla feshe karşı koruma sistemini şekillendirmiş, hatta koruma kapsamında olmayan işçilere bile uygulanmasını sağlamışlardır, bkz. Waas, **a.g.m.,** s. 621.
[107] BAG (2. Senat), T. 23.06.1994 – 2 AZR 617/93, AP BGB § 242 Kündigung No: 9 (www.beck-online.beck.de), APS/Preis, **Grundlage J,** Knr. 51. Federal Mahkeme, bu feshin temel hak ve özgürlüklere yönelik ve iş ilişkisiyle ilgisiz olduğuna, işverenin karar alma hakkının uygunsuz ve keyfi kullanımı sonucu feshin geçersizliğine karar vermiştir, Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 170.
[108] BAG (6. Senat) T. 12.09.2013 – 6 AZR 121/12, NZA 2013, 1412. (www.beck-online.beck.de)

alındığı ifade edilmektedir[109]. Kapsam dışı olan işçiler bakımından, feshin temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil etmesi durumunda koruma mekanizması olarak kullanılabilecek hem genel hem özel başka düzenlemelerin olmasıyla işçinin işini kaybetmesi riskinin tamamen göz ardı edilmediği doktrinde ileri sürülmektedir[110].

Ayrıca Frankfurt İş Mahkemesi'nin 2019 tarihli bir kararında, henüz Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun güvencesine girmeyen altı aylık bekleme süresinde olan bir işçinin sözleşmesinin feshi, bu düzenlemeye aykırılık bağlamında incelenmiştir. İşçi, işverence bir WhatsApp grubuna eklenmiştir ve kendisi, bu grupta siyahi olan tek çalışandır. Grubun amacı, iletişimin hızlı yürütülmesi olup, gruptaki bir başka işçi siyahilere yönelik rahatsız edici bir görseli bu grupta paylaşmıştır. Görseli gören davacı işçi çok rahatsız olmuş, gönderen kişinin resmi olarak uyarılması ve iş sözleşmesinin her iki tarafı tatmin edecek biçimde sona erdirilmesi yönünde talepte bulunmuştur. Bu hususta hem bölge müdürü, hem insan kaynakları departmanı ile görüşmeler yapılmıştır. Nihai olarak davacı işçinin bu beyanı ile güven ilişkisini zedelemiş olduğu, zaten işten ayrılmak istediğini beyan ettiği ve kuruma aidiyet içinde hissetmediğini ifade ettiği söylenmiş, kendisine hiçbir ödeme yapılmayacağı bildirilmiştir. Mahkeme, güvence kapsamı dışında olmasına rağmen, işçinin misilleme feshine uğradığını tespit ederek, bu feshin BGB **§** 134 ve AGG **§** 16 uyarınca geçersiz olduğuna hükmetmiştir[111].

3. Ara Değerlendirme

Hukukumuzda sendikal nedene dayanan ve haklı sebebi olmayan farklı muamelenin, ayrımcılığın bir türü olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Sendikal nedenle fesihte yapılan ayrımcılığa karşı iş güvencesi esası güdülmeksizin koruma getirilmesine karşılık, işçinin kişisel özelliklerinden kaynaklanan ve ayrımcılık oluşturan hallerde, yalnızca iş güvencesinde olan işçiler korunmaktadır. Sendikal hakların yanında, diğer temel hak ve özgürlükler yahut işçinin kişilik özelliklerine

[109] APS/Preis, **Grundlage J**, Knr. 52-53.
[110] APS/Preis, **Grundlage J**, Knr. 54-55.
[111] ArbG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.11.2019 – 24 Ca 5275/19.

dayanan ayrımcılık sebepleri söz konusuysa, İşK'ye tabi olan işçiler, aşağıda ayrıca açıklanacağı üzere işverene ayrımcılık tazminatı talebi yöneltilebilmekte ve miktarı işçinin en çok dört aya kadar ücreti olarak belirlenmektedir. Diğer kanunlara tabi olanlar için ise TBK m. 434 uyarınca kötüniyet tazminatı talep etmek mümkündür. Sonuç olarak iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler, feshin geçersiz yahut hükümsüz olduğunu ileri sürememekte; sendikal fesihler hariç olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin ihlaline dayanan hallerde, geçersizlik dair bir yaptırım uygulanmamaktadır.

Bu kısımda hem Türk Hukuku hem de karşılaştırmalı hukuktan aktarılanlardan görüldüğü üzere, hem geçersiz hem de haksız feshe geçerlilik tanınmış olup, hükümsüzlük yaptırımının uygulanması istisnai hallerde kabul edilmiştir. Sendikal nedenle işe iade davası ve işyeri sendika temsilcisinin açacağı işe iade davasında, geçersizliğe bağlanan sonuçlar katılaştırılmıştır. Sendika temsilcisinin iş sözleşmesinde, fesih haklı sebebe dayanmaz ve açık ve kesin bir biçimde feshedilmezse, burada öncelikle kararın kesinleşme tarihine kadar; işçinin işe dönme yönünde başvurusu var ise temsilcilik süresinin sonuna kadar sözleşmenin ayakta kaldığı kabul edilerek, kesin hükümsüzlüğe benzer bir sonuç öngörülmüştür. İşçinin, işverene başvuru şartı aranmaksızın, işe iade talep etmeksizin tazminata hak kazanabilmesi mümkün kılınmıştır; bilindiği üzere doktrinde çoğunluğun görüşü, bu imkanın iş güvencesi sistemi içinde de olması gerektiği yönündedir.

Temel hak ve özgürlüklerin kullanılması nedeniyle işverenin feshi, temel hakların ihlali[112] ve fesih hakkının kötüye kullanılmasını teşkil eder[113] . Ancak iş güvencesi kapsamı hariç olmak üzere, Türk Hukukunda feshe konu edilen sebebin temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi halinde fesih geçerliliğini sürdürmektedir[114]. Keyfi olarak yapılan fesihleri önleyemeyen bu sistem[115], işçinin işini ayrımcı nedenlerle kaybetmesini engelleyememekte ve iş ilişkisinde temel hak ve özgürlükleri gereği gibi koruyamamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre ayrım yasaklarını

[112] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması,** s. 146; Alman hukukundaki görüşler için bkz. Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 167-168.
[113] Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 319
[114] Ertürk, **Temel Haklar,** s. 168; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s. 331.
[115] Engin, **İşletme Gerekleri,** s. 21.

düzenleyen İşK m. 5/1'de düzenlenen "ve benzeri sebepler" ifadesi, kişilerin temel hak ve özgürlükleri kapsamında incelenmelidir[116], böylece temel hak ve özgürlüklerin ihlali ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilir. Ancak kanımızca bu değerlendirme yapılsa dahi tazminattan[117] daha güçlü bir koruma sistemine ihtiyaç duyulmaktadır[118]. Doktrinde belirtildiği üzere iş hukukun işçiyi koruma ile yola çıkan bir hukuk dalı olarak artık temel hak ve özgürlükleri koruyan bir yapı içinde yer almaya başladığı kabul edilmelidir[119].

Bir görüşe göre bu durumda temel hak ve özgürlüklere aykırılığın yarattığı geçersizlik, genel hükümler kapsamında ileri sürülmelidir[120]. Doktrinde geçersizliğin feshin karakterine uymadığı ancak tazminat yaptırımının da tek başına yeterli gelmediği[121] ileri sürülmüştür. Ayrıca burada endişe duyulan husus, işçinin yalnızca maddi zararı değildir. Ayrımcı davranışa maruz kalacağı endişesiyle kişisel özelliklerini gizlemesi, hukuki taleplerini ileri sürmekten korkması[122], işyerindeki hukuka aykırılıkların giderilmesini istemekten çekinmesi gibi daha çok çalışma barışını zedeleyecek, kişilik haklarının korunmasına engel teşkil edecek bir sistem içinde çalışma hayatı boyunca sıkışmasının önüne geçilmelidir[123]. İşçi, işsizliğin yoğun olduğu dönemlerde sırf çalışmayı sürdürebilmek uğruna temel hak ve özgürlüklerinden vazgeçmek zorunda kalmamalıdır. 21. yüzyılda yalnızca fiziksel değil aynı zamanda psikolojik risklerin de gözetilmesinin, insani çalışma şartlarının gereği olduğu unutulmamalıdır.

Hem feshin geçerliliğini sebebe bağlayan iş güvencesi sistemi, hem de liberal bir perspektiften hareket eden hakkın kötüye kullanılması sistemini kabul eden

---

[116] Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi**, s. 65.
[117] Bununla birlikte, ayrımcılık tazminatı, kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminata oranla üst sınırı çok daha düşük bir bedele tekabül etmektedir; kötüniyet tazminatında bildirim süresinin üç katı tutarı esas alındığı için kural olarak 6 hafta ile 24 haftalık ücret arasında bir götürü tazminat belirlenmekte, keza sendikal tazminat ise en az işçinin bir yıllık ücreti tutarına denk gelecek şekilde tespit edilmektedir.
[118] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 221.
[119] Tuncay, **Irk ve Etnik Köken**, s. 725, 733; Hande Bahar Aykaç, "Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II (Ed.: Tankut Centel)**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 47-133, s. 54.
[120] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 167.
[121] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 341.
[122] Aykaç, **a.g.e.,** s. 15.
[123] Bu durumun hem iş hem de sosyal hayatı etkileyeceği yönündeki endişelere doktrinde uzun yıllardır değinilmektedir, bkz. Oğuzman, **İş Akdi**, s. 281-282.

ülkelerde, özellikle temel hak ve özgürlüklerin feshe konu edilmesi titizlikle incelenmiş ve önleyici hükümler pozitif hukuka dahil edilmiştir. Yukarıda feshin etkinliğinin tercih edildiği ve hükümsüzlüğün mümkün görülmediği açıklanmıştır, ancak bu durum caydırıcı hükümlere yer verilemeyeceği anlamına gelmemelidir. Zira sendikal nedenlerde işe iade mekanizması katılaştırılmıştır ve kötüniyetli feshi bertaraf etme amacıyla diğer temel hak ve özgürlükler bakımından da bu sonucun mümkün olduğu görülebilmektedir.

Doktrinde Sağlam, Almanya'da İş Hukuku vasıtasıyla anayasal temel hakların yatay etkisinin geliştiğini, ülkemiz bakımından da bireysel başvuru yolu ve AY m. 11 uyarınca hükümlerin kişileri bağlaması özelliğiyle temel hakların korunmasının mümkün olduğunu savunmaktadır[124]. Anayasa Mahkemesi de çalışmamızda yer verilen bireysel başvuru kararlarında değerlendirdiği üzere, feshe karşı koruma kapsamında yargıçların temel hak ve özgürlükleri dikkate alarak, Anayasa'ya uygun yorum yapmaları gerektiğine hükmetmektedir.

Kanımızca temel hak ve özgürlükleri konu alan bir fesih sebebi, tek işçiyi değil birçok işçiyi etkiler. Tek bir kadın işçinin hamileliği nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi ve buna karşılık işverenin yeterli yaptırımla karşılaşmaması, birden çok kadın işçinin işini kaybetmesine sebep olur. Ücretini alamayan tek bir işçinin açtığı alacak davası nedeniyle uğradığı fesih, birçok işçinin sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından işverene "güvence" verecektir. Örnekler çoğaltılabilir, ancak özde anlatılmak istenen aynı noktayı işaret etmektedir: korunmak istenen tek bir işçi değil, adil, dürüst, makul bir çalışma düzenidir. Olması gereken hukuk bakımından daha önce yer verdiğimiz üzere, feshe sebep olamayacak haller arasında temel hak ve özgürlükler sayılmalı ve tüm işçiler için temel hak ve özgürlüklere karşı korumanın öngörüldüğü bir iş güvencesi sistemi, kanun ile güvence altına alınmalıdır.

[124] Sağlam, **a.g.m.,** s. 14.

B. İşe İade Davasında Dürüstlük Kuralı Denetimi

Dürüstlük kuralı, hukukun genel ilkelerinden biri olup usul hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır[125]. Yargılama usulünü düzenleyen HMK'nın 29. maddesiyle, tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü, pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Kanun gerekçesinde, m. 29/1'in, MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralının usul hukukundaki görünümü olduğu belirtilmektedir. Öncelikle dava açma hakkı, dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır[126]. Tarafların mahkemeye yönelttiği her talebin dürüstlük kuralına uygun olması gerekir. Dava açıldıktan sonra tarafların arasında usulî bir ilişki oluşur ve bu ilişki sürecinde tarafların hem birbirleriyle, hem de mahkeme ile aralarındaki süreçte dürüst ve samimi olmaları gerekir[127]. Kişinin davranışı dürüstlük kuralına aykırılık oluşturuyorsa, bu davranıştan kendine yarar sağlaması, yargılama faaliyetinde lehine sonuç doğması mümkün olmayacaktır[128].

Kural olarak feshin geçersizliği ve işe iade talebiyle açılan davalanın niteliği gereğince işçiden, lehine çıkan karar üzerine işe dönmek için başvuru yapması beklenmektedir. İşveren de dava devam ederken yahut başvuru üzerine işçiyi işe davet etmektedir. Bu süreçte tarafların birbirlerine yönelen davranışlarının bir kısmının dürüstlük kuralına aykırı bulunması nedeniyle davanın gidişatı değişebilmektedir.

Kanun koyucu, ILO düzenlemeleriyle paralel olarak davanın sonucunda işçinin işe başlatılmama ihtimaline karşılık bir tazminat öngörmüştür. Aynen ifa yaptırımına gidilemediğinden, bu tazminat vasıtasıyla işçinin korunması amaçlanmıştır. Bu tazminat, ister bir seçimlik hak, ister borca aykırılığın yaptırımı olarak kabul edilsin;

[125] Süha Tanrıver, **Medeni Usul Hukuku,** C: 1, Ankara, Yetkin, 2020, s. 424; Arslan, **a.g.e.,** s. 47.
[126] Arslan, **a.g.e.,** s. 71-72.
[127] Kanun gerekçesinde de, taraf usul işlemlerinde dürüst davranmamanın sonucunda, işlemin sonuç doğurmasının önleneceği belirtilmektedir, bkz. Arslan, **a.g.e.,** s. 48; Tanrıver, **a.g.e.,** s. 427.
[128] Arslan, **a.g.e.,** s. 104 vd.

işverene işe alma yahut almama tercihini sunmaktadır. Hal böyleyken, işçinin dava açma zorunluluğuna karşılık, işveren açısından bir serbesti ortaya çıkmaktadır.

Oysaki işinden edilmiş ve uzun bir dava süreci geçirmiş işçiye, seçenek tanınmamaktadır[129]. İşçi ya feshin geçersiz olduğunu iddia ederek yeniden aynı iş yerine geri dönmek için başvuru yapacak, ya da feshin geçerli olduğunu kabul etmek zorunda kalarak buna bağlı alacakları talep edecektir. İşçiden, bu dava sonucunda işe dönme talebinde bulunması, işverenden bu talebi kabul ederken dürüst, samimi davranması, aynı nitelikte işe iade etmesi gibi beklentiler oluşmaktadır. İşçi ve işverenden beklenen davranış modellerine uymamanın hangi hukuki sonuçlara bağlanacağı, doktrinde tartışma konusu olagelmiştir.

1. "Samimiyet" Kavramı

Feshin geçersizliğinin tespiti davası kabul edilirse, işçinin işe dönmek için başvuru yapması, işverenin işe davet etmesi ve nihai olarak işçinin de işe başlaması gerekir; tüm bunlar kanunda açıkça belirtilerek, belirli sürelere bağlanmıştır (İşK m. 21). Kimi zaman işçi davayı yalnızca ekonomik sonuçlarından yararlanmak için açmakta, bazen işveren de yalnızca yükümlülükleri yerine getirmek uğruna usulen işçiyi işe davet etmektedir. İşçi çoğu zaman uzun süren dava sürecinde başka bir işyerinde çalışmak zorunda kaldığından, dava sonucu lehine karar çıksa dahi işe dönememekte veya dönmek istememektedir. Bu durumda işçinin davadan feragat edebileceği ya da ıslah yoluyla feshin geçersizliği yerine geçerli feshin sonuçlarına yönelik alacaklarını talep edebileceği[130], bunun bir çelişki doğurmadığı ileri sürülmüştür[131]. İşçinin davanın gidişatına göre fikir değiştirmesi de olasıdır.

Yargıtay'ca bu gibi hallerde işverenin işçiyi işe daveti ve işçinin işverene başvurma eylemleri "*samimiyet*" ölçütü ile değerlendirilmeye çalışılmış; hatta kavram,

[129] Arabuluculuk vesilesiyle tarafların bu hususta anlaşabileceği görüşünde, bkz. Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 576.
[130] Y22HD, T. 18.06.2015, 2014/11670 E., 2015/21191 K. (www.legalbank.net)
[131] Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 588; Canbolat, **a.g.m.,** s. 102.

hukuki olmaması nedeniyle doktrinde eleştirilmiştir[132]. Samimiyet kelimesinin Türkçe anlamı "*içtenlik*" olarak belirtilmektedir[133]. Kişinin davranışının altında yatan iradenin samimi olması, kişinin saikinde dürüst olması, gerçek iradesini yansıtması[134] anlamına gelir. Yargıtay'ın kullandığı "*samimiyet*" kıstasına göre, işe dönmek için dava açan ve bu dava sonucunda işverene başvuran işçi, işverende bir güven yaratacak ve dürüstlük kuralı uyarınca, işe dönüp çalışması beklenecektir. Aynı şekilde işçiyi işe davet eden, dürüstlük kuralına uygun davranması beklenen işveren de, aynı veya benzer koşullarda çalışacağı bir işi sunacağına ilişkin bir güven yaratmaktadır. İşte bu noktada Yargıtay, "samimiyet" in olmadığı hallerden bahsettiğinde, kanımızca çelişkili davranışı tespit etmektedir[135]. Burada samimi olma ile kastedilen, kişinin davranışları arasında tutarlılık olmasıdır. Çünkü samimiyete dair kararlarda, kişinin birbirini takip eden aynı olaya ilişkin davranışlarında tutarlı olup olmadığı incelenmiş, buna göre samimi olup olmadığı belirlenmiştir. Bu aşamada aslında yapılan, çelişkili davranma yasağı denetimidir. Çelişkili davranmanın genel açıklamalarına birinci bölümde yer verildiğinden, burada yalnızca iş yargılamasındaki uygulamalar ve doktrin görüşleri incelenecektir. Belirtmek gerekir ki, hayatın akışı içinde çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilmektedir, bu nedenle her olayda kendine özgü bir değerlendirme yapmak gerekir.

2. Dava Sürecinde İşverenin İşe Daveti

İş güvencesi sistemi Türk Hukukunda kabul edildiğinden bu yana, işverenin daveti, sonrasında işe başlatıp başlatmadığı, işe başlattıysa hangi şartlarla ne şekilde başlattığı gibi sorular, yargılamayı oldukça meşgul etmiştir.

---

[132] Sezgi Öktem Songu, "İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II**, (Ed.: Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul, Beta, 2018, s. 135-173, s.136 (Samimiyet).

[133] TDK Sözlük (www.sozluk.gov.tr)

[134] Uygar Bostancı, "İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 16, Aralık 2009, s. 120-129, s. 127.

[135] Aynı görüşte bkz. Öktem Songu, **Samimiyet,** s. 139.

2003 tarihli bir Yargıtay kararında davacı işçi vekili, dava devam ederken işverenin işe daveti nedeniyle dava konusuz kaldığından, vekalet ücreti ile çalışılmayan sürelerin ücretini talep etmiş, mahkeme de bu yönde karar vermiştir. Yargıtay, mahkemece olayın geçtiği tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13/D maddesine göre feshin geçersizliğine karar verilmeksizin çalışılmayan süre ücretine hükmedilemeyeceğinden bahisle, ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur[136]. 2003 tarihli başka bir kararda, davalı işverenin işe iade talebini kabul etmesiyle İşK m. 21'deki boşta geçen süre ücreti ve tazminatlara hükmedilmiştir[137]. Yüksek mahkeme, kanunun yürürlüğe girdiği ilk yıllarda bu konuda farklı görüşlere dayansa da, son yıllarda istikrarlı olarak, işverenin dava devam ederken davayı kabul etmesi yahut işçinin bu süreçte işe başlatılması nedeniyle, davayı açmakta hukuki yararı olduğu düşüncesiyle feshin geçerli olduğuna ve bunun sonuçlarına hükmetmektedir[138].

Doktrinde bir görüş, fesihten sonra işçinin dava açması sürecinde, işverenin dava sonuçlanmadan işçiyi işe davet etmesinin feshe bir etkisi olmadığını ileri sürmektedir. Buna göre mahkeme, feshin geçersiz veya haksız olup olmadığını tespit ederek sonuca bağlayacaktır[139]. Bir diğer görüş ise, bu davanın açılmasının amacının işe devam etmek olması sebebiyle ilk görüşten farklı olarak, işçinin zaten bu davayı açarak işe devam etme niyetini ortaya koyduğunu, buna karşılık işverenin de daveti yaparak aynı yöndeki niyetini beyan ettiğini ileri sürmektedir. Böylece işveren kural

---

[136] Y9HD, T. 08.07.2003, 2003/12444 E., 2003/13125 K. (Naklen: A. Can Tuncay, "İş Güvencesi Karar İncelemesi", **Çimento İşveren Dergisi**, C:18, S:2, 2004, s: 57-60. (Karar İncelemesi)).

[137] Y9HD, T. 15.12.2003, 2003/20176 E., 2003/21941 K. (Naklen: Tepecik, **a.g.m.,** s. 161)

[138] Y9HD, T. 24.03.2016, 2015/27438 E., 2016/7211 K.; Y9HD, T. 29.03.2016, 2016/4371 E., 2016/7697 K. (www.legalbank.net)

[139] Geçerli sebebe dayanıp dayanmadığının fesih anındaki koşullar gözetilerek değerlendirilmesi gerektiği yönünde, bkz. Haluk Hadi Sümer, "İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 4, Aralık 2006, s. 90-94, s. 93 (İşe Davet); Fevzi Şahlanan, "İşe İade Davası Sürerken İşçinin İşe Başlatılması (Karar İncelemesi)", **Karar İncelemeleri Aralık 2004-Ocak 2011**, İstanbul, 2011, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, s. 11 (İşe İade). Yazar, işe iade davasıyla işçinin salt işe başlatılma değil, aynı zamanda feshin geçerli olup olmadığı ve çalıştırılmadığı süredeki ücret talebini de ileri sürdüğünü, bu nedenle işçinin işe başlamasıyla talep konusunun tamamen ortadan kalkmadığını ifade etmektedir. Bununla birlikte doktrinde Öktem Songu da, açıkça dava işverence kabul edilmedikçe veya işçinin feragati söz konusu değilse davaya devam edilmesi gerektiği görüşündedir, bkz Öktem Songu, **Samimiyet,** s. 141; Bu durumda işçi ile işveren arasında yeni bir sözleşme kurulduğunu, yargıcın yargılamayı sürdürmesi ve sonuca hükmetmesi gerektiği görüşünde, bkz. Tankut Centel, "Boşta Kalınan Sürenin Ücreti", **Tekstil İşveren,** S: 283, Eylül 2003, s. 37-38 (Naklen: Öktem Songu, **Samimiyet**, s. 142).

olarak feshin geçersiz olduğunu ve davayı kabul ettiğini ifade etmiş olacaktır[140]. Bu davet üzerine, dava kabul edilmekle sonuçlanmalıdır. Bu görüşe göre işveren davayı kabul etmiş olacağından, yargılama sonucunda hükmedilmesi gereken en fazla dört aya kadar boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatlarının da belirlenmesi gerekmektedir[141]. Üçüncü bir görüş ise, davanın işe iade yönünden konusuz kalacağını, ancak işçinin boşta geçen süre ücretine yönelik talebi hakkında karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[142]. Dördüncü görüşe göre, işe davet edilmekle fesih beyanının geri alınması işçinin rızasıyla mümkün olabilecek; böylece sözleşme devam ettiği kabul edildiğinden dört aya kadar boşta geçen süre ücretine ilişkin talep de konusuz kalmayacaktır[143]. Kanımızca burada işçinin özellikle çelişkili davranışlar sonucunda iş güvencesi tazminatından mahrum kalmaması ve tekrar dava açmaması adına davaya devam edilerek hüküm kurulmalıdır[144]. Ayrıca kanunda parasal sonuçlara hükmedileceği belirtildiği için bu miktarların da açıkça tespiti gerekir.

İşçinin dava devam ederken yapılan daveti kabul etme yükümlülüğü var mıdır? Bir görüşe göre, işçinin böyle bir yükümlülüğü yoktur, işçinin reddi davayı olumsuz etkilememelidir[145]. Başka bir görüşe göre davayı açma amacı işe dönmek olduğundan, işçinin daveti reddetmesi davayı konusuz bırakır[146]. Bu konuda Yargıtay zaman içinde

---

[140] Canbolat, **a.g.m.,** s. 93.

[141] İşverenlerin bu yolu kötüye kullanmalarının engellenmesi gerektiği görüşünde, bkz. Tuncay, **Karar İncelemesi**, s. 60; Canbolat, **a.g.m.,** s. 93.

[142] Ömer Ekmekçi, "Sunulan Tebliğlerin Değerlendirilmesi", **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, İstanbul, Legal, 2005, s. 176-177 (İş Güvencesi); Muhammet Özekes, "Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları", **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, İstanbul, Legal, 2005, s. 131-170, s. 152 (İcra Hukuku); Tuncay, **Karar İncelemesi,** s. 60; Sarper Süzek, "Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi", **Legal İSGHD**, S:35, 2012, s. 57-76, s. 67 (Yargılama Süreci); İşçinin davet üzerine işe başlaması halinde artık işe iadeye veya işe başlatmama tazminatına hükmedilemeyeceği, işçinin feragati halinde boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların da hüküm altına alınamayacağı görüşünde, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 649 ve bu yöndeki Y9HD, T. 11.04.2018, 2017/24328 E., 2018/8364 K.; Y9HD, T. 27.05.2019, 2019/329 E., 2019/12209 K.; Y9HD, T. 25.02.2021, 2021/142 E., 2021/5153 K.

[143] Alpagut, **İş Güvencesi,** s. 243.

[144] Özellikle davetin niteliği gözetilerek her daveti kabul etmek zorunda bırakılmaması görüşünde, bkz. Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1050; Canbolat, **a.g.m.,** s. 100.

[145] Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s. 153; Canbolat, **a.g.m.,** s. 95; Süzek, **İş Hukuku**, s. 642-643; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1049-1050; Yiğit, **Geçersiz Fesih,** s. 1175; Salim Bozok, **İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası**, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 142.

[146] Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 336-337; Alpagut, **İş Güvencesi,** s. 243; Y9HD, T. 13.01.2005, 2004/33309 E., 2005/645 K. (www.legalbank.net); Bu durumda davadan vazgeçme olduğu görüşünde, bkz. Canbolat, **a.g.m.,** s. 104.

çeşitli kararlar vermiş[147], son olarak dava esnasında işveren tarafından yapılan davetin kabul edilme zorunluluğu olmadığına hükmetmiştir[148].

2010 tarihli bir kararda, işçinin yargı kararı güvencesi ile işe başlatılmasını isteme hakkı olduğu vurgulanmıştır. İşverenin daveti, dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmelidir. Yargıtay, özellikle davetin niteliğine vurgu yaparak davayı etkisiz bırakmaya yönelik olup olmadığının araştırılması gerektiği görüşündedir[149]. Kanımızca da, işverenin yaptığı çağrının, dava sürecini olumsuz etkilemek amacı taşıyıp taşımadığı noktasında arada kalan işçiye böyle bir yükümlülük yüklenmemelidir. Doktrinde Ekmekçi ve Yiğit katıldığımız görüşlerinde, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'yla İşK m. 21'e eklenen fıkra gereğince arabuluculuk tutanaklarının anlaşma belgesi olarak sayılabilmesi için işçinin işe başlama tarihi, fesihten itibaren dört aya kadar ücret ve sair hakların parasal miktarı ile işçinin işe başlatılmadığı halde kendisine ödenecek iş güvencesi tazminatının miktarının yazılı olması gerektiğinin düzenlendiği, bu nedenle benzer nitelikte bir hüküm kurulmadıkça işverenin salt işe davetinin, işe başlama yükümlülüğü doğurmayacağını savunmaktadırlar[150]. İşçinin işe başlatıldığı durumlar açısından sorun olmamakla beraber, işe başlatılmadığı hallerde bu içeriği taşımayan hükmün icra edilmesi, problem yaratacaktır. Nitekim, kanun koyucunun düzenlemeyi anlaşma belgesi bakımından da bu amaçla getirdiği kanaatindeyiz.

İşveren işe uygun malzemeleri teslim ederek, eski işine başlatma eylemlerini de gerçekleştirmelidir[151]. İşveren işçiyi, çalışma koşullarında değişiklik niteliği taşıyacak bir başka işe davet ederse, bir görüşe göre işverenin davayı kabul ettiği yine kabul edilmelidir; ancak işverenden, işçinin özelliklerine ve eski işindeki koşullara uygun başka bir işe davet etmesi beklenecektir[152]. Örneğin mühendis olan bir işçiyi, temizlik görevlisi olarak davet etmesi durumunda, işverenin bu daveti yapması

[147] Kararlar için bkz. Öktem Songu, **Samimiyet**, s. 145-146, **Canbolat**, s. 95.
[148] Dava işverence kabul edilmedikçe davanın reddine karar verilmemesi gerektiği hakkında, bkz. Y9HD, T. 05.05.2014, 2014/2273 E., 2014/14184 K. (karararama.yargitay.gov.tr)
[149] Y9HD T. 01.02.2010, 2009/13902 E., 2010/1829 K.; Canbolat, **a.g.m.,** s. 97.
[150] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 648.
[151] Y9HD, T. 19.11.2007, 2007/22435 E., 2007/34423 K. (www.legalbank.net); Canbolat, **a.g.m.,** s. 100.
[152] Canbolat, **a.g.m.,** s. 94.

dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Bu durumda dürüstlük kuralına aykırı olan bu davete geçerlilik tanınmamalı; işçinin kabul edip etmemesi, dava sonucunu değiştirmemelidir. İşçinin haklı menfaatini zedelemek için yapılan bu girişim, hukuk düzenince korunmamalı, yapılacak davetin niteliği gözetilmelidir[153]. Kanımızca böyle bir durumda işçinin, dürüstlük kuralına aykırı biçimde işe başlatılacağını bilerek işe başvurması şartı aranmamalı, işçinin kesinleşen karara karşı işe başvurmaması nedeniyle sonradan feshin geçerli hale geldiği ileri sürülmemelidir. Aksi halde işçinin durumu, işverenin dürüstlük kuralına aykırı davranışı sonucu ağırlaştırılmış olacaktır.

Bazı durumlarda işveren işe daveti usulen yapmakta ancak işçiyi işe başlatmamaktadır. Dava devam ederken tarafların dava dışı protokol imzaladığı bir olayda Yargıtay, "*Davalı işveren işe başlatmadığına göre güven sorumluluğunu gerektirdiği şekilde davacının kaybettiği haklarından sorumlu olmalıdır. Bu nedenle davacının talep ettiği işe başlatmama tazminatı ile işe başlatılmadığı tarihe göre fark kıdem tazminatı isteğinin değerlendirmeye tabi tutularak kabulü gerekir."* yönünde hüküm kurmuştur[154]. 2017 tarihli başka bir kararda, dava sırasında dava dışı imzalanan protokol ile işçi, eski işine davet edilmiş ancak fesih nedeniyle ödenen tazminatların iade edileceği ve boşta geçen süre ücreti yahut iş güvencesi tazminatı ödenmeyeceği kararlaştırılmıştır. Yerel mahkeme, protokol nedeniyle işçilerin işe iadesine karar vermiş ancak işe iadeye yönelik sonuçlara ilişkin hüküm kurmamıştır. Bu davete güvenen işçiler, işe başlatılmamış, işveren çelişkili davranmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, işçinin güvenini zedelediği sonucuna varmış, yerel mahkemenin verdiği kararda işe başlatmama tazminatına hükmedilmediğinden bu yönde kesin hüküm oluşmadığı gerekçesiyle direnme kararını bozmuştur[155]. Yüksek mahkeme görüldüğü üzere işverenin dava devam ederken yaptığı davetin kötüye kullanma amaçlı yapılıp yapılmadığını, kötüye kullanma söz konusuysa, işçinin dava yoluyla elde edeceği

[153] İşçinin daha düşük ücret teklif edilerek işe davet edildiği olayda, işverenin davayı kabul ettiği ve bunun sonuçlarına hükmedilmesi gerektiği yönünde, bkz. Y9HD, T. 14.07.2008, 2007/42753 E. 2008/20175 K.

[154] Y9HD, T. 09.02.2017, 2016/36149 E., 2017/1367 K. (www.legalbank.net)

[155] YHGK, T.19.04.2017, 2015/1588 E., 2017/784 K.; Benzer başka bir kararın incelemesi hakkında bkz. Fevzi Şahlanan, "Feshin Geçersizliği ve İşe İade Davasının Sonuçlarına İlişkin Protokole Uyulmaması" (Karar İncelemesi), **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, s. 216-219 (Protokol).

güvencenin riske atılmaması gerektiğinin altını çizmekte, işçiyi korumaya gayret etmektedir.

3. Davanın Kabulü Sonucunda İşçinin İşe Başvurusu

Kanunun açık hükmü gereğince işçi[156], kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurmadığı takdirde, iş sözleşmesi geçerli olarak feshedilmiş sayılacak ve işveren yalnızca bunun sonuçlarıyla sorumlu tutulacaktır[157]. Hukuk Genel Kurulu'nun yakın tarihli bir kararında belirttiği üzere, yasada başvurunun yapılmasına ilişkin bir usul öngörülmediğinden, başvurunun usulsüz olduğu iddiasıyla geçersiz sayılması mümkün olmayacaktır; "*önem arz eden husus iyi niyetli işe başlama çabasının karşı tarafa ulaştırılmasıdır"*[158]. Ancak işçinin başvurusunun açık nitelikte olması, işe başlama iradesini göstermesi gerektiği ifade edilmektedir; nitekim Yargıtay 2015 tarihli bir kararında, işverene yalnızca işe iadeye ilişkin onanmış hükmün posta yoluyla gönderilmesini başvuru olarak saymamıştır[159].

Yargıtay, işçinin başvuru yapmadığı ihtimale ilişkin açık düzenleme yapılmadığı gerekçesiyle, başvurunun yapılmadığı durumda feshin geçerli olduğuna karar vermekte ve bunun sonuçlarına hükmetmekteydi[160]. İşçinin başvuru yapmaması süreci başa döndürerek, işverenin feshini geçerli hale getirdiğinden, yalnızca geçerli feshin sonucundaki diğer alacaklar talep edilebilecektir[161]. Doktrinde Eyrenci'ye göre başta geçersiz olduğu tespit edilen feshin, işçinin başvuru yapmaması halinde baştan

[156] Başvuru işçinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olmadığından, avukatı tarafından da yapılabilir; bu yöndeki bir karar için bkz. Y9HD, T. 02.12.2008, 2008/45501 E., 2008/32931 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Şahlanan, **Değerlendirme 2008**, s. 169.
[157] Doktrinde Özekes, işçinin parasal sonuçları talep edebilmesi için işe başvuru şartı olması sebebiyle ilamlı icra takibinde dahi işe başvurduğunu belgeleyerek ilam veya ilam niteliğindeki belgeye eklemesi gerektiği görüşündedir, bkz. Özekes, **İşe İade**, s. 71-72. Süzek, parasal alacakların ilamlı icraya konulamayacağı görüşündedir, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 652.
[158] HGK T. 15.04.2021, 2018/(7)9-677 E., 2021/499 K. (www.legalbank.net); Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 659. Başvuru kural olarak işverene yapılmakla birlikte, işverenin vekili olan kimseye yapılması hususunu geçerli kabul eden bir karar için bkz. Y9HD, T. 09.11.2015, 2014/18380 E., 2015/31596 K. (Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 660)
[159] Y9HD, T. 08.12.2015, 2014/21936 E., 2015/34787 K. (Naklen: Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 589).
[160] Y9HD, T. 14.10.2008, 2007/29383 E., 2008/27243 K.
[161] Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 404.

itibaren geçerli sayılmaması gerekir, olması gereken hukuk bakımından burada işçiye dört aya kadar boşta geçen süre ücreti ödenmeli ancak iş güvencesi tazminatına hükmedilmemelidir[162].

Kural olarak m. 21'de işçinin işe başvurusu için öngörülen on günlük sürenin, hükmün kesinleşmesi ile başlayacağı düzenlenmiştir[163]. Ancak uygulamada bazı hallerde kesinleşme beklenmeksizin başvuru yapan işçilere yönelik uyuşmazlıklar çıkmıştır. Doktrinde hükmün lafzı nedeniyle, işverenin kesinleşmeden önce işe başvuran işçiyi işe başlatma yükümlülüğü bulunmadığı, tebliğ tarihinin esas alınmayacağı ileri sürülmektedir[164]. Ancak bu durumun, işçinin işe başlatılmasını engelleyeceği de söylenemeyecektir[165]. Yargıtay, kural olarak işe başvurunun kesinleşen kararın tebliğinden itibaren yapılacağını, ancak işverenin davayı kabul etmesi üzerine işe iade yönünde hüküm kurulan bir dosyada kesinleşme öncesi başvuru yapan işçinin, bu başvurusunun dikkate alınması gerektiğine değinmiş, somut olayın özelliklerini değerlendirmiştir. İşveren davayı kabul edip, dosyayı temyiz etmemiş, işçide bir haklı beklenti oluşturmuştur. Ancak daha sonra, işçinin işe başlatılmama nedeniyle işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretine yönelik icra takibine, sırf kesinleşmeden sonra işe başvuru yapılmadı diye itiraz etmiştir. Yargıtay kararında işverenin bu davranışı dürüstlük kuralına aykırı bulunmuştur[166]. Yine başka bir dosyada, kesinleşme şerhi almadan erken başvuru yapan işçinin bu davranışının samimi olduğu ve durumun aleyhine yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir[167]. İşverenin davayı kabul ederek, işçide oluşturduğu haklı güvenin korunması gerektiği görüşüne katılıyoruz.

İşçinin işe başvurması, işverenin de işe davet etmesi buna rağmen işe fiilen başlamaması durumunda ise nasıl bir yol izlenmesi gerektiği ile ilgili doktrinde farklı

---

[162] Eyrenci, **İş Kanunu,** s. 37.
[163] Aynı yönde, Y22HD, T. 30.06.2020, 2017/36274 E., 2020/8139 K. (Naklen: Çil, **a.g.e.,** s. 653-654).
[164] Centel, **İş Güvencesi**, s. 215; Fatma Burcu Savaş Kutsal, "Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat", **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara, Seçkin, 2017, s. 267-299, s. 273-274; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 346-347; Yiğit, **Geçersiz Fesih**, s. 1162-1163; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 659.
[165] Canbolat, **a.g.m.,** s. 101.
[166] Y9HD, T. 03.12.2015, 2015/32145 E., 2015/34443 K.
[167] Y9HD, T. 07.10.2020, 2016/25551 E., 2020/11050 K., benzer başka bir karar için bkz. Y9HD, T. 21.12.2020, 2016/29812 E., 2020/19206 K.

görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre işçinin sözleşmeyi usulsüz feshettiği kabul edilmelidir; işçi kıdem tazminatı gibi geçerli feshin sonuçlarından da yararlanamayacaktır[168]. Bir başka görüşe göre işveren geçerli bir fesih yapmamış olmasına rağmen hem bunun sonuçlarının doğması, hem de geçersiz feshin sonuçlarına hükmedilmesi hatalıdır[169]. Bir başka görüşe göre, sözleşme bu durumda ilk fesih tarihinde sona ermiş kabul edilmelidir[170]. Yargıtay ise, işe başlamayan işçinin samimi olmadığı, bu nedenle feshin geçerli bir fesih olarak değerlendirileceği yönünde karar vermiştir[171]. İşçinin işe başlama niyeti yoksa[172] ve yalnızca geçersiz feshin parasal sonuçlarından yararlanma amacı güdüyorsa, burada işe başlamak için yapılan başvuru, geçerli sayılmamıştır[173]. İşçinin bu davranışı çelişkili, samimiyetsiz olarak değerlendirilmiştir.

2005 tarihli kararda işe başvurmuş olan ancak sonrasında başka bir işe başladığı için çağrıya cevap vermeyen işçinin işe başvurmak konusunda serbestisi

---

[168] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s.1061-1062; Ahmet Nizamettin Aktay, "İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2006, S:3, s. 103-109, s. 106.(İşe İade); Fatih Uşan, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", **Kamu-İş**, C:10, S:1, 2008, s. 1-47, s. 11 (İşe İade).

[169] İşçinin başvuru yapmasının sembolik bir şekil şartı haline dönüşmemesi gerektiği yönünde, bkz. Bostancı, **a.g.m.,** s. 126; Yiğit, **Geçersiz Fesih**, s. 1169.

[170] Fesih geçerli kabul edildikten sonra dört aya kadar boşta geçen süre ücretine yönelik hüküm kurulamayacağı görüşünde, bkz. Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 589; Mehmet Uçum, "İşe İade Sonunda Dört Aylık Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesinde İşçinin İşe Başvurusunun Yeterli Olup Olmadığı", **Legal YKİ,** S:7, 2008, s. 35-44, s. 40 (İşe İade).

[171] Y9HD, T. 14.10.2008, 2008/29383 E., 2008/27243 K. (Naklen: Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 1062); Y9HD, T. 09.10.2007, 2007/21601 E., 2007/29856 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s. 150-151; Y9HD, T. 14.02.2018, 2015/8980 E., 2018/2758 K. (Naklen: Çil, **a.g.e.,** s. 659-660); Aynı görüşte, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 667.

[172] Doktrinde fesih beyanının geri alınamamasına yönelik istisnalardan birinin karşı tarafın korunması ihtiyacı olduğu, korunan tarafın feshin geçersizliğini ileri sürmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. İsviçre'de ileri sürülen bu görüşe göre, korunmak istenen taraf aynı zamanda sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulduğunu ileri sürerse, bu durumda dürüstlük kuralına aykırılık ortaya çıkar, bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 183, dn. 544'teki yazarlar.

[173] İşçinin işe başlamaması hukuki veya fiili engele dayanmıyorsa, bu durumda başvurunun amaca uygun yapılmamış sayılacağı yönünde, bkz. Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s. 152; Şahlanan, **Değerlendirme 2008**, s. 170; Fevzi Şahlanan, "İşçinin İşe İade Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti" (Karar İncelemesi), **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, s. 167-168 (Samimiyet); Centel, **İş Güvencesi**, s. 214.

olduğu, hakkın kötüye kullanıldığından bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir[174]. İşçinin dava sürecinde başka bir işte çalışması bakımından 22. Hukuk Dairesi, bu durumun işe başlamamasına sebep oluşturabileceği görüşündedir[175]. Hukuk Genel Kurulu da işçinin sırf başka bir yerde çalışmasının, samimi olmadığını göstermeyeceğini bildirmiştir[176].

4. Başvuru Üzerine İşverenin İşe Daveti

İşverenin, hüküm kesinleştikten ve işçi başvuru yaptıktan sonra bir ay içinde işçiyi işe başlatması gerekmektedir. Sürenin dolmasına kısa bir süre kala yapılan davetlerin hukuka uygun olup olmadığı, Yüksek Mahkemece değerlendirilmiştir. 2012 tarihli bir kararda, bir aylık sürenin dolmasına çok az süre kala akşam saatinde işçiye gönderilen içeriği belirsiz davetin sonucunda işçi işe başlamamış ve dört aylık boşta geçen süre ücreti için icra takibi başlatmıştır. İşveren de icra dosyasına para yatırmış, ardından işçinin işe başlamadığı gerekçesiyle haksız ödenen bedelin tahsilini talep etmiştir. Yargıtay, takip tarihi itibariyle borcun muaccel olmaması ve işçinin işe başlamaması gerekçesiyle işverenin davasının kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir[177]. 2021 tarihli bir kararda ise işveren, bir aylık sürenin bitimine üç gün kala işçiye davet göndermiş ve işçiyi bundan 12 gün sonrası için işe davet etmiş olup, süre sonunda işçi işe başlamamıştır. Yüksek Mahkeme, İşK m. 21'deki bir aylık sürenin işverene işçiyi işe davet etmesi için değil, işe başlatması için verilen bir süre olduğunu belirterek, süre bitiminden dokuz gün sonra işe başlatmak için davet etmesini kanuna aykırı ve aynı zamanda samimiyetsiz bulmuştur[178]. Bir başka kararda işçinin dava süresinde başka bir şehre yerleştiğinin işverence gözetilmesi gerektiği ve eski işe davet ederken iki gün süre verilmesinin, işe başlatma hususunda samimi olmadığını

[174] Y9HD, T. 11.07.2005, 2005/20810 E., 2005/24800 K., Davacı işçinin samimi olması gerektiği ancak davanın açılmasına sebep olan işverenin sorumlu tutulması yönünde, bkz. Y9HD, T. 07.04.2008, 2007/30546 E., 2008/7777 K (www.legalbank.net).
[175] Y22HD, T. 10.10.2011, 2011/7048 E., 2011/2559 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[176] YHGK, T. 17.06.2009, 2009/9-232 E., 2009/278 K., Aynı yönde, Y22HD, T. 25.02.2016, 2014/33198 E., 2016/5711 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[177] Y22HD, T. 17.02.2012, 2011/8508 E., 2012/2123 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[178] Y9HD, T. 23.06.2021, 2021/5917 E., 2021/10686 K. (www.legalbank.net)

gösterdiğine hükmedilmiştir[179]. Nitekim doktrinde işçinin başka şehirde olması durumunda makul bir yol süresi verilmesi gerektiği de ifade edilmiştir[180].

Bir görüşe göre dava devam ederken işçiyi işe davet eden işveren, dava sonuçlandıktan sonra davet etmeyerek, işe iadenin parasal sonuçlarına katlanmak isteyebilir. Eğer işçi işe davet üstüne gider ve çalıştırılmazsa, dürüstlük kuralına aykırılıktan bahsedilebileceği ileri sürülmüştür[181]. Kanımızca mevcut yasal düzenleme, işverene çalıştırmak yahut tazminat ödemek yönünde bir tercih hakkı tanımaktadır. İş güvencesi tazminatı da bu "çalıştırmama" eyleminin yaptırımı olduğundan, ortaya çıkan çelişkili davranış dahi olsa işverenin tazminatı ödeyerek işçiyi işe başlatmaması mümkündür. Doktrinde Canbolat'a göre, işçiyi işe başlatmayacağı halde işe davet eden işverene karşı, işçinin güveni korunmalıdır. İşe başlatılacağı inancıyla dava süresince çalıştığı işinden ayrılan işçi, ihbar ve kıdem tazminatı gibi yoksun kaldığı alacaklarını çelişkili davranan işverenden talep edebilmelidir[182]. İşçinin çalışacağı belirtilen koşullardan farklı işlerde çalıştırılması durumunda da aynı sonuca gidilmelidir. Kanımızca, söz konusu ihtimallerde işçide oluşturulan makul beklentiye aykırı bir sonuç doğduğundan, dürüstlük kuralı gereğince çelişkili ve kötüniyetli davranışın korunmaması ve işçinin eski işine başlayacağı inancıyla yaptığı masrafları, güven sorumluluğu kapsamında talep edebilmesi gerekir. Çünkü işverenin işe başlatmamasıyla, sözleşme işverence feshedilmiş sayılacak ve bunun sonuçları uygulanacaktır. Burada talep edilebilecek zarar ise olumsuz zarar olmalıdır[183], işçinin sözleşmenin sürdürüleceğine güvenmesi nedeniyle yapmış olduğu masraflar bu bağlamda talep edilebilmelidir; örneğin o işverene ödemiş olduğu ihbar tazminatı veya cezai şart[184] yahut iş için yaptığı harcamalar[185] bu kapsamdadır. Ancak dava devam ederken çalışmakta olduğu işyerinden ihbar tazminatı ve kıdem tazminatını hak ederek ayrılacağına dair öngörü,

[179] Adana BAM 7.HD, T. 01.10.2020, 2018/3779 E., 2020/1395 K. (Naklen: Çil, **a.g.e.,** s. 663-665).
[180] Şahlanan, **Değerlendirme 2008,** s. 170.
[181] Canbolat, **a.g.m.,** s. 101.
[182] Canbolat, **a.g.m.,** s. 101-102.
[183] Olumsuz zarar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar,** İstanbul, Beta, 2008, s. 38 vd.
[184] Ergüne, **a.g.e**., s. 297.
[185] Ergüne, **a.g.e.,** s. 290-291.

her daim kesin olarak gerçekleşmeyebilir[186]. Bu nedenle ara dönemde çalıştığı işvereninden alamadığı ihbar ve kıdem tazminatlarının olumsuz zarar olarak talep edilmesi, kanımızca mümkün değildir.

Bazı durumlarda işçinin işe davet edilmesi ile gerçekten işçiyi çalıştırma niyeti arasında bağlantı tespit edilememektedir. Yargıtay'ın 2020 tarihli bir kararında, işçinin hangi işe başlatılacağı, ne kadar ücret alacağı gibi hususlar açık ve anlaşılır şekilde belirtilmediğinde, işverenin davet yönünden üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirdiğinin söylenemeyeceğine, davetin samimi olmadığına karar verilmiştir[187]. Hukuk Genel Kurul kararına konu bir olayda ise, işçi dava sonucu başvuru yapmış, işverence kabul edilen başvuru üzerine işyerine gittiğinde saatlerce bekletilmiş, boşta geçen süre ücreti üstündeki blokenin kaldırılması için belge imzalaması istenmiştir. İşverenin belirtilen şekilde davranması, samimi olmadığı hatta işçiyi yıldırmaya çalıştığı yönünde kanaat oluşturduğundan, davalı işverenin temyiz itirazı reddedilmiştir[188]. Bir başka kararda işçi davet edilmiş, Cuma namazı saatine denk geldiği için bekletilmiş, öğleden sonra yeniden gelmesi istenmiş, bunun ardından işe başladığına dair bir yazı imzalanması istenmiş, evrakı imzalamazsa işe başlatılmayacağı söylenmiş, işe nerede başlayacağı yahut sigorta yapılıp yapılmayacağı gibi sorulara cevap verilmemiştir. Bu durumda Yüksek Mahkeme, işçinin işe başlatılmadığına hükmetmiştir[189].

Bir başka kararda ise işçi noterden ihtarname ile işe başlama başvurusunda bulunmuş, ancak daha sonra işverence gönderilen davet mektup zarflarının içinin boş olduğunu iddia etmiştir. Yargıtay'a göre boş mektup zarfı gören işçinin dürüstlük kuralı uyarınca süre sonuna kadar hareketsiz beklememesi gerekir, bu nedenle feshin geçerliliğine hükmedilmelidir[190].

---

[186] Kıdem ve ihbar tazminatı, işverenin uyandırdığı güvenin doğrudan neticesi olarak değerlendirilmemelidir, ayrıca bkz. Ergüne, **a.g.e**., 287.
[187] Y22HD, T. 20.01.2020, 2016/27258 E., 2020/737 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[188] YHGK, T. 27.06.2018, 2016/22-2587 E., 2018/1272 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[189] Y9HD, T. 26.05.2021, 2021/5301 E., 2021/9585 K. (karararama.yargitay.gov.tr)
[190] Y9HD, T. 22.09.2020, 2016/23817 E., 2020/8718 K. (Naklen: Çil, **a.g.e.,** s. 649-650).

Kural olarak davetin, işverenin aynı işyerine ve aynı işine yönelik yapılması gerekir[191]. Uygulamada işverenlerin dava sonrasında, işçileri eski işlerinden farklı işlere davet ettikleri veya yerleştirdikleri görülmektedir. 2016 tarihli bir kararda, "*Kural olarak işçi, geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve işte işe başlatılmalıdır. İşçiye önceki koşulların tam olarak sağlanması ve aynı parasal hakların ödenmesi gerekir. İşçi eski coğrafi işyerine davet edilmelidir. İşçinin başka bir coğrafyadaki aynı işverene ait işyerinde işe başlamak zorunluluğu bulunmamaktadır. İşçinin eski işine verilmesine rağmen iş koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesi de ancak işçinin rızası ile olabilecektir. Kural bu olmakla birlikte işçinin açtığı işe iade davasında feshin geçersizliğine işverenin feshin son çare olması ilkesine uymadığı gerekçesiyle karar verildiği durumlarda başlatılacak iş ister istemez aynı iş ve ya işyeri olmayacaktır. Zira bu şekilde tespitte işçinin önceki işine veya işyerine (işyeri nakli-bölüm kapanma -sağlık nedeni vs. gibi) verilemeyeceği kabul edilmekte ancak işverenin işçiyi başka bölümde değerlendirme hakkı olduğu bu nedenle feshin geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Böyle durumlarda işçinin önceki işe ve işyerine işe iade olanağı kalmadığı için işverence öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik yaratmadan iş teklifi yapmalı, bu olanak yoksa o zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunmalıdır. İşçinin işverenin değişiklik teklifini kabul etmemesi durumunda eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak işe iade için başvurusunda samimi olmadığı geçersiz yapılan feshin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. İşverenin yeni iş teklifi iş şartlarında esaslı değişiklik yaratıyor ise bu durumda işveren 4857 sayılı Kanunun 22.maddesi uyarınca hareket etmeli ve değişiklik" "feshine gitmelidir. Bu durumda değişiklik geçerli nedene dayanmayacağından, bu fesih tarihi itibariyle işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ödenmelidir.*" yönünde karar verilmiştir[192]. İşçinin işe iade kararının ardından geri dönmesi, asgari olarak eski işine ve eski şartlarına dönmesi anlamı taşır[193]. Kanımızca işveren işçiye bundan farklı nitelikte bir iş teklif ediyorsa, bu durumda davetin hukuka uygun olmadığından

[191] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 662.
[192] Y7HD, T. 26.04.2016, 2015/1347 E., 2016/9319 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[193] Eski işi ve eski şartları mevcutsa, başka bir işyerine davet edilmemelidir, bkz. Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 662; Uçum, **İşe İade**, s. 87; Sarıbay, **a.g.e.,** s. 222; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 590.

bahsedilmelidir. İşverenin yapılan başvuruyu kabul ettikten sonra, çalışma şartlarında aleyhe esaslı değişiklik teşkil edecek biçimde işçiyi bir başka işe yerleştirmek istemesi, "işe iade" kavramını karşılamayacaktır. Döndükten sonra esaslı değişiklik teşkil edecek bir teklifin ise İşK m. 22'ye göre yapılması gerekir[194].

Doktrinde Ekmekçi / Yiğit, işçinin holding bünyesindeki şirketlerden veya grup şirketlerinden birine işe başlamak üzerine davet edilmesi durumunda, bu davetin işçi tarafından kabulünün zorunlu olmadığını ifade etmişlerdir[195]. Yüksek Mahkemenin birim kapatılması nedeniyle böyle bir davette bulunan işveren bakımından, davetin iş sözleşmesinin devri niteliğinde olduğu ve işçinin değişikliği kabul etmediği halde işverence işe başlatmış olunmayacağı yönünde hüküm kurmuştur[196].

İşçinin işe geri dönmesini zorlaştıracak, işe iade sonucu işçiyi cezalandırmaya yönelen değişiklik teklifleri, dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilmelidir. İşçinin sözleşmesinde başka ülkede görevlendirilebileceğine ilişkin bulunan kayıtlara sınırsız geçerlilik tanınmamalı, işe iade davası sonrası yeni ülkede görevlendirilmek isteniyorsa da, ücret, çalışma koşulu gibi unsurların en az eski çalışma şartlarına denk olduğu işverence ispatlanmalıdır[197].

Söz konusu değişiklik denetimi, ücret bakımından da yapılmaktadır. Yüksek mahkeme, işçiyi eski ücretinden işe başlatacağını bildiren işverenin bu iradesinin, kanundaki düzenlemeye uygun bir davet olmadığını ifade etmiştir: "…*İşverenin işe davete dair beyanının da ciddî olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez…"*[198]. Eğer dava süresinde işçinin kıdemi, yeterliliği, performansına sahip işçiler için ücret artışı yapılmışsa, çalışma koşulları objektif olarak buna göre belirlenmelidir. İşe başlama -yahut başlatmama- tarihindeki

[194] Y9HD, T. 20.09.2014, 2012/35459 E., 2014/28437 K. (Naklen: Engin, **Değerlendirme 2014**, s. 152); Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 590, dn. 1817.
[195] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 663.
[196] Y9HD, T. 21.03.2016, 2014/35250 E., 2016/6633 K. (karararama.yargitay.gov.tr)
[197] Y22HD, T. 18.02.2020, 2016/29920 E., 2020/2782 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[198] Y9HD, T. 08.05.2019, 2017/18305 E., 2019/10306 K., Y9HD, 08.05.2019, 2017/18306 E., 2019/10304 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)

güncel ücret esas alınmalıdır. Eğer işçi işe başlatılmazsa, bu tarih itibariyle işverence sözleşme feshedilmiş sayılacağından, kıdem tazminatı, işe başlatmama tazminatı gibi taleplerin bu tarihteki emsal ücret esas alınarak ödenmesi gerekir[199]. 2020 tarihli bir BAM kararında ise işçinin fesih tarihindeki ücretle işe başlatılması ve iki aylık deneme süresi öngörülmesinin işverenin samimi olmadığını gösterdiğine hükmedilmiştir[200]. Yargıtay ise 2021 tarihli bir kararında, işçinin fesih tarihindeki ücretine zam yapılmadan, aynı bedel üzerinden işe başlatılmasının işverenin samimi olmadığına işaret etmesi için, işyerinde fesih tarihinden itibaren genel zam yapılıp yapılmadığının araştırılması gerektiğine yönelik hüküm kurmuştur[201].

Şarta bağlı davetler de geçerli sayılmamalıdır, uygulamada işçiye ödenen bazı alacak kalemlerinin iadesi şartıyla işe başlatılacağı yahut eğitim veya sınava tabi tutulacağına dair şartlar işverenlerce ileri sürülmekte ve kararlara konu olmaktadır[202]. Sarta bağlı davet yapılması durumunda, işe başlatma daveti usule uygun bir davet olarak sayılmamakta ve işveren, işe başlatmamanın hukuki sonuçlarından sorumlu tutulmaktadır[203].

5. Dava Sürecinde İşyerinin Kapatılması

Yargıtay, fesihten sonra işyerinin kapanmasının işe iade davasının sonuçlarının infazına ilişkin bir sorun teşkil ettiği ancak dava sürecini konusuz bırakmadığı görüşündedir[204]. Doktrinde de bu görüşü savunan yazarlar ile birlikte, işçinin iade edileceği bir işyeri kalmadığından, işe iade sonucuna hükmedilmemesi gerektiği görüşünde olan yazarlar vardır[205]. Eğer işçi, işyeri kapandığı için başka bir işyerine

[199] Y22HD, T. 12.02.2018, 2017/3353 E., 2018/2812 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[200] İstanbul BAM 27.HD, T. 21.10.2020, 2018/1734 E., 2020/1964 K. (Naklen: Çil, **a.g.e.,** s. 662-663).
[201] Y9HD, T. 16.02.2021, 2020/9003 E., 2021/3923 K. (karararama.yargitay.gov.tr)
[202] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 664-665; YHGK, T. 01.10.2014, 2013/22-1158 E., 2014/743 K.; Y9HD, T. 23.02.2017, 2017/3537 E., 2017/2503 K. ; Y9HD, T. 07.10.2019, 2016/7527 E., 2019/17412 K.
[203] Y9HD; T. 22.06.2017, 2015/11533 E., 2017/11125 K. (karararama.yargitay.gov.tr)
[204] Y9HD., T. 25.12.2006, 2006/27396 E., 2006/34577 K; çeşitli kararlar için bkz. Sarıbay, **a.g.e.,** s. 242-244; Aynı görüşte,; Manav, **Geçersiz Fesih,** s. 411; Süzek, **İş Hukuku**, s. 643; Astarlı, **Değerlendirme**, s. 305-306.
[205] Alpagut, **İş Güvencesi**, s. 244; Yargılama giderleri ve çalıştırılmayan süre ücreti bakımından davaya devam edilmesi gerektiği görüşünde, bkz. Ekmekçi, **Dava Süreci**, s. 137.

davet ediliyorsa, daveti kabul etme zorunluluğundan bahsedilemez[206]. Yargıtay, Gebze'deki depoda çalışırken iş sözleşmesi feshedilen işçinin, işe iade kararından sonra, deponun kapanması nedeniyle kendisine Büyükçekmece'de iş teklif edilmesini çalışma koşulunda değişiklik olarak incelemiş ve işçinin görevlendirdiği yerde çalışmayı kabul etmemesinin, samimiyetsizlik anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir[207]. Ayrıca geçersiz feshin ardından, sırf işyerini kapatıp başka bir yerde çalışmayı önermesi nedeniyle feshin geçerliymiş gibi değerlendirilmesi de dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır[208].

İşçinin halihazırda uzun süren işe iade sürecinin ardından işyerinin kapatılması nedeniyle başvuru yapması, işverenin işe başlatmaması, yeniden iş güvencesi tazminatının icrası için bir sürece girmesi belki de bu süreçte işverenin iflası yahut borcun tahsil edilebileceği menkul yahut gayrimenkul değerini, malvarlığını elden çıkarmış olması gibi durumların, usul ekonomisine hizmet etmediği aşikardır. Ayrıca doktrinde ifade edildiği üzere işverenin işyerini kapatıp bir başka tüzel kişilik bünyesinde farklı bir işyeri kurması da mümkündür[209]. Kanımızca *de lege feranda* feshin geçersizliğinin ileri sürüldüğü bu gibi durumlar da göze alınarak, mutlaka işçiye işe iade yerine tazminat talebi hakkı sunulmalıdır[210].

[206] İşverence işe iade edilmediğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde, bkz. Süzek, **İş Hukuku,** s. 622; Sarıbay, **a.g.e:,** s. 243-244.
[207] Y9HD, T. 18.03.2019, 2015/35204 E., 2019/5919 K.
[208] İşverenlerin işyerlerini kapatıp yeni yerde faaliyeti sürdürmelerine neden olabileceği görüşünde, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 644; Centel, **İş Güvencesi**, s. 148-149; Özkaraca, **Eleştiri**, s. 111; Astarlı, **Değerlendirme**, s. 306-308.
[209] Sarıbay, **a.g.e.,** s. 242.
[210] Aynı yönde, bkz. Kadriye Bakırcı, "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:2, Haziran 2006, s. 114-121, s.116.

C. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Dürüstlük Kuralı Denetimi

1. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Kanun Koyucunun Öngördüğü Şartlar ve Şartların Niteliğine Dair Görüşler

İş Kanununun 11. maddesinde kural olarak süreye bağlanmamış sözleşmelerin belirsiz süreli sayılacağı, bazı şartlarda yapılan sözleşmelerin belirli süreli iş sözleşmesi olarak adlandırılacağı düzenlenmektedir. Hüküm, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabileceği koşulları sınırlandırmıştır[211]. Bu sınırlama, belirli süreli iş sözleşmesinin belirlenen süre sonunda kendiliğinden sona ermesi, olağan fesih yoluyla sonlandırılamaması, bu sözleşmeyle çalışan işçinin iş güvencesinden yararlanamaması gibi sebeplerin yarattığı uygulama sorunlarının bir sonucudur[212]. 4857 sayılı İşK döneminden önce belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin bir sınırlama bulunmamakla birlikte, bu alandaki eksiklik, yargılama vasıtasıyla giderilmeye çalışılmıştır. O dönemde çeşitli kararlarla, işin niteliği itibariyle belirli süreli olup olmadığı değerlendirilmiş ve böylece iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından hangi hükümlerin uygulanacağı tespit edilmiştr. Bu yolla, işverenin sözleşme yapma hakkını kötüye kullanması engellenmeye çalışılmıştır[213].

Yalnızca ülkemizde değil, diğer ülkelerde de belirli süreli iş sözleşmesini yapma koşulları belirli hallere hasredilerek sınırlanmış, bu sözleşme tipinden doğan uygulama sorunlarını giderme çabası, uluslararası düzenlemelere de yansımıştır. 158

[211] Belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılmasının hukuki dayanakları hakkındaki görüşler için bkz. Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 43 vd. Yusuf Yiğit, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestîsi ve Bu Serbestînin Sınırları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 14, S: 2, 2012, s. 101-166, s. 103 (Belirli Süreli); Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 312; Süzek, **İş Hukuku,** s. 250.

[212] Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 31; Güzel, **Değerlendirme 2005**, s. 19; Aziz Can Tuncay, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011,** Ankara, Kamu-İş, 2013, s. 1-98, s. 43 (Değerlendirme 2011); Özdemir, **İspat Yükü,** s. 105; Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 314; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 53.

[213] Münir Ekonomi, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Hukuka Uygunluğu", **Belirli Süreli Hizmet Akilerinin Hukuki Sorunları**, İstanbul, 1979, s. 16 (Belirli Süreli); Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 54-55; Alpagut, **Feshe Karşı Koruma**, s. 84. Yargıtay, yasada bir sınırlama getirilmeden önce, işverenin belirsiz süreli sözleşmeyi objektif nedenlerin yokluğunda belirli süreli iş sözleşmesine dönüştürmesini, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir, bkz. Y9HD, T. 16.09.1993, 1993/1719 E., 1993/13030 K. (Naklen: Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s. 94-95).

sayılı ILO sözleşmesi ve 99/70 sayılı Belirli Süreli İş Sözleşmesi Hakkında Avrupa Birliği Çerçeve Yönergesi'nde de belirtildiği gibi, işçi, belirli süreli iş sözleşmesi düzenlemesiyle dürüstlük kuralına aykırı olarak iş güvencesinden yoksun bırakılmayacaktır[214]. 158 sayılı Sözleşme'ye yönelik 166 sayılı Tavsiye Kararında, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması bakımından işin niteliği, işçinin menfaati gibi şartların değerlendirilmesi gerektiğine değinilmektedir (m. 3). Tavsiye Kararında değinilen bu şartların bir kısmı, 4857 sayılı İşK m. 11'de "objektif koşul" olarak yer almıştır. Yargıtay kararlarında da Yönerge hükümleri yorumlamaya yardımcı ölçüt olarak ele alınmaktadır[215].

Belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması hem maddi hukuk hem de şekli hukuk anlamında bazı şartlara tabi tutulmuştur. Şekli sınırlama, sözleşmenin yazılı yapılmasıdır. İşK m. 8 ile m. 11 arasındaki düzenleme farklılıkları nedeniyle tüm belirli süreli iş sözleşmeleri mi yoksa yalnızca bir yıldan uzun süreli belirli süreli iş sözleşmeleri için mi yazılılığın şart koşulduğu oldukça tartışmalıdır[216].

Bu konudaki bir diğer tartışma da yazılılık şartının geçerlilik koşulu mu, yoksa ispat koşulu olarak mı değerlendirileceği yönündedir[217]. Bir görüş yazılılığın ispat koşulu olduğunu ileri sürmekte[218], diğer görüş ise geçerlilik koşulu olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır[219]. Ancak bu durumda geçersizliğin kesin hükümsüzlük olarak kabul edilmesi, iş hukukunun işçiyi koruyucu mahiyetine uygun düşmeyecektir. Fransız İş Kodu m. 1242-12'de yazılı olmayan belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli addedileceği açıkça düzenlenmiştir[220]. Alman

---

[214] Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 68-69; Kabakcı, **a.g.m.,** s. 130; Ayrıntılı bilgi için bkz. Süleyman Başterzi,"Avrupa Birliği Konseyi'nin 99/70 sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanunun Öngördüğü Sistem", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara 2006, s. 119-191 (Yönerge).

[215] Süleyman Başterzi, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi 'İşçinin Haklı Menfaati'", **DEÜHFD**, C:15, Özel Sayı, 2014, s. 423-449, s. 442 (Objektif Neden).

[216] Tartışmalar ve görüşler için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli,** s. 92-98; Süzek, **İş Hukuku**, s. 324-325; Bir yıl ve daha uzun süreli iş sözleşmelerinde şekil şartı getiren hükmün geçerlilik şartı olduğu yönünde, bkz. Tuğ, **a.g.e.,** s. 17-19.

[217] İspat ve geçerlilik koşulları arasındaki farklar için bkz. Özbilen, **a.g.e.,** s. 49 vd.

[218] Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 21, dn. 54-55'teki yazarlar, s. 23; Eyrenci, **İş Kanunu**, s. 26; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli,** s. 93, dn. 305'teki yazarlar; Özbilen, **a.g.e.,** s. 339.

[219] Süzek, **İş Hukuku,** s. 325.

[220] Danielle Corrignan-Carsin, "Contrat de travail a durée déterminée", **Répertoire de droit du travail**, Dalloz, 2012, Knr.32.

Hukukunda da yazılılık şekil şartı olup, Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kanunu (TzBfG) § 16 ile şekle uymayan sözleşmelerin belirsiz süreli sayılacağı düzenlenmiştir. Türk Hukukunda doktrinde yazılı şekilde kurulmayan belirli süreli iş sözleşmelerinin, belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi görüşü baskındır[221]. Belirsiz süreli olarak değerlendirilme, kendine özgü bir geçersizlik türü olup, bu sonuca şekli kuralın amaçsal yorumuyla ulaşılmaktadır[222]; bu yaptırıma ilişkin ayrıntılı açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

Doktrinde tartışmalı[223] olmakla birlikte belirli süreli iş sözleşmeleri, belirli süreli işlerde veya belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi[224] objektif koşullara bağlı olarak yapılır. İş Kanunu'nun 11. maddesini kanun koyucunun düzenleme şeklinden, sözleşmenin ilk defa yapılması halinde bu objektif koşulların[225] arandığı sonucu çıkmaktadır. Bu koşulların yer almaması halinde

---

[221] Ekonomi, **Belirli Süreli**, s. 18; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli**, s. 94; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 192 vd.; Ali Güzel / Ercüment Özkaraca / Deniz Ugan, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:1, İstanbul, Beta, 2011, s. 547; Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 332-333; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 54; Alman hukukunda da belirsiz süreli sayılma yaptırımının açıkça düzenlendiği yönünde, Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 536; Asgari süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilebileceği yönünde, bkz. Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 13; Alpagut, **Güncel Sorunlar**, s. 134; 136; Alp, **Değerlendirme 2013,** s. 184.

[222] Doktrinde Altaş, kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanan hallerin hakim tarafından re'sen incelendiğini, hem kesin hükümsüzlük sonucu bağlayıp hem de re'sen nazara alınmayacağını ileri sürmenin tutarlı bir savunma olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre, yargıç tarafından re'sen değerlendirilen her durum, şekli kuralın amacına ve sözleşme özgürlüğüne hizmet etmeyebilecektir, bkz. Altaş, **Şekle Aykırılık,** s. 134. Aynı sonuca tahvil yoluyla da ulaşılabileceği hakkında, Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Belirli Süreli,** s. 101; Ancak tahvilde tarafların farazi iradeleri değerlendirildiği için belirsiz süreli sözleşme yapma iradesine her zaman ulaşmanın mümkün olmadığı yönünde bkz. Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 334.

[223] Doktrinde Taşkent, Kanundaki ifadelerin anlamsız olduğu ve sözleşmenin belirli süreli olarak kurulması için objektif koşulun aranmadığı görüşünü savunmuştur, bkz. Taşkent, **Değerlendirme**, s. 52; Savaş Taşkent, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:9, Mart 2008, s. 14-22, s. 16-18, 21 (Belirli Süreli).

[224] İşçinin haklı menfaatinin korunması amacıyla da belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği yönünde, bkz. Başterzi, **Objektif Neden**, s. 437 vd.

[225] Hükmün ilk fıkrasında yer alan objektif koşul ile ikinci ve üçüncü fıkralarındaki esaslı neden kavramlarının aynı anlama geldiği yönünde, bkz. Gülsevil Alpagut, "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", **Mercek Dergisi**, Ocak 2004, s. 73-91, s. 77 (4857 Sayılı); Ekmekçi, **Değerlendirme 2003**, s. 18-19; Ekonomi, **Değerlendirme 2007**, s. 37; Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s. 120; Güzel / Özkaraca / Ugan, **a.g.m.,** s. 530; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli**, s. 161; Başterzi, **Objektif Neden,** s. 424; Süzek, **İş Hukuku**, s. 262; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e**., s. 200; Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 75. Objektif koşul ile esaslı nedenin aynı anlama gelmediği, objektif koşulun sözleşmenin sonunun objektif olarak belirlenebilir olması şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde, bkz. Taşkent, **Belirli Süreli**, s. 18; Savaş Taşkent, "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Esaslı Neden Sorunu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 24, 2011, s. 19-29, s. 25 (Esaslı Neden).

sözleşmenin geçersizliği hususunda da bir düzenleme yoktur[226]. Bununla birlikte İş Kanunu'ndan farklı olarak, 6098 sayılı TBK ile getirilen düzenlemede belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk defa kurulması bakımından objektif koşul aranmamaktadır[227]. TBK'ye tabi olan iş sözleşmelerinin ilk kez kurulmasında sözleşmeyi belirli süreli olarak düzenlemeye bir engel olmaması, bu Kanun kapsamında kurulacak iş ilişkilerine, işverenleri koruyan daha liberal bir bakış açısıyla yaklaşılmasından kaynaklanmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinin sürelendirilmesi bakımından da doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre 11. maddenin lafzından çıkan süreye bağlılık kuralının mefhumu muhalifinden, sözleşmenin süreye bağlanmadığı hallerde, salt bu koşulların var olması yeterli gelmeyecektir; o nedenle belirli süreli olarak adlandırmak için somut bir sürenin varlığı gerekir, süre her iki tarafça bilinebilir olmalıdır[228]. Bir diğer görüş ise, sözleşmenin somut olarak belirli bir süre verilmeksizin kurulmasının mümkün olduğunu, ancak bunun için sona ereceği zamanın sözleşmenin içeriğinden – özellikle de işçi tarafından - anlaşılabilir olması gerektiğini ifade etmektedir[229]. Ancak taraflar, kanun koyucunun sözleşmenin geçerliliğini objektif koşullara bağlaması nedeniyle, sırf süre belirleyerek iş sözleşmesini belirli süreli hale getiremeyeceklerdir[230].

İşçinin belirli süreli iş sözleşmesi nedeniyle uğrayacağı hak kaybı temelinde yapılan bu düzenlemelerin karşısında, işçi açısından objektif nedenin ortaya çıkıp çıkmayacağı da değerlendirilebilir. Doktrinde Başterzi, özellikle iş güvencesi kapsamında olmayan işçinin, sözleşmenin belirli süreli olarak düzenlenmesini menfaatine uygun bulabileceğini savunmaktadır[231], üç dört yıl belirli süreli sözleşme düzenlenmesi piyasa koşullarının kötü olduğu, işsizliğin yoğun olduğu dönemlerde,

[226] Kanunda boşluk olduğu görüşü için bkz. Münir Ekonomi, "4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (1) - Kavram, Süre ve Yenileme- ", **Legal İSGHD,** S. 9, 2006, s. 15-32, s. 19-20 (4857 Sayılı); nitekim yazara göre bu düzenleme hatalı olup ilk defa yapılacak belirli süreli iş sözleşmeleri için objektif koşul aranmamalıdır, tasarıda da hüküm bu şekilde formüle edilmiştir.
[227] Başterzi, **Objektif Neden**, s. 433; Süzek, **İş Hukuku**, s. 252, 262; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 50-51.
[228] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 55.
[229] Ekonomi, Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 192-193; Süzek, **İş Hukuku,** s. 253.
[230] Yiğit, **Belirli Süreli,** s. 109; Y9HD, T. 13.10.2016, 2016/31952 E., 2016/17863 K.
[231] Başterzi, **Objektif Neden**, s. 440.

işçiye bir süreliğine iş güvencesi sağlayabilecektir. Yazara göre kanunda yer alan benzer hallerin ortaya çıkması ifadesi kapsamında işçinin haklı menfaati de objektif neden olarak değerlendirilmelidir[232]. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması yönünde bir işçi iradesinin varlığı ve bunun korunmaya değer bir yarara dayanıyor olması halinde işçinin bu yöndeki tercihine üstünlük tanınması gerektiği doktrinde savunulmaktadır[233].

2. Belirsiz Süreli Sayılma Yaptırımı

Yukarıda belirtildiği üzere, baskın olan görüşe göre yasanın belirli süreli iş sözleşmesini kurmak için aradığı objektif koşul, bu sözleşmenin geçerlilik koşuludur. Ancak bu sözleşmenin kurulmasına yönelik sınırlandırmanın amacı, geçersizliğin doğrudan uygulanması yerine, ilişkinin niteliğine göre dönüştürülmesini ve mümkün oldukça zayıf tarafı korumayı gerektirir. Eğer sözleşmenin objektif esaslı unsurlar olmaksızın belirli süreli adı altında kurulduğu tespit edilirse, bu durumda doğrudan sözleşmeyi geçersiz saymak yerine belirsiz süreli iş sözleşmesi kabul ederek[234], sona erme işlemi de fesih gibi değerlendirilmektedir. Amaç, işverenin sözleşme yapma hakkını kötüye kullanmasına engel olmak ve kötüye kullanımın korunmamasını sağlamaktır[235].

Türk Hukukunda 4857 sayılı İşK öncesinde bir defa kurulan belirli süreli iş sözleşmelerinin de hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu takdirde belirsiz süreli sayılması gerektiği doktrinde çoğunlukla kabul edilmiş[236], ancak Yargıtay uygulaması

---

[232] Başterzi, **Objektif Neden**, s. 442.
[233] Başterzi, **Objektif Neden**, s. 444; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 59.
[234] Güzel, **Eleştiri,** s. 256; Alman ve Fransız hukukunda da geçersizlik yerine sözleşmenin ayakta tutulması amaçlanmaktadır, İsviçre hukukunda ise sözleşmenin belirsiz mi yoksa asgari süreli mi kabul edileceği tartışılmıştır, bkz. Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 313-314.
[235] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 313; Astarlı, **Değerlendirme**, s. 235-236; Doktrinde Taşkent, sözleşmelerin zincirleme yapılmasına sınırlama getirildiği ve kötüye kullanılmanın engellendiği görüşündedir, bkz. Taşkent, **Değerlendirme**, s. 50.
[236] Ekonomi, **Belirli Süreli,** s. 17; Güzel, **Değerlendirme 1993**, s. 60-61; Sarper Süzek, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001**, Ankara, Kamu-İş, 2003, s. 1-58, s. 16 (Değerlendirme 2001); Asgari süreli sözleşme sayılabileceği görüşünde, bkz. Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 121; Doktrinde Alpagut, hakkın kötüye kullanılması bakımından sözleşmenin bir defa yahut birden çok defa kurulması bakımından bir farklılık olmadığını belirtmiştir, bkz. Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 57.

bu yöne evrilmemiştir. Belirsiz süreli sayılma yaptırımı, içtihat ile zincirleme sözleşmeler bakımından uygulanmaktaydı[237]. 1475 sayılı Kanun'da belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste yapılması hususunda hüküm bulunmamaktaydı, bununla birlikte hakkın kötüye kullanılması ölçütüyle yapılan değerlendirme sonucu, zincirleme belirli süreli sözleşmeler objektif esaslı nedene dayanmadığında, hakkın kötüye kullanılması denetimi yoluyla baştan itibaren belirsiz süreli olarak değerlendirilmekteydi[238]. 4857 sayılı Kanun düzenlenirken doktrin görüşleri ve içtihat yoluyla kabul edilen bu uygulama kanun hükmü haline gelmiş, zincirleme olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından da aynı objektif esaslı nedenlerin varlığı aranmıştır[239]. Esaslı neden bulunmayan zincirleme sözleşmeler de baştan itibaren belirsiz süreli sayılmıştır[240].

Belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılarak[241] yeniden nitelendirilmesi[242] (*re-qualification juridique*), iş hukukunun bünyesinde gelişen kendine özgü bir yaptırımdır[243]. Fransız Hukukunda yeniden nitelendirmenin iki türlü yapılabileceği kabul edilmektedir; ilkinde tarafların sözleşmeyi yanlış isimlendirmeleri yahut hiç isimlendirmemeleri durumunda yargıç, yorum yoluyla tarafların ortak iradesini tespit edecektir. İkincisinde ise kanun koyucunun zayıf yapıdaki iş sözleşmeleri için öngördüğü hukuk kuralının ihlal edilmesi nedeniyle yargıç, yaptırım mahiyetinde yeniden nitelendirme yapacaktır[244]. İncelediğimiz konu bakımından belirsiz süreli olarak yeniden nitelendirme, ikinci başlıktaki "*yaptırım*" mahiyetinde kabul edilmektedir. Fransız İş Kodu'nun 1242-12. maddesi uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi yazılı şekilde düzenlenir ve yapılma sebebini açıkça içerir. Yazılı olarak

[237] Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 58-59, dn. 158,159,160'taki kararlar.
[238] Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 58; Kabakcı, **a.g.m.,** s. 127; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli**, s. 155-156,
[239] Güzel, **Eleştiri,** s. 257; Güzel / Özkaraca / Ugan, **a.g.m.,** s. 519 vd.
[240] İsviçre hukukunda objektif neden bulunmaksızın zincirleme şekilde yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin feshe karşı başvurulabilecek tazminatlara yönelik hükümlerin dolanılması amacı taşıdığı ve bunun da MK m. 2/2'ye aykırı olduğu yönünde, bkz. CS-Carron, **Art. 334**, Knr. 29, s. 568.
[241] Asgari süreli sözleşme hükümlerine tabi tutulabileceği görüşünde, bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2005,** s. 79-80; Alp, **Değerlendirme 2013**, s. 185-186.
[242] Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 119.
[243] Fransız hukukunda, hukuka aykırı belirli süreli iş sözleşmeleri nedeniyle geliştirilen bir yöntem olduğu hakkında bkz. Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 312; Geçici iş ilişkilerinde de hukuka aykırılık halinde aynı yaptırım uygulanmaktadır, bkz. Grévy, **a.g.e.,** s. 76.
[244] Grévy, **a.g.e.,** s. 50; Baugard, **a.g.e.,** s. 10-11.

düzenlenmeyen sözleşme belirsiz süreli addedilecektir. Doktrinde belirsiz süreli "addedilme" ifadesinin belirsiz süreli "sayılma" kavramından daha keskin bir ifade olduğu haklı olarak belirtilmiştir[245]. Kanun hükmünde yapılan değişiklikle bu kavrama yer verilmesi, sözleşmenin yazılı yapılmaması durumunda belirsiz süreli addedileceğinin kesin karine (*une présomption irréfragable*) teşkil etmesine sebep olmuştur[246].

Fransız Yargıtayı'na göre yargıç, iş sözleşmesinin varlığı hususunda tarafların nitelendirmeleri veya irade beyanları ile değil, işçinin iş gördüğü mevcut koşullar ile bağlıdır[247]. Bununla birlikte 2002 tarihinde verilen bir kararla, belirsiz süreli addedilme yaptırımının işçiyi koruma amacıyla getirildiğini ve işveren tarafından ileri sürülemeyeceğini, kanunda yer alan karineye karşılık işçinin yazılı yapılmayan sözleşmenin belirli süreli olarak yapıldığını ispat edebileceğine hükmedilmiştir[248].

Objektif koşulları geçerlilik şartı olarak değerlendiren görüşe göre sözleşme, işçiyi korumak amacıyla bu koşullara bağlanmış ve iş güvencesi hükümlerinden kaçınılması engellenmiştir. Koşulların yokluğu halinde sözleşmeyi geçersiz saymak yerine zayıf tarafı daha güvenlikli bir alanda tutmaya çalışan bu yaptırım, koruma amacını daha çok karşılamaktadır[249]. Diğer görüşe göre, yeniden nitelendirme, geçersizlik yerine geçen bir yaptırım olarak değerlendirilemez; özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması ve feshe karşı koruma bakımından geçersizlik yaptırımı tercih edilebilir olsa da, iş sözleşmesinin geçersizliği işçiye zarar verecek sonuçlar doğurması bakımından başvurulan bir yol olmamıştır. Bu hükmün düzenlenme amacı uygulamayı engellemek değil, düzenlemektir; birbirleriyle uyumlu olmayan eylemleri uyumlu hale getirmektir[250].

---

[245] Corrignan-Carsin, **a.g.e.,** Knr.225
[246] Grévy, **a.g.e.,** s. 50; Favennec-Héry / Verkindt, **a.g.e.,** Knr. 509, s. 387; Baugard, **a.g.e.,** s. 199. Yazar, hükmün düzenlenme tarzını çelişki yaratması nedeniyle eleştirmektedir, bkz. **a.e.,** s. 200-201.
[247] Cass. soc. T. 01.12.2005, Bull.civ. V. no:349, s. 310 (Naklen: Baugard, **a.g.e.,** s. 15).
[248] Cass. soc. T. 10.07.2002, Bull.civ. V. No:235, s. 230 (Naklen: Baugard, **a.g.e.,** s. 201).
[249] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 314.
[250] Baugard, **a.g.e.,** s. 23-24. AB Adalet Divanı da, 99/70 sayılı Yönerge uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesi adı altında kötüye kullanımın gerekli görüldüğü takdirde belirsiz süreli sözleşmeye dönüştürülmesinin uygun düşeceği yönünde karar vermektedir, bkz. 2. Daire, T. 07.09.2006, C-53/04.

Alman Hukukunda ise BGB § 620 ile geçmişte belirli süreli iş sözleşmesinin serbestçe kurulabileceği kabul edilmişti; sözleşme yapılan işin niteliği ya da belirlenen süre boyunca geçerli olabilecekti. Fakat Federal Mahkeme'nin tespit ettiği üzere objektif neden olmaksızın sırf bir süre tayin edilerek sözleşme yapılması halinde işçinin feshe karşı koruma sisteminden yararlanma imkanı keyfi bir şekilde ortadan kaldırılmış olmaktaydı[251]. 2001 yılında yapılan değişiklik ile § 620 fıkra 3 ile TzBfG'ye atıf verilmiş ve böylece belirli süreli iş sözleşmelerinin bu kanun kapsamındaki düzenlemelere göre geçerli sayılacağına hükmedilmiştir. Söz konusu kanun uyarınca, belirli süreli iş sözleşmeleri üç başlıkta yapılabilir; bunlardan ilki objektif nedene bağlı ve süre bakımından sınırlandırılmış sözleşmeler, ikincisi objektif neden olmaksızın süre bakımından sınırlandırılmış sözleşmeler ve üçüncüsü amaçla sınırlandırılmış sözleşmelerdir. Üç grubun ortak noktası, sözleşmenin yazılı yapılmasının belirli süreli olma bakımından geçerlilik koşulu olmasıdır; yazılı olmayan sözleşme belirsiz süreli yapılmış sayılacaktır[252] (TzBfG § 14). Kanun koyucu, objektif nedene dayanmayan belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına müsaade etmiş, hatta bunun zincirleme olarak kurulmasına da izin vermiştir; ancak bu durumda süresi iki yılı geçmeyecek şekilde yapılacak sözleşmenin, üç defadan fazla yenilenebilmesi mümkün değildir. Objektif nedene dayanan belirli süreli sözleşmedeki objektif neden örneklerine ise sınırlı olmayacak biçimde kanunda sekiz hal olarak yer verilmiştir.

3. Belirsiz Süreli Sayılma Yaptırımının İşveren Tarafından İleri Sürülmesi veya Yargıcın Re'sen İncelemesi

Sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabulü ile tüm olumsuz sonuçlar ortadan kaldırılamamakta, kimi zaman bu kabulün yarattığı başka sorunlar ortaya çıkmaktadır[253]. Özellikle bu sözleşmenin işveren tarafından haksız feshinde nasıl bir

[251] Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 138-139.
[252] Yiğit, **Belirli Süreli,** s. 117.
[253] Alpagut, **Değerlendirme 2005**, s. 79; Gülsevil Alpagut, "Belirli Süreli, Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmeleri", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar,** İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 101-135, s. 118 (Güncel Sorunlar).

değerlendirme yapılacağı tartışma konusu olmuştur. Genel kurala göre belirli süreli iş sözleşmeleri, süresinden önce yalnızca derhal fesih yoluyla ve haklı sebebin varlığı halinde feshedilebilir. İş Kanununda belirli süreli sözleşmenin sona ermesine ilişkin düzenleme olmadığından, TBK'deki hükümler esas alınacak, işçinin haksız feshe karşı bakiye süre ücreti talep hakkı doğacaktır. Ayrıca sözleşmede düzenlendiği takdirde, cezai şart talebi de gündeme gelecektir.

Fakat, sözleşme aslında yasanın aradığı geçerlilik şartlarını taşımıyorsa[254], işçinin sözleşmenin belirli süreli olduğu inancıyla yönelteceği taleplere karşı iki risk gündeme gelir; bunlardan ilki, işverenin bu sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu iddia etmesi, diğeri de yargıcın tarafların nitelemelerine bakmaksızın bu sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu re'sen tespit etmesidir[255].

a. Yargıcın Re'sen Değerlendirme Yapmasının veya İşverence Geçersizliğin İleri Sürülmesinin Sınırı - Normun Koruma Amacı

Kural olarak yargıç, sözleşmeleri nitelendirirken tarafların belirlediği isimle bağlı değildir. Yargıç, emredici normlara aykırılık olup olmadığını, objektif sebeplerin varlığını ve dolayısıyla sözleşmenin belirli süreli olup olmadığını bazı kararlarda re'sen incelemektedir[256]. Ancak yargıcın re'sen incelemesi durumunda normun koruma amacıyla[257] bağdaşmayan sonuçlar doğabilmektedir. Objektif koşulları taşımayan bir sözleşmenin haksız feshi sonucu, örneğin işçinin bakiye süre ücretini istediği bir davada, belirli süreli sözleşme niteliği taşımadığından TBK m. 438

[254] 4857 sayılı İşK yürürlüğe girmeden önce de doktrinde objektif koşulu taşımayan sözleşmelerin belirsiz süreli olarak nitelendirilmesiyle ortaya çıkabilecek sorunlar ve asgari süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilebileceği görüşü hakkında bkz. Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 119-121.

[255] Y9HD, T. 05.02.2013, 2010/20850 E., 2013/4273 K.; Kararın incelemesi için bkz. Alp, **Değerlendirme 2013,** s. 180-182; Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s. 44-46; Astarlı**, Değerlendirme,** s. 234; Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 372; Süzek, **İş Hukuku**, s. 259; Mustafa Alp, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Resen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dönüştürülmesi", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan,** (Ed.:Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 477-502, s. 478 vd. (Belirli Süreli).

[256] Başterzi, **Objektif Neden,** s. 442.

[257] Altaş, **Şekle Aykırılık,** s. 143.

uygulanamayarak dava reddedilmektedir[258]. Hak düşürücü süreye tabi olan işe iade davası açma süresi dolduğundan[259], işçiyi koruma amacı güden belirsiz süreli sayılma yaptırımı amaca hizmet etmeyecek[260], durumun yarattığı olumsuz sonuçlara, korunması amaçlanan işçi katlanmak zorunda kalacaktır. Aynı sorun cezai şart talepleri için de geçerli olup, eski tarihli çeşitli davalarda Yargıtay, sözleşmenin belirsiz süreli olduğuna ilişkin nitelendirme yaparak cezai şart talebini reddetmiştir[261]. Ancak doktrinde bu kararlar eleştirilmiş, objektif nedene bağlanma kuralı ile işverenin hakkını kötüye kullanılmasının önlenmesi amaçlandığı ifade edilmiştir[262]. Cezai şart taleplerine ilişkin Yargıtay'ın 2019 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurul kararı ile artık, sözleşme objektif koşulları içermediği için belirsiz süreli sayılsa dahi cezai şart, geçerliliğini koruyacaktır[263].

Yargıtay kararlarında dayanılan gerekçe, TBK m. 19 ile HMK m. 33 uyarınca yargıcın tarafların nitelendirmesi ile bağlı olmaması, taraf iradelerinden bağımsız bir şekilde aradaki ilişkiyi yorumlamasıdır; böylece yapılan yorum sonucunda objektif koşulun yokluğu değerlendirilmekte ve sözleşme belirsiz süreli sayılmaktadır[264]. Kural olarak normun öngördüğü geçerlilik koşulunun yokluğu, kesin hükümsüzlüğe yol açacak ve bu hükümsüzlük herkes tarafından ileri sürülebilecektir[265]. Bir görüşe göre emrediciliğin niteliği, yargıcın müdahalesinin türünü de şekillendirmektedir. Mutlak emredici normun getirdiği yasaklama sözleşmenin tarafları için eşdeğerken, nisbi

---

[258] Y9HD, T. 11.06.2020, 2019/5149 E., 2020/5370 K.; Y9HD, T. 11.03.2020, 2016/16212 E., 2020/4115 K.

[259] Yargıtay'ın 2010 tarihli bir kararına göre, objektif neden bulunmayan sözleşmede işe iade davası açma süresinin başlangıcı; "*işverenin, işçiyi belirli süreli sözleşmeli gibi kabul ederek sürenin geçmesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiği, ancak belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü için işverence bildirim süresine uyulmadan yapılan bir fesih anlamı kazanan bildirimin yapıldığı tarihtir."* bkz. Y9HD, T. 20.09.2010, 2009/26098 E., 2010/24298 K. (Naklen: Alpagut, **Değerlendirme 2010**, s. 44-45).

[260] Alpagut, **Değerlendirme 2005**, s. 79; Tuncay, **Değerlendirme 2011,** s. 47; Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s. 44; Süzek, **İş Hukuku**, s. 259; Alp, **Belirli Süreli,** s. 488; Bu durumda hak arama özgürlüğünün ihlal edileceği görüşünde, bkz. Başterzi, **Objektif Neden,** s. 447-448.

[261] İşçi talebi yönünden; Y9HD, T. 14.03.2013, 2010/51009 E., 2013/8916 K., İşverenin talebi yönünden; Y9HD, T. 15.06.2010, 2009/22270 E., 2010/20020 K. Ayrıca bkz. İrem Yayvak Namlı, **İş Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 402-403.

[262] Alpagut, **Belirli Süreli,** s. 54-55; Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s. 94-95;

[263] YİBHGK, T. 08.03.2019, 2017-10/1, RG. T. 04.08.2019.

[264] Alp, **Belirli Süreli,** s. 485-486.

[265] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 372. Tüketici hukuku ve iş hukuku gibi alanlarda kamu düzenine aykırılığın dolaylı olduğu, hükümlerin temel amacının bir tarafı koruma olduğu yönünde, bkz. Nomer / Akbulut, **a.g.m.** s. 595.

emredici normda[266] her durumda geçersizlik yaptırımı uygulamak yerine, kendine özgü yaptırımlar uygulanarak hukuki işlem ayakta tutulacaktır. Kural olarak kendine özgü geçersizlik oluşturan bu durumda, yargıç re'sen inceleme yapmayacaktır[267]. Yargıcın inceleyebilmesi için kendine özgü geçersizliği taraflardan biri ileri sürmelidir; ancak işverenin bunu ileri sürmesi, normun koruma amacına aykırılık teşkil edecektir[268]. Kanun koyucu bir normu, belirli bir kişiyi korumak veya belirli bir hukuka aykırılığı engellemek amacıyla düzenlemişse, bu durumda tazminat borcunun doğumu için normun engellemeyi amaçladığı bir hak ihlalinin mevcut olması gerekir[269]. Bu teori[270] uyarınca, bir normun koruma amacı, o normun hukuka aykırılığını değil ancak normun kendisini sınırlamaktadır.

Yukarıda Fransız Hukukundaki sistem anlatılırken açıklandığı üzere belirsiz süreli addedilme, TBK m. 19 ve HMK m. 33 uyarınca hukuki nitelendirmenin yargıca ait olmasından bir adım ötede, bir yaptırım mahiyetindedir. Fransız Yargıtayı da konuyla ilgili açık hükmün kanunda yer almadığı dönemde, geçersizliğin yalnızca normun koruması altında olduğu öngörülen tarafça ileri sürülebileceğine hükmetmiştir[271]. Bu bağlamda işçiyi koruma amacıyla getirilen bu normun geçersizliği, yalnızca işçi tarafından ileri sürülebilmelidir, yargıç tarafından re'sen gözetilmemelidir[272].

---

[266] İş hukukunda nisbi emredici normlar, alanın koruyucu yapısına özgü olarak, yalnızca işçi lehine değiştirilebilen veya yorumlanabilen normlardır. Kanun koyucu bu norm türü ile asgari bir düzenleme getirir ve taraflar işçinin lehine olmak kaydıyla bu normun içeriğine ilişkin düzenleme yapabilirler. Ayrıca bkz. Kübra Doğan Yenisey, "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:1, İstanbul, Beta, 2011, s. 33-82, s. 69-70. (Armağan); Kabakcı, **a.g.m.,** s. 125; Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 87 vd.

[267] Alp, **Değerlendirme 2013,** s. 184; Altaş, **Şekle Aykırılık,** s. 137; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **Borçlar Hukuku,** s. 310; ancak yazarın re'sen inceleme yönündeki eleştirileri için bkz. **a.e.**, s.312-313.

[268] Altaş, **Şekle Aykırılık,** 138.

[269] Uygun illiyet bağı teorisi ile normun koruma amacı teorilerinden hangisinin daha uygun düşeceği konusunda Alman hukukundaki tartışmalar için bkz. Yıldız Abik, "Normun Koruma Amacı Teorisi", **AÜHFD**, C: 59, S: 3, 2010, s. 345-448, s. 351.

[270] Teorinin Alman hukukundaki gelişimi hakkında bkz. Yeşim Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul, Beta, 1993, s. 95-100. (Normun Koruma Amacı).

[271] Cass.soc. T. 16.07.1997, Bull.civ. V, no: 481, s. 306 (Naklen: Baugard, **a.g.e.,** s. 413); Gaye Baycık, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi" **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016,** İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 6-355, s. 163 (Değerlendirme).

[272] Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2013**, s. 70; Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s. 46; Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 10; Baycık, **Değerlendirme**, s. 162-163; Alp, **Belirli Süreli,** s. 491. Objektif koşulun

Belirli süreli iş sözleşmesinde objektif nedenlerin geçerlilik koşulu olduğunun kabul edilmesi durumunda, bunun şekil şartı kapsamında olup olmadığı da değerlendirilebilir. Sözleşmelerde şekil serbestisi olmakla birlikte, kural olarak şekle ilişkin sınırlamalar, irade beyanının yazılılığı yahut resmi memur önünde beyan edilmesine ilişkindir. Sözleşmede yer alması gereken bir içeriğin veya sözleşmede tarafların edimlerinden birini oluşturacak objektif koşulun, şekle dahil olduğu iddia edilebilir mi? Fransız Hukukunda belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı olması gerektiği ve olmadığı takdirde belirsiz süreli olarak yeniden nitelendirileceği açıkça düzenlenmiştir. Yargıçlar, yazılı şekle dair kuralı değerlendirirken yalnızca sözleşmenin yazılı formda olmasını değil, sözleşmenin amacı, ne kadar süreyle yapıldığı, eğer bir başka işçinin yerine gelecek şekilde kurulduysa hangi işçinin yerine ne kadar süreyle iş görüleceği vb. unsurları da bu kapsamda saymakta ve yazılı olmayan sözleşmenin geçersizliğini ancak işçinin ileri sürebileceğini kabul etmektedirler[273]. Sosyal Daireye göre yazılı sözleşmede yalnızca objektif olarak sözleşmenin yapılma nedeni değil, aynı zamanda genel ifadeleri açıklayan, işe dair belirgin unsurlara da yer verilmelidir[274]. Buna karşılık Fransız Yargıtayı, belirsiz süreli sayılma yaptırımını, yazılı sözleşmenin içeriğindeki eksiklikler için değil, yalnızca sözleşmenin yazılı yapılmadığı yahut objektif bir sebebin belirlenmediği haller bakımından uygulamaktadır[275].

Belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılmadığı hallerde geçersizliğin yargıç tarafından re'sen dikkate alınmaması hususunda şu ayrıntı da gözetilmelidir: Doktrinde Altaş, şekle aykırılığın maddi hukuk anlamında bir itiraz niteliği taşımasına karşın, yargıç tarafından re'sen dikkate alınmanın bir usul hukuku sorunu olduğuna değinmiştir. Yazara göre, "*şekle aykırılık…,usul hukuku açısından ise tarafları ilgilendirdiği için bir def'idir*"[276]. Şekil şartı, tarafların bu sözleşmeyi bağıtlarken daha

kamu düzenine ilişkin olmadığı görüşünde, bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.,** s. 271; Tuncay, **Değerlendirme 2011,** s. 46-47.

[273] Favennec-Héry / Verkindt, **a.g.e.,** Knr. 509, s. 387. Ayrıca belirtmek gerekir ki Fransız İş Kodu'nun 1245-1. maddesinde belirsiz süreli sayılma halinde işverene işçinin bir aylık ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedileceği yönünde bir yaptırım öngörülmüştür. Koruyucu bu yaptırım yalnızca işçi tarafından ileri sürülebilir.

[274] Soc. T. 29.11.2007, no: 06-41.847; T. 19.01.2012, no: 10-15.756; T. 07.03.2012, no: 10.19-073 (Naklen: Corrignan-Carsin, **a.g.e.,** Knr.228)

[275] Favennec-Héry / Verkindt, **a.g.e.,** Knr. 510, s. 388.

[276] Altaş, **Şekle Aykırılık,** s. 146-147.

ayrıntılı düşünmesi, daha çok korunmasını sağlama amacıyla düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu hükmün amacı, taraflarca ileri sürülmesini, belirli süreli iş sözleşmesinde ise özel olarak hükmün koruduğu kimse tarafından ileri sürebilmesini gerektirir[277]. İşveren tarafından şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması[278] oluşturuyorsa, şekle aykırılık, şekil kuralının amacı vasıtasıyla onarılacaktır. Yargıcın kendiliğinden dikkate alması da kanımızca bu şekilde söz konusu olmayacaktır.

b. Geçersizliği İleri Süren İşverenin Çelişkili Davranma Yasağı ile Engellenmesi

İşverenin kendi hukuka aykırı işleminden kazanç sağlamasının engellenmesi, dürüstlük kuralının gereği olarak karşımıza çıkar. Sözleşmenin belirli süreli adı altında düzenlendiği ancak objektif koşulları taşımadığı hallerde, işçinin talepleri ile işverenin buna karşı savunmaları dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmelidir[279].

İşçi, belirlenen süreden önce sözleşmeyi fesheden işverene karşı TBK 438'de düzenlenen bakiye süre ücretini veya kararlaştırılması halinde cezai şart talep edebilir. Yargıtay'ın önüne gelen bazı uyuşmazlıklarda ise işveren, belirli süreli sözleşmenin objektif koşulları taşımadığı veya şekle aykırılık nedeniyle belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunu iddia etmekte ve işçinin açtığı dava reddedilmektedir[280].

Objektif koşulların yokluğunda sözleşmenin belirsiz süreli sayılmasına ilişkin kural, işçiyi koruma amacıyla düzenlenmiştir. İş sözleşmesi kurulurken güçlü pozisyonda olan, koşulları işçiye direten, sözleşmenin başlığını, türünü belirleyebilen

---

[277] Eren, **a.g.e.,** Knr. 935, s. 329; Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2013**, s. 70; Alman hukukunda geçersizliğin ileri sürülebilmesi için hakkın kötüye kullanılması değerlendirmesi yapılırken Fransız hukukunda buna gereksinim duyulmadığı ve normun koruma amacının yalnızca normdan yararlanan tarafından ileri sürmeyi sağladığı yönünde, bkz. Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 372-373.

[278] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 374.

[279] Başterzi, **Objektif Neden,** s. 443; Dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülen şekil eksikliği iddialarının Alman hukukunda hakim tarafından dinlenmeyeceği yönünde, bkz. Özbilen, **a.g.e.,** s. 207, dn. 670 ve oradaki yazarlar.

[280] Bakiye süre ücreti talebini reddettiği bazı kararlar, bkz. Y9HD, T. 02.12.2009, 2008/12186 E., 2009/32934 K.; Y9HD, T. 21.04.2009, 2008/9422 E., 2009/11563 K.; Y7HD, T. 12.12.2013, 2013/14956 E., 2013/22045 K.

işveren, sözleşmeye verdiği ismin geçersizliğini iddia ederek, işçide yarattığı güvene aykırı davranmış olacaktır[281]. İşverenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi kendi hukuka aykırı eyleminden kazanç sağlama ve çelişkili davranma sonucuna dönüşür, ki bunlar da hakkın kötüye kullanılmasının görünümleridir[282]; bu nedenle doktrinde, iş sözleşmesini haksız fesheden işverenin, işçinin bakiye süre ücreti talebine karşılık, sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu iddia etmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacağı ifade edilmiştir[283].

Sözleşmenin yazılı şekle aykırılığının işverence ileri sürülmesi durumunda da kanımızca aynı sonuca ulaşılmalıdır. Bu durumda somut olayın özelliği gereği ifasına başlanmış sözleşmede, işverenin şekle aykırılığı ileri sürme hakkının kötüye kullanma yasağı çerçevesinde değerlendirilmesi uygun olacaktır[284].

Çelişkili davranan tarafın iddiası korunmadığında, hakkın kötüye kullanılmasının düzeltici işlevinin olumlu etki yaptığı bir durum ortaya çıkacaktır[285]. Kanımızca işverenin hakkını kötüye kullanması durumunda, onu korumayacak şekilde bir sonuca varmak hakkaniyet gereğidir. Burada belirsiz süreli sayılma yaptırımı yerine artık belirli süreli iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren geçerli bir şekilde kurulmuş gibi değerlendirilmelidir[286]. İşçinin bakiye süre ücreti talebiyle dava açması durumunda, bakiye süre ücretine ilişkin hüküm kurulması gerekir[287]. Doktrinde

---

[281] Alpagut, **Güncel Sorunlar**, s. 118; Alp, **Değerlendirme 2013,** s. 181. Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde kanuna karşı hileye dayanan görüşler hakkında bkz. Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 117 vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli**, s. 271; Tuncay, **Değerlendirme 2011,** s. 46; Süleyman Başterzi, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi" **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, Ankara, 2011, s. 1-131, s. 80 (Yargıtay Kararları); Alp, **Değerlendirme 2013,** s. 183; Baycık, **Değerlendirme,** s. 161-164; Astarlı**, Değerlendirme,** s. 238; Kabakcı**, a.g.m.,** s. 136.

[282] Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 66; Alp, **Belirli Süreli**, s. 489.

[283] Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s. 46; Baycık, **Değerlendirme,** s. 162; Süzek, **İş Hukuku**, s. 259; Astarlı, **Değerlendirme,** s. 236.

[284] Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 327; Altaş, **Şekle Aykırılık,** s. 136, 141; Şekle aykırılığı ileri sürme hakkının işçide olması gerektiği yönünde, bkz. Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 334; Antalya, **Borçlar Genel,** s. 105; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 80-81; Yargıcın şekle aykırılığı ileri süren tarafın iddiasının hakkın kötüye kullanılması oluşturup oluşturmadığını kendiliğinden dikkate alması gerektiği yönünde bkz. Özbilen, **a.g.e.,** 209.

[285] Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 81; Gümüş, **a.g.e.,** s. 293; Yargıcın hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında sözleşmeyi bozma yetkisi olduğuna göre onu geçerli kılma yetkisi de olması gerektiği görüşünde, bkz. Çeliktaş, **a.g.m.,** s. 604, dn. 3.

[286] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 59-60; Kesin hükümsüzlüğü bertaraf ettiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **a.g.e.,** s. 326.

[287] Alp, **Değerlendirme 2013,** s. 183.

Eyrenci ve Alpagut, işverence işçide oluşturulan güvenin korunacağına yönelik eski tarihli Alman Federal İş Mahkemesi kararlarına değinerek, haklı nedene dayanmadan fesheden işverenin korunmaması gerektiğine dikkati çekmişlerdir[288]. Ayrıca işçi burada işe iade davası açma süresini de kaçırmış olacağından, en uygun çözümün bakiye süre ücreti yönünde hüküm kurmak olduğu kabul edilmelidir.

2017 yılında verilen bir kararla Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bu hususta görüş değiştirmiştir[289]. Söz konusu kararda re'sen inceleme yaparak objektif koşul yokluğunu tespit eden yerel mahkeme kararı bozulmuş, Yüksek Mahkeme normun koruma amacını gözeterek karar vermiştir[290]. Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Dairelerinin birleşmesi neticesinde, 22. Hukuk Dairesi'nin bizim de katıldığımız görüşü benimsenmiş ve artık gerek işverenin belirsiz süreli olduğu yöndeki iddiasının dikkate alınmayacağı, gerekse mahkemenin sözleşmenin belirli süreli olup olmadığını re'sen araştırmaması gerektiği kabul edilmiştir[291].

Yargıtay, yeni tarihli kararlarında hükmün işçiyi koruma amacıyla düzenlendiğini dikkate alarak hem işverence bu sözleşmenin aslında objektif koşulları taşımadığının ileri sürülmesinin, hem de mahkemece re'sen değerlendirme yapılmasının mümkün olmadığı, bu nedenle davacı işçinin TBK m. 438 uyarınca bakiye süre ücreti tutarı tazminat talebine hükmedilmesi gerektiğine karar vermektedir[292]. Yine bir başka kararında, işverenin haklı nedenle feshettiğini iddia ettiği ve belirli süreli olmadığına yönelik bir iddiada bulunmadığı olayda, ilk derece mahkemesinin objektif koşul yokluğu nedeniyle belirsiz süreli sayılma kararını da bozmuştur[293].

Şu an için hakkın kötüye kullanılması denetimi ile söz konusu uygulama yargıç tarafından yapılmaktadır. Kanımızca, geçersizliğin işverence ileri sürülmesi ile yargıcın re'sen incelemesinin işçi açısından yarattığı olumsuz sonuçlar bakımından *de*

[288] Genel Görüşme oturumu, **Değerlendirme 2013**, s. 281.
[289] Y22HD, T. 21.12.2017, 2015/20653 E., 2017/30350 K.
[290] Alp, **Belirli Süreli**, s. 498-499.
[291] Çil, **a.g.e**., s. 1633.
[292] Y9HD, T. 24.12.2020, 2018/300 E., 2020/20141 K. (www.legalbank.net) ; Aynı yönde, Y22HD, T. 09.07.2020, 2017/34697 E., 2020/9344 K. (Naklen: Çil, **a.g.e.,** s. 336-337)
[293] Y9HD, T. 15.09.2020, 2016/22178 E., 2020/7846 K. (www.legalbank.net)

lege feranda geçersizliğin yalnızca işçi tarafından ileri sürülebileceği[294] kanunla düzenlenmelidir.

D. Fesih Hakkının Etkisizleşmesi

Hakkın kötüye kullanımı yasağı kapsamında karşımıza çıkan yaptırımlardan bir diğeri, hakkın etkisizleşmesidir. Etkisizleşme, çelişkili davranan kimsenin hakkını kullanmasına ve bundan bir menfaat sağlamasına engel oluşturan bir kurumdur. Bir hakkın uzun süre kullanılmaması, somut olayın özellikleri kapsamında o hakkın kullanılmayacağına dair karşı tarafta bir güven oluşturabilir[295]. Bu güvenin korunması sonucunda artık hak sahibinin hakkı ileri sürememesi, bir diğer deyişle hakkın etkisizleşmesi sonucu doğar.

Yenilik doğuran hakkın etkisizleşmesinin mümkün olabileceği haller, doktrinde Buz tarafından üç başlık altında değerlendirilmiştir. Bunlardan ilki, kanun yahut hukuki işlem ile bir hak düşürücü sürenin[296] belirlenmemiş olması; ikincisi, eğer belirlendiyse, söz konusu hak düşürücü sürenin uzun bir süre olarak tespit edilmiş olması, üçüncüsü ise kısa bir süre öngörülmesine rağmen hak sahibinin hakkını kullanmakta kasten gecikmesi, karşı tarafta farklı bir algı yaratmak amacıyla hareket etmesidir[297].

İş sözleşmelerinde fesih hakkının kullanılmasının zamanlaması bakımından hakkın etkisizleşmesi, doktrinde inceleme konusu olmuştur. Fesih beyanı, dürüstlük kuralı kapsamında uygun bir yer ve zamanda yapılmalıdır[298]. Doktrinde Baycık'ın

---

[294] Alp, **Belirli Süreli,** s. 492; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda da aynı yönde düzenleme olduğu yönünde ve aynı görüşte, Özbilen, **a.g.e.,** s. 339.
[295] Antalya**, Borçlar Genel**, s. 100; Antalya, **Metodoloji**, Knr. 1117, s. 280; Baycık, **Etkisizleşme**, s. 65.
[296] Kural olarak yenilik doğuran haklar, zamanaşımı süresine tabi kılınamaz, bu haklar için hak düşürücü süre söz konusudur, bkz. Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 112; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 186.
[297] Buz, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 407.
[298] Savaş, **a.g.e.,** s. 33; Göktaş, **a.g.e.,** s. 73; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 484; Centel, **İş Güvencesi,** s. 70; Gaziantep BAM 9.HD, T. 28.09.2017, 2017/1764 E., 2017/1392 K.

belirttiği üzere fesih hakkının belirli bir süre içerisinde kullanılması gerekliliği, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarıyla ortaya koyulmuştur[299].

Hem derhal fesih hakkı, hem de olağan fesihte etkisizleşme mümkündür[300]. Ancak farklı sonuçların ortaya çıkması nedeniyle değerlendirmeyi fesih türü bakımından ayrı başlıklar altında yapmak gerekmektedir.

1. Olağan Fesih Hakkının Etkisizleşmesi

Olağan fesih hakkı hak düşürücü süreye tabi kılınmadığından, kural olarak etkisizleşmeye müsaittir. Kanun koyucu hakkın ne zaman kullanılacağına dair bir düzenleme öngörmemiştir. İş ilişkisi sürekli edim yükümlülüğü doğurduğu için taraflar bu ilişkiyi belirsiz süreli olarak kurduklarında, kısa bir süre içinde sonlanacağını öngörmezler. Doktrinde Birben, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından bildirim sürelerine uymak suretiyle olağan feshin her zaman mümkün olduğunu, bu nedenle bu işçiler için etkisizleşmeden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir[301]. Kanımızca işçi, iş güvencesi kapsamı dışındaysa, fesih hakkının işverence kötüye kullanıldığını iddia ediyor ve bunu güçlü bir biçimde ortaya koyabiliyorsa, işveren fesih için makul bir sebebi olduğunu ve bunu da makul süre içinde kullandığını ispat etmelidir. Aksi halde, sırf işverenin sebebe dayanma zorunluluğu bulunmadığı ve makul sürede hakkın kullanım gereksinimi olmadığı kabul edilirse fesih hakkının kötüye kullanıldığını ispat etmek imkansız hale gelecektir. Bu durumda ileride ele alınacağı üzere olayların kronolojik sıralaması itibariyle işçi hakkın kötüye kullanıldığını iddia edebilir, işveren de bu bağlamda kendi hakkını makul sebeple ve makul sürede kullandığını ortaya koymalıdır.

İş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından ise fesih hakkının "makul süre" içerisinde kullanılması gerektiği hem doktrin, hem de yargılama tarafından kabul

[299] Baycık, **Etkisizleşme**, s. 64.
[300] Baycık, **Etkisizleşme,** s. 67.
[301] Birben, **Etkisizleşme,** s. 464.

edilmektedir[302], ancak bunun somut olarak ne kadarlık bir süreye denk geldiği belirtilmemiştir[303]. Makul sürenin belirleyici ölçütünün dürüstlük kuralı olduğu kabul edilmektedir[304].

Doktrinde, hak düşürücü süreye tabi kılınmayan yenilik doğuran haklarda, muhatabın hak sahibine hakkını kullanması için süre verebileceği ifade edilmiştir[305]. Kanımızca bu seçeneğin iş ilişkileri bakımından pratik bir sonuç doğurması mümkün değildir; işçiden kaynaklanan makul veya geçerli sebep oluşturacak sebebin ardından işçinin işverene, "*yaptığım davranış üzerine iş sözleşmemi feshetmeniz için süre veriyorum*" demesi mantıklı görünmemektedir. İşletme gerekleri nedeniyle yapılacak fesihler bakımından da aynı durum geçerlidir, işveren, ekonomik güçlük içerisinde olduğunu beyan ettikten sonra *ultima ratio* ilkesi gereğince işyerinde fazla çalışma uygulamalarını azaltabilir veya çeşitli farklı yöntemler deneyebilir, bunun ardından başka çaresi kalmadığında ve doğal olarak bir süre geçtikten sonra iş sözleşmesini feshedebilir. Bu durumda da işçinin işverene süre vermesinin bir anlamı olmayacak, makul süre esasıyla değerlendirme yapılabilecektir. Makul süre geçtikten sonra fesih hakkının kullanılması durumunda geçersizlik söz konusu olacaktır. Ancak işçinin davranışı veya verimi nedeniyle uyarılması söz konusuysa, düzeltmeye dair bir bekleyiş içine girilen zaman aralığında, makul sürenin dolduğundan ve fesih hakkının etkisizleştiğinden bahsedilmeyecektir[306].

İşçinin feshe sebep olacak davranışı devam ediyorsa, etkisizleşmenin söz konusu olmaması gerekir[307]. Nitekim etkisizleşme için karşı tarafın, hakkın ileri sürülmeyeceğine ilişkin haklı bir beklentisi oluşmalıdır. Eğer olumsuz davranış devam ediyorsa, böyle bir beklenti yaratıldığından bahsedilemez. İşçinin sık sık rapor alması

---

[302] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku,** s.1040; Süzek, **İş Hukuku,** s. 630; Yiğit, **Süre,** 756; Demir, **Geçerli Sebep**, s. 473; Gerek, **Haksız Fesih**, s. 3; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.** s. 621; Y9HD, T. 12.09.2005, 2005/24429 E., 2005/29361 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr); Y9HD, T. 27.01.2005, 2004/26072 E., 2005/2011 K. (Naklen: Alpagut, **Değerlendirme 2005**, s. 88).
[303] Engin, **Değerlendirme 2014,** s. 142-143.
[304] Yusuf Yiğit, "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında İş Sözleşmesini Fesih Hakkını Kullanma Süresi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.27, S.3, 2019, s.749-784, s. 755 (Süre).
[305] Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 186.
[306] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e**., s. 622.
[307] Y9HD, T. 06.03.2014, 2013/10777 E., 2014/7376 K.

nedeniyle işverenin son rapor tarihinden altı ay sonra sözleşmeyi feshetmesinde Yargıtay, makul sürenin aşıldığına hükmetmiştir[308].

Bazı durumlarda işveren, feshe sebep olan olayı çok daha ileri bir tarihte öğrenebilir. 2018 tarihli bir Yargıtay kararında, yoğun bakım ünitesinde çekilen ancak bir eğlence mekanında alkol alınıyor, sigara içiliyor gibi eğlendiği izlenimi veren bir videoyu, çekildikten iki yıldan fazla zaman geçtikten sonra işverenin geçerli nedenle feshe konu etmesi incelenmiştir. BAM kararında işverenin fesih hakkını makul süre içinde kullanmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne yönelik karar verilse de Yargıtay, işverene videonun bildirilmesinden sonra makul süre içinde fesih hakkının kullanıldığına hükmetmiştir[309]. Doktrinde Ekmekçi ve Yiğit, belirtilen karara dair incelemelerinde, fesih sebebinin ağırlığı nedeniyle bu yönde bir değerlendirme yapılmış olabileceğini ileri sürmüşlerdir[310].

2. Derhal Fesih Hakkının Etkisizleşmesi

Kanun koyucu, derhal fesih hakkının kullanılması için sebeple birlikte bir süre de öngörmüşse, bu sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilir. Süre bittikten sonra yapılacak fesih, haksız fesih olarak nitelendirilmektedir[311]. İşK'de hem işçi hem de işveren için, ahlak ve iyiniyete uymayan derhal feshe sebep olan haller bakımından hak düşürücü süre, m. 26 ile öngörülmüştür. 6356 sayılı Kanun m. 70 uyarınca kanundışı grev halinde yapılacak fesih İşK m. 25/II'nin özel bir görünümü olarak kabul edilmekte, bu nedenle İşK m. 26'da belirtilen hak düşürücü sürelerin bu halde de uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir[312]. Deniz İş Kanunu'nun 15. maddesinde de paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir[313].

---

[308] Y9HD, T. 22.01.2018, 2016/35051 E., 2018/768 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[309] Y9HD, T. 09.10.2018, 2018/261 E., 2018/17869 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[310] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 622-623.
[311] Birben, **Etkisizleşme**, s. 462.
[312] Ekmekçi, **Toplu İş**, s. 511-512. Kanundışı lokavt bakımından da aynı şekilde değerlendirme yapılmalıdır, bkz. **a.e,** s. 526.
[313] Deniz İş Kanunu'nda tüm haklı nedenle derhal fesih halleri için altı işgünlük sürenin geçerli olduğu yönünde, bkz. Yiğit, **Süre,** s. 760; Tunç, **a.g.m.,** s.514 vd.

Bunun dışındaki diğer tüm hallerde, Basın İş Kanunu ve TBK'de derhal feshin kullanılma süresi düzenlenmemiştir. Bu halde derhal fesih hakkının sınırsız bir süreyle kullanılabileceği kabul edilemez[314]. Haklı fesih ancak fesih hakkının derhal kullanılması halinde ortaya çıkar, burada "*derhal*" ifadesinden anlaşılması gereken, "*en kısa süre*"dir. Çünkü haklı feshin doğasında, güven ilişkisinin ortadan kalkması ve o ilişkiye taraflardan en az biri için daha fazla devam edilmesinde yarar kalmamış olması vardır. İsviçre BK'de derhal fesih hakkının kullanılma süresine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, feshin iki-üç iş günü veya özel durumlarda bir hafta gibi uygun bir süre içinde yapılması gerektiği kabul edilmektedir[315].

Haklı sebep ortaya çıktıktan sonra, uzun bir süre daha sözleşmeye devam edebilen taraf için ilişkinin çekilmez olduğu söylenemeyecektir[316]. Eğer haklı sebebin ortaya çıkmasının ardından sözleşmeye devam edilmesi söz konusuysa, neden bu yolun tercih edildiği araştırılmalı, disiplin kurulu incelemesi, soruşturma gibi bir yöntem izleniyorsa, bu yola ayrılan vakit de dikkate alınmalıdır[317]. Eğer somut olayda böyle bir durum yoksa; işveren işçiyi affediyor, yahut makul bir süre içinde derhal fesih hakkını kullanmıyorsa, yaşanan olayı ancak ileride ortaya çıkabilecek haklı fesih nedenleri bakımından göz önünde bulundurabilecektir[318]. Etkisizleşmenin tespit edilmesi için ne kadar süre geçtiği, hak sahibinin davranışlarıyla oluşturduğu sözleşmenin devamına dair güvenin yoğunluğu, muhatabın özellikleri dikkate alınmalıdır[319]. Yine derhal fesih hakkı için haklı sebep ortaya çıktıktan sonra işverenin işçiye yeni bir iş vermesi, uzun sürecek bir işi iletmesi de bu hakkını kullanmayacağına dair algı oluşturur[320].

---

[314] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 801; Göktaş, **a.g.e.,** s. 92; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 734-735; Dönme hakkı bakımından aynı görüşte, bkz. Serozan, **Dönme,** s. 449 vd. Basın İş Kanunu'na tabi ilişkilerde derhal fesih hakkı için İşK'de düzenlenen sürelerin uygulanması yönünde, bkz. Y22HD, T. 07.05.2014, 2014/10810 E., 2014/11780 K. (Naklen: Yiğit, **Süre,** s. 760)

[315] Gülver, **a.g.m.,** s. 1009.

[316] Oğuzman, **İş Akdi,** s. 37; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 187, Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 171.

[317] Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 174; Yiğit, **Süre,** s. 770.

[318] Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, s. 176.

[319] Göktaş, **a.g.e.,** s. 90; Birben, **Etkisizleşme**, s. 454.

[320] Akyol, **Dürüstlük Kuralı,** s. 64; Baycık, **Etkisizleşme**, s.60; Birben, **Etkisizleşme**, s. 451; Göktaş, **a.g.e.,** s. 90.

Yukarıda belirtildiği üzere iş güvencesinde haklı neden ağırlığında olmayan durumlarda feshin geçerli sebebe dayandığına karar veren Yargıtay, feshin altı iş günlük hak düşürücü sürede yapılmadığı bazı hallerde haklılığın ortadan kalktığı ancak feshin geçersiz kılınmayacağı yönünde hüküm kurmaktadır[321].

İş güvencesi kapsamındaki işçi aleyhine haklı nedene dayanan derhal fesih hakkı doğmuş ise, geçerli nedene dayanan olağan fesih hakkı da doğmuştur ve bu iki yenilik doğuran hak yarışırlar[322]. Doktrinde derhal fesih hakkının *ultima ratio* niteliğe sahip olduğu ve eğer mümkünse haklı fesih yerine olağan fesih yolunun izlenmesi gerektiği ifade edilmiştir[323]. Eğer derhal fesih yerine olağan fesih hakkı kullanılırsa, artık derhal fesih yoluna gitme hakkının kaybedileceği de ileri sürülmektedir[324]. Katıldığımız bu görüşe göre fesih hakkı sahibi için ilişkinin devamı eğer beklenilmez, çekilmez bir durum oluşturmuyorsa, bu durumda haklı sebepten de bahsedilememesi gerekir. Bununla birlikte eğer kişinin olağan fesih hakkını kullanmasının ardından derhal fesih hakkını kullanabileceği bir başka sebep ortaya çıkarsa, artık burada sözleşmenin derhal feshinin önünde hiçbir engel olmayacaktır[325].

Kural olarak altı iş günlük sürenin ilk gününde de, son gününde de feshin yapılması bakımından bir farklılık gözetilmemektedir[326]. Ancak olayın özelliğine göre bir süre geçtikten ve derhal fesih hakkının kullanılmayacağına ilişkin güven oluşturduktan sonra etkisizleşme gündeme gelecektir[327]. Eğer işveren, iş sözleşmesini bu güveni yarattıktan bir süre sonra haklı nedene dayanarak feshederse, etkisizleşme söz konusu olmalı; ancak yukarıda açıkladığımız üzere iş güvencesine tabi olan işçiler bakımından, olağan feshin etkisizleşmesine ilişkin sonuçlar uygulanmalıdır.

---

[321] Y9HD, T. 13.05.2019, 2019/68 E., 2019/10742 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[322] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 384; Yargıtay'ın bir kararına göre, "*Davalı işveren, bu hakkını kullanarak derhal feshetme imkanı varken İş Kanunu'nun 17. maddesine dayanarak süreli fesih yolunu tercih ettiğine göre, bu fesih şeklinin gereği olarak davacının ihbar ve kıdem tazminatlarını ayrı ayrı ödemek zorundadır*"; YHGK, T. 14.03.2012, 2011/9-825 E., 2012/136 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)
[323] Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 121-122.
[324] ATF 123 III 86, JT 1998 I 30 (Naklen: Brunner / Bühler / Waeber / Bruchez, **a.g.e.,** Knr.11, s. 279; Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr. 461, s. 174; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 156.
[325] Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** Knr, 461, s. 174.
[326] Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 75.
[327] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 436.

Bununla birlikte iş güvencesi kapsamındakiler açısından derhal fesih ve olağan fesih haklarının yarıştığı kabul edildiğinde söz konusu sebep, hak düşürücü sürenin sonunda ancak makul süre içinde olağan fesih için geçerli sebep olarak ileri sürülmüş kabul edilebilir. Nitekim yukarıda da bu uygulama ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır[328]. Kapsam dışındaki işçiler ise TBK'nin haksız feshe ilişkin hükümlerine başvurabileceklerdir[329].

İşçi için de derhal fesih hakkının kullanılma süresi dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmelidir. Hak düşürücü süreye tabi durumlarda özellikle ücretin veya fazla mesailerin ödenmemesi süreklilik arz ettikçe fesih hakkını kullanabileceği, ödeme yapıldığında artık fesih hakkının etkisizleşeceği söylenebilecektir[330]. Benzer şekilde işçinin sosyal güvenlik haklarından yararlanmasının engellendiği, sigortaya bildiriminin yapılmadığı sürede, işçi için çalışma koşullarının uygulanmaması süreklilik arz eder. Yargıtay bu durumda fesihte hak düşürücü sürenin dolmadığı yönünde hüküm kurmuştur[331].

III. TAZMİNAT YAPTIRIMLARI

Hukuka aykırılığın sonucu zarar gören kişiyi tatmin etmek amacına yönelen yaptırımlardan biri de tazminattır. Kural olarak tazminat, Kıt'a Avrupası sisteminde şartları gerçekleştiği takdirde zararı telafi etmeye yönelen bir yaptırım olarak öngörülmüştür[332]. Buna karşılık kanun koyucu, hakkaniyetin gereği olarak bazı durumlarda hukuka aykırı fiili işleyen kişiyi medeni hukuk sistemi içinde bir miktar parayı ödemekle deyim yerindeyse "*cezalandırılmaktadır*"[333]. Çalışmamızda öncelikle

[328] bkz. Üçüncü Bölüm, II-A-1-b.
[329] Federal Mahkeme kararları da bu yöndedir, bkz. Baycık, **Yenilik Doğuran Hak,** s. 433; Venturi-Zen-Ruffinen, **a.g.e.,** s. 19, 25.
[330] Yiğit, **Süre,** s. 772-773. 270 saati aşan fazla çalışma ücretlerinin zamlı ödenmesinin ardından, işçinin buna dayanarak derhal fesih hakkını kullanımının kötüye kullanım olarak değerlendirilebileceği görüşünde, bkz. Alpagut, **Emsal Ücret**, s. 69.
[331] Y9HD, T. 29.12.2010, 2010/913 E., 2010/41802 K. (www.legalbank.net).
[332] Eren, **a.g.e.,** Knr. 2386-2387, s. 862;
[333] Grévy, **a.g.e.,** s. 79.

bu nitelikteki tazminat yaptırımları incelenecek, ardından genel hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminat yaptırımlarına yer verilecektir.

A. KÖTÜNİYET TAZMİNATI

1. Tazminatın Hukuki Niteliği

Fesih hakkının işveren tarafından kötüye kullanıldığı hallerde kanun koyucunun tercihi, feshe geçerlilik tanıyarak, işçiye[334] "*kötüniyet tazminatı*" olarak adlandırılan tazminatı talep hakkı tanımak olmuştur. Kural olarak işçinin feshi halinde işveren, bu tazminatı talep edemeyecektir, kanunda bu yönde bir düzenleme yoktur[335].

Kötüniyet tazminatı, kanun koyucu tarafından götürü tazminat olarak düzenlenmiştir. İşverenin fesih hakkını kötüye kullanması, bu tazminatın talep edilmesi için yeterlidir. İşçinin bu tazminatı talep etmesi için bir zarara uğramış olması gerekmemektedir[336], bu nedenle teknik olarak bir tazminat niteliği taşımadığından, doktrinde bir medeni ceza (*la peine privée*) olarak da tanımlanmaktadır[337]. Tazminatın cezalandırıcı ve düzeltici işlevleri olduğu kabul edilmektedir. Cezalandırıcı işlevi,

---

[334] Süreksiz işlerde çalışanlara İşK m. 10 uyarınca İşK m. 17 uygulanmayacağından, kötüniyet tazminatı talep edilemeyecektir. Buna karşılık TBK m. 434'te düzenlenen kötüniyet tazminatında bu yönde bir sınırlamaya gidilmemiştir. Ancak kanımızca kanun koyucu açıkça süreksiz işlerde çalışanları kapsam dışı bıraktığından, bu işçilerin İşK dışındaki düzenlemeye başvurarak TBK'deki kötüniyet tazminatını talep edememeleri gerekir.

[335] Doktrinde Ekonomi, 1475 sayılı Kanunda sayılan örnekler yanında "*ve genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlar"* ifadesiyle işçi ve işveren yönünden ayrım yapılmadığı görüşündeydi, bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s. 187. 4857 sayılı Kanunda açıkça işçilerin sözleşmelerinin kötüye kullanarak sona erdirildiği durumlar ifadesi kullanılmış, şüpheye yer bırakılmayacak şekilde yalnızca işçi tarafından talep edileceği düzenlenmiştir, bkz. Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s. 399; Göktaş, **a.g.e.,** s. 128; Akyiğit, **Şerh,** s 697; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 554; Güneş Topal, **İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması,** Ankara, Seçkin, 2008, s. 216; Süzek, **İş Hukuku**, s. 564-565.

[336] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 162; Süzek, **İş Hukuku**, s. 565; Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 189; Yargıtay'ın kötüniyet tazminatını MK m. 2'nin İş Kanununa aktarılmış hali olarak değerlendirdiği ve zarar yahut zarara uğrama ihtimalini aradığı bir kararı için bkz. Y9HD, T. 19.12.2005, 2005/16326 E., 2005/39817 K. (Naklen: Akyiğit, **Şerh**, s. 760, yazar götürü tazminat niteliği taşıdığı için kararı eleştirmiştir)

[337] Cezadan farklı olarak söz konusu tazminat Devlete değil, mağdura ödendiğinden bu ifadenin kullanıldığı yönünde, bkz. Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 105, dn. 107. Rehbinder / Stöckli, **a.g.e.,** Knr. 2, s. 289; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 399; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 941. Sosyal hukuk düşüncesinin sonucu olduğu görüşünde, bkz. Oğuzman, **İş Akdi**, s. 282; Saymen**, İş Hukuku,** s. 609; Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 163.

fesih hakkını kötüye kullanan tarafı tazminat ödemekle yükümlü kılması yoluyla yerine getirir. Düzeltici işlevi ise feshe muhatap olan tarafın katlandığı olumsuz sonuçları hafifletmeye yönelmiştir[338].

İsviçre'de fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin yaptırımlar şekillendirilirken, tazminatın niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş, doktrinde bir grup yazar tarafından fesih hakkının kötüye kullanılmasının da sözleşmeye aykırılık olduğu ve bu bağlamda İsviçre BK m. 41'in uygulanması gerektiği savunulmuştur[339]. Ancak yenilik doğuran hak vasfı nedeniyle feshin bir kötü ifa olarak nitelendirilmesi mümkün görülmemiş, bu nedenle sözleşmesel sorumluluk görüşü azınlıkta kalmıştır.

Doktrinde, götürü tazminat niteliği nedeniyle kötüniyet tazminatında geniş anlamda ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiği ifade edilmektedir[340]. Yargıtay'a göre, bu tazminatın hesaplanması esnasında ihbar tazminatının hesaplanma yöntemi esas alınacaktır. Çünkü iki tazminat da İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Bu nedenle, kötü niyet tazminatının hesabında, para veya para ile ölçülebilir hukuki tüm menfaatler göz önünde tutulmalıdır[341]. Menfaatin dayanağı iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi gibi düzenlemeler veya kanun olabilir. Bununla birlikte Yargıtay, toplu iş sözleşmesiyle bildirim sürelerinin artırılması durumunda kötüniyet tazminatının hesabında İş Kanunu'ndaki bildirim sürelerinin esas alınması gerektiğine karar vermiştir[342]. 1475 sayılı Kanun'da açıkça "*A bendinde yazılı önellere ait ücretlerin üç katı tutarı"* diye belirtilmesine karşılık, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yalnızca "*bildirim süresi*" ifadesi kullanması nedeniyle, doktrinde bu yoruma gerek kalmadığı, artırılmış bildirim süresi mevcutsa tazminatın buna göre hesaplanması gerektiği ifade edilmektedir[343]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun koyucu bu tazminatın miktarını "*bildirim sürelerinin üç katı*" ifadesiyle maktu olarak

[338] Favre-Morellion, **a.g.e.,** s. 176; Brunner / Bühler / Waeber / Bruchez, **a.g.e.,** s. 258.
[339] Zoss, **a.g.e.,** s. 112, dn. 242'deki yazarlar.
[340] Gerek, **Haksız Fesih,** s. 11.
[341] Y9HD, T. 12.06.2008, 2007/21422 E. 2008/15336 K.; Y9HD 21.1.2013 T., E. 2013/39366, K. 2013/2074; Y9HD, T. 11.10.2010, 2008/5644 E., 2010/28576 K.; Güzel, **Değerlendirme 2010,** s. 176; Süzek, **İş Hukuku**, s. 565.
[342] Y9HD, T. 25.12.2003, 2003/21909 E. 2003/22733 K; Karş. Süzek, **İş Hukuku**, s. 565.
[343] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 942-943; Akyiğit, **Şerh**, s. 707.

belirlemiş[344], İsviçre BK'de olduğu gibi yargıca, durumun özelliklerine göre miktarı tespit yetkisi tanımamıştır[345]. Kötüniyet tazminatı işçinin iş görme ediminin karşılığı değildir, bir ücret niteliğinde olmadığından bu bedelden sigorta primi kesilmez. Ancak gelir ve damga vergisi kesintisi yapılacaktır[346].

Kötüniyet tazminatında zamanaşımı süresi on yıl olarak kabul edilmekteydi. Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile İşK'ye Ek Madde 3 olarak getirilen düzenleme gereğince, 25.10.2017 tarihinden sonra yapılan fesihlerde, kötüniyet tazminatı alacağının 5 yıllık zamanaşımına tabi olacağı öngörülmüştür. Zamanaşımı süresinin kanun değişikliğinden önce başlaması halinde ise 5 yıldan fazla süreler 5 yıl olarak hesaplanacaktır[347].

İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile kötüniyet tazminatı talebinden feragat edilemez. Kural olarak iş sözleşmesi sona erdikten sonra feragat mümkün olacaktır[348].

2. İş Kanunu Dışında Kötüniyet Tazminatı Niteliğindeki Diğer Düzenlemeler

Fesih hakkının kötüye kullanılması nedeniyle işçinin tazminat talep edebilmesi için yalnızca İş Kanunu'na tabi olması gerekmez. 4857 sayılı İş Kanunu, diğer iş kanunları için genel kanun niteliği taşımadığından, fesih hakkının kötüye kullanılmasına dair tazminat hükümleri diğer kanunlara uygulanamaz. Bu durumda çalışma yaşamını düzenleyen diğer kanunların kendi kapsamında öngörülen yaptırımlar incelenmelidir.

[344] Bedük, **Kötüniyet,** 950.
[345] İsviçre'de çoğu uyuşmazlıkta işçinin iki ila dört aylık ücreti olarak takdir edildiği yönünde, bkz. Favre-Morellion, **a.g.e.,** s. 177; Brunner / Bühler / Waeber / Bruchez, **a.g.e.,** s. 259.
[346] Y9HD, T. 05.09.2012, 2011/48488 E., 2012/27544 K. (www.legalbank.net)
[347] Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 189; Uğur Ocak, **Feshe Bağlı İşçilik Alacakları**, 1.Kitap, Gaziantep, 2018, s. 1196.
[348] Sızmazoğlu**, a.g.e.,** s. 107.

a. Deniz İş Kanunu Kapsamındaki Düzenleme

Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan gemiadamları iş güvencesi kapsamında değildir, bu nedenle fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda m. 16/D uyarınca kötüniyet tazminatı talep edilebilir. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nın 16. maddesinin D bendinde "*Gemiadamının sendikaya üye olması, şikâyete başvurması gibi sebeplerle işinden çıkarılması hallerinde ve genel olarak hizmet aktini bozma hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda "B" bendinde yazılı önellere ait ücretlerin üç katı tutarı tazminat olarak ödenir*" düzenlemesi mevcuttur. Kanunda "*hizmet akdini bozma hakkı*" ifadesini kullanılmıştır ancak farklı kelimelerin kullanılmış olması kanun koyucunun farklı bir hakka yönelik düzenleme yapma niyetinde olduğu anlamına gelmez. Burada yine bildirimli fesih hakkının kötüye kullanılması kastedilmektedir. Söz konusu düzenleme, mülga 1475 sayılı Kanun ile paralel bir nitelik taşımaktadır.

Bu Kanuna tabi işçilerin ayrımcılığa dayanan talepleri bakımından İşK m. 5'teki ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi mümkün görünmemektedir. TBK'de ise ayrımcılık tazminatı düzenlenmemiştir; ancak ayrımcılık oluşturan haller kötüniyetin özel bir türü olduğundan yine kötüniyet tazminatı talep edilebilir. Sendikal tazminat yahut sendikal işe iade davasının koşulları oluştuğu takdirde ise 6356 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.

b. Türk Borçlar Kanunu Kapsamındaki Düzenleme

818 sayılı eBK'de kötüniyet tazminatına dair bir düzenleme yer almamaktaydı. Çünkü mülga kanun, 1911 tarihli İsviçre BK hükümleri esas alınarak düzenlenmiştir. O tarihte kanunda fesih hakkının kötüye kullanımına yönelik bir yaptırım bulunmuyordu[349]. MK m. 2'de hakkın kötüye kullanılması yasağı mevcut olduğundan, kanun koyucu fesih hakkının kötüye kullanılması adı altında bir düzenlemeye ihtiyaç duymamıştır. 1989 tarihinde İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenen değişiklikle 336.

[349] 818 sayılı Borçlar Kanunu'na kaynak teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelerin iş hukuku bakımından oldukça sınırlı olduğu yönünde, bkz. Özdemir, **Borçlar Kanunu**, s. 116.

maddede iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması düzenlenmiştir. Madde 336a'da öngörülen kötüniyet tazminatı, işçinin 6 aylık ücret tutarını aşmamak üzere yargıç tarafından takdir edilecektir[350]. Türk kanun koyucusu, bu değişikliği 2012 yılında yenilenen TBK'ye yansıtmamıştır. "Feshe Karşı Koruma" başlıklı 434. maddede "*Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür."* düzenlemesine yer verilmekle yetinilmiştir. İsviçre BK'da düzenlenen tazminat yargıç tarafından belirlenen bir bedelken, TBK ve İşK'da düzenlenen tazminatın miktarı işçinin çalıştığı süreye oranla tespit edilecektir. Yasanın lafzından, yargıcın bu bedeli örneğin üç katı yerine iki katı olarak belirlemek gibi bir takdir yetkisi olmadığı anlaşılmaktadır.

Kanımızca TBK'deki hükmün mehaz kanundan farklı olma sebebi, İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu ile paralel bir düzenleme yapmak amacıdır. Eğer TBK, mehaz kanundaki düzenlemeyi olduğu gibi alsaydı, hem iş güvencesine benzer nitelikte fesih engelleri öngörecekti, hem de İş Kanunu ve diğer kanunlardan farklı bir tazminat yaptırımı düzenlenecekti. Bu nedenle kanun koyucu bu sonuçtan kaçınmış, TBK kapsamında çalışan işçiler için fesih hakkının kötüye kullanımı olarak karine teşkil edecek halleri, açıkça öngörmemiştir[351].

Kanun kapsamında çalışan işçiler için ayrımcılık tazminatı, kötüniyet tazminatı kapsamında talep edilebilir ve sendikal tazminat için ise 6356 sayılı Kanun hükümlerine başvurulacaktır.

Basın İş Kanunu'nda fesih hakkının kötüye kullanılmasının yaptırımı öngörülmemiştir. Basın İş Kanunu'na genel kanun niteliğinde olan TBK hükümleri ile MK m. 2, fesih hakkının kötüye kullanılması halinde başvurulabilecek genel hükümlerdir. Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler İşK m. 18 uyarınca kural olarak iş güvencesinden yararlandıklarından, iş güvencesi kapsamında olmayan gazetecilerin kötüniyet tazminatı talebi TBK'ye dayanacaktır. Ayrımcılık tazminatı ve sendikal

[350] Senyen Kaplan, **Sınırlandırılma**, s. 321.
[351] Özdemir, **Borçlar Kanunu**, s. 120.

tazminatı talepleri bakımından yukarıda gemiadamları için gidilebilecek yollar, gazeteciler için de geçerli olacaktır.

3. Kötüniyet Tazminatında İspat

Kural olarak davacı, açmış olduğu davada ileri sürdüğü vakıaları ispat etmelidir. İspat, bir görüş uyandırmak, inandırmak amacıyla yapılır[352][353]. Yargıç, uyuşmazlığın çözülmesi için bütün delilleri inceleyerek tam kanaate ulaşmalıdır. Tam kanaatin çerçevesini belirlemekse güçtür[354]. Yargıcın tam kanaati yoluyla maddi vakıalar tam olarak ispat edilebilir. Kimi zaman, tam kanaate ulaşmak için tam ispat araçlarının kullanılmasında güçlük olduğu durumlarda, ispat kolaylığı yaratan mekanizmalar devreye girer. Amaç, dava taraflarının adil hükme ulaşmalarını sağlamaktır[355].

İş uyuşmazlıklarında kural olarak işçi iddiasını ispatla yükümlü olmakla birlikte, işçinin ispat aşamasında zorluk yaşayacağı bazı durumlar göz önüne alınarak, işçinin ispat ölçütünün düşürüldüğü ve ispat kolaylıkları sağlandığı ifade edilmektedir. Kural olarak ispat kolaylığı sağlanan hallere açıkça kanunda yer verilir; ancak işçinin kişilik hakkının korunmasını gerektiren hallerde, kanuni düzenleme olmaksızın ispat kolaylığı sağlanabileceği doktrinde ifade edilmiştir[356]. İspat kolaylıkları kapsamında emare ile ispat, ilk görünüş ispatı gibi kavramlar kullanılmakta, bu vesileyle doğrudan ispatın yanı sıra dolaylı olarak da maddi vakıaların ispatının önü açılabilmektedir.

---

[352] Oğuz Atalay, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 1587; Tanrıver, **a.g.e.**, s. 755; Erdem Özdemir, **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, İstanbul, Beta, 2006, s. 7(İspat Yükü).

[353] İspatın hangi ölçüde değerlendirileceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Sübjektif görüş, yargıcın değerlendireceği deliller yoluyla kanaate ulaşması gerektiğini, buna karşılık objektif görüş ise hakimin deliller yoluyla ihtimali ölçerek, ihtimalin ispata yeterli güçte olup olmadığını değerlendirmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Sübjektif görüş, yargıcın kişisel olarak ikna olması gerektiğini savunurken, objektif görüş ise şahsi olarak ikna olup olmadığına göre karar veremeyeceğini ifade eder, bkz. Hakan Albayrak / Ertuğrul Yuvalı, "İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Legal İSGHD**, C:9, S:34, 2012, s. 73-112, s. 76. Günümüzde yargılamada, iki görüşün arasında bir yolla ispat ölçüsünün belirlendiği ifade edilmektedir, bkz. Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 77.

[354] Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 77.

[355] Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 80.

[356] Zeki Okur, "İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı", **İÜHFM**, **Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı**, C:74, 2016, s. 587-600, s. 589. (İspat Kolaylığı)

Burada amaçlanan, komşu vakıalarla asıl ispatı gereken vakıalar arasında hayat tecrübeleri yoluyla bir mantık bağı kurulmaya çalışılmasıdır[357].

Fesih hakkının kötüye kullanılmasına yönelik tazminatın talep edilebilmesi, bir diğer deyişle korumanın etkinliği, kötüye kullanımın ispatıyla mümkündür[358]. İş güvencesi kapsamında olmayan iş ilişkilerinde, feshin bir nedene dayanması aranmadığından ispata ilişkin genel kural uygulanır. Feshin, hakkın kötüye kullanılması sonucu doğuran bir sebeple yapıldığı işçi tarafından ortaya konulmalıdır[359]. Ayrıca doktrinde belirtildiği üzere iyi niyet esas olduğundan, iyi niyetinin yokluğu, bunu iddia eden tarafından ispatlanmalıdır[360]. Kanun koyucu, geçersiz fesih ve sendikal nedenle fesih iddialarında, feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükünü işverene yüklemiş, ayrımcılık tazminatı talebinde ise emare ile ispatı kabul etmiştir.

Doktrinde kötüniyetin ispatının taşıdığı öneme karşılık, kanun koyucunun bu ispat yükü noktasında hiçbir düzenleme yapmaması nedeniyle genel hükümler gereğince ispat dışında başka bir imkan bulunmadığı dile getirilmiştir. Bu tercih, işçilerin kötüniyeti ispatını zorlaştırmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, işçinin fesih nedenini somut bir şekilde ortaya koyabilmesi çok zordur, bu nedenle emareler vasıtasıyla yargıç, işverenin fesih hakkının kötüye kullanılmasında makul bir sebebe dayanmadığına karar verebilir[361]. Kural olarak burada ispat yükünün yer değiştirilmesi yerine, ölçünün düşürülmesinden söz edilecektir[362]. Ancak m. 336/1'in a ve b bentleri uyarınca, yani işçinin kişisel özelliklerine dayanan fesihler ile temel hak

---

[357] Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 82.
[358] Zoss, **a.g.e.,** s. 68.
[359] Aktay / Arıcı / Senyen Kaplan, **a.g.e.,** s. 182; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s. 395; Süzek, **Geçerli Fesih**, s. 567; Özdemir, **Borçlar Kanunu**, s. 120; Özdemir, **İspat Yükü**, s. 341; Ocak, **a.g.e.,** s. 1197; Y9HD, T. 21.05.1997, 1997/8368 E., 1997/9628 K.; Y9HD, T. 04.03.1996, 1996/34155 E., 1996/3778 K. (Naklen: Akyiğit, **Şerh**, s. 742); Y9HD, T. 11.10.2010, 2008/5644 E., 2010/28576 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Güzel, **Değerlendirme 2010**, s. 175-176.
[360] Süzek, **İş Hukuku**, s. 567-568; Tanrıver, **a.g.e.,** s. 797.
[361] Belirtmek gerekir ki İsviçre BK m. 335 f. 2 uyarınca feshe maruz kalan tarafın talebi halinde feshi ihbar eden tarafın, fesih sebebini yazılı olarak bildirmesi gerekir. Bu sayede sözleşmesi feshedilen taraf, bu feshin hangi sebeple gerçekleştirildiğini bilebilir. Ancak m. 336b'de kötüye kullanıma maruz kalan tarafın bu feshe yazılı olarak itiraz etmesi gerekliliği ile bu düzenleme, birbirlerinden bağımsızdır. Yazılı bildirimin yokluğu feshi geçersiz hale getirmez veya feshin haksızlığı için bir karine oluşturmaz, bkz. CS-Dunand, **Art. 336b**, Knr. 21, s. 706.
[362] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 17, s. 661.

ve özgürlüklere dayanan fesihlerde, işçinin söz konusu özelliğinin veya hakkını kullanmasının iş ilişkisi ile bağlantısını veya işyerinde işin görülmesine esaslı bir nedenle ciddi bir zarar verdiğini, işveren ispat etmelidir[363].

İş güvencesi kapsamı dışında işverenin olağan fesih hakkını kullanmak için sebep gösterme yükümlülüğü bulunmasa dahi, her feshin bir sebebi vardır[364], hatta birden fazla sebep de olabilir[365]. Kötüniyet tazminatı talebinde ispat faaliyeti ile yapılmaya çalışılan, fesih nedeninin tespit edilmesi ve bu nedenin dürüstlük kuralına aykırı niteliğidir. Bu da kişinin hangi saikle hareket ettiğini bulmayı gerektiren, zorlu bir çabadır[366]. Hayatın olağan akışı içinde gerçekleşen olaylar, yargıçta kanaat oluşmasını sağlayabilmektedir. Doktrinde Süzek, kronolojik olarak olayların arasındaki bağlantı yoluyla ispat zorluğunu yumuşatabilmenin mümkün olduğunu ifade etmektedir[367]. Doktrinde Özdemir, ayrımcılık yasağı için öngörülen İşK m. 5 hükmündeki ispata dair düzenlemenin, kötüniyet tazminatı talebinde esas alınabileceği görüşündedir[368].

Kanun koyucu, kötüniyetin tespiti için işverenin niyetini, zarar verme amacını aramamaktadır. Hatta MK m. 2'den daha geniş kapsamlı olarak "açık kötüye kullanım" da aranmamaktadır. Ancak Yüksek Mahkeme'nin kötüniyet tazminatı taleplerine yönelik verdiği kararların büyük çoğunluğu, kötüniyet iddiasının kanıtlanamadığına yöneliktir[369]. Doktrinde, hüküm gerekçesinde örnekleme amacıyla sayılan hallerin Yüksek Mahkeme'ce sınırlayıcı bir şekilde yorumlandığı ifade edilmektedir[370].

---

[363] CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 21, s. 662.
[364] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 938.
[365] Eğer birden fazla sebep bulunmaktaysa, feshe konu olan temel sebep, yalnızca nedenler arasında en güçlü olan değil, aynı zamanda o neden olmasaydı feshin yapılmayacağı tespit edilendir, bkz. Caruzzo, **a.g.e.,** s. 520; CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 19, s. 662.
[366] Zoss, **a.g.e.,** s. 68.
[367] Süzek, **İş Hukuku**, s. 568.
[368] Özdemir, **İspat Yükü**, s. 344-345.
[369] Y9HD, T. 25.10.2000, 2000/9652 E., 2000/14814 K.; Y9HD, T. 29.05.2002, 2002/1187 E., 2002/9239 K.; Y9HD, T. 18.05.2005, 2005/12282 E., 2005/18897 K.; Y9HD, T. 19.12.2005, 2005/16326 E., 1005/39817 K.; Y9HD, T. 03.07.2008, 2007/24019 E., 2008/18755 K.; Y9HD, T. 07.10.2008, 2007/26262 E., 2008/25917 K.; Y9HD, T. 21.01.2009, 2007/34315 E., 2009/567 K.; Y9HD, T. 09.05.2008, 2008/12847 E., 2008/11903 K.; Y9HD, T. 15.02.2010, 2008/16806 E., 2010/3579 K.; Y9HD, T. 19.01.2012, 2009/36122 E., 2012/921 K.
[370] Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, **a.g.e.,** s. 188.

Belirtilmelidir ki İşK m. 17, 1475 sayılı Kanun gibi kötüye kullanım örneklerine hükmün içinde yer vermemiş[371] ancak bunların bir kısmı gerekçeye taşınmıştır. Bu durum, kötüye kullanımın tespitinde yardımcı olmamaktadır. Doktrinde bir görüş ise nelerin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinin kanunda sayılması veya genel bir kural getirilmesinin uygun bir yöntem olmadığını ifade etmektedir[372]. Hakkın kötüye kullanılması kavramı bir sınırlandırmaya tabi tutulamaz[373], böylece bu haller sınırlı biçimde sayılamaz. Ancak yargılama faaliyetine ışık tutmak adına somutlaştırma yapılabilir, eski düzenlemede hükmün içinde örneklere yer verilmesi ve İsviçre BK m. 336'da sayılan haller bu somutlaştırma faaliyetini karşılar. Ancak sırf bu durum da kötüniyetli feshe yol açmayacaktır, eski tarihli bir kararda Yargıtay, kanunda sayılan örneklerden biri olan sendikalı olma hali bakımından dahi yalnızca tanık ifadeleriyle kötüniyet tazminat talebi yönünde hüküm kurmamıştır[374].

Bazı kararlarda Yargıtay, kanunda yer verilen örnekler dışında tespitler yapmıştır, bunlar da somutlaştırmaya katkı sağlamaktadır. 22. Hukuk Dairesinin 2013 tarihli bir kararında işçi, raporlu olarak işe gelmediği sürede kendisinden işyerine gelerek çalışmasının istendiğini ve çalışmadığı için iş sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiğini iddia etmiştir. Kararda, kötüniyetli feshe yol açabilecek unsurları "*işverenin fesih hakkını kullanırken davacıya zarar verme kastı, kusuru, menfaatler arası aşırı dengesizlik getirmesi, fesih hakkını meşru bir menfaat bulunmaksızın veya sosyal amacından saptırarak kullanması gibi objektif iyi niyet kurallarından ayrıldığı*" haller olarak ifade edilmiştir[375]. İşverenin ekonomik krize dayanarak sözleşmeyi feshetmesinin ardından yeni işçiler alması halinde fesih hakkının kötüye kullanıldığına hükmedilmiştir[376]. Bir başka olayda ise eleman temininde güçlük zammı verilen işçinin sözleşmesi, hükümet değişikliğinin akabinde feshedilmiş; ertesi gün yerine

[371] Kanunda örnekleme yoluyla sayılan hallerden biri somut olayda mevcutsa, ispatın nispeten daha kolay olacağı görüşünde, bkz. Saymen, **İş Hukuku,** s. 567.
[372] Göktaş, **a.g.e.,** s. 124.
[373] Süzek, **İş Hukuku**, s. 562-564; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 936; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 501.
[374] Y9HD, T. 25.01.1993, 1992/6488 E., 1993/916 K.
[375] Y22HD T. 26.11.2013, 2013/21437 E., 2013/26781 K.
[376] Y9HD, T. 25.01.2001, 2000/16760 E., 2001/1282 K. (www.legalbank.net)

başka işçi istihdam edilmiş; ancak işçinin tanık dinletmemiş olması nedeniyle kötüniyetin ispatlanmadığına karar verilmiştir[377].

İşverence yapılan feshin misilleme amacı taşıyıp taşımadığının tespiti bakımından değerlendirme, işçinin eylemi ile işverenin feshi arasında geçen zamanın illiyet bağına etkisi incelenerek yapılmıştır[378]. Sosyal Sigortalar Kurumu'na girişi yapılmayan işçinin şikâyeti üzerine, müfettişin işyerinde tespit yapıp somut durumu ortaya koyduğu gün, şikâyeti yapan işçinin sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiği tespit edilmiştir[379]. Sigortasız çalıştırıldığına dair şikâyetin üzerine tespitin yapılıp raporun tanzim edilmesinin hemen ardından iş sözleşmesi feshedilen işçinin, kötüniyet tazminatı talebinin kabul edilmesi gerekir[380]. İşçinin işveren aleyhine tanıklık yapmasının üzerinden kırk gün geçmesinin ardından fesih hakkının kötüye kullanıldığı kabul edilmiştir[381]. Bir başka kararda, şikayet eyleminden altı ay geçtikten sonra yapılan fesihte, kötüye kullanımın olmadığı sonucuna varılmıştır[382]. İsviçre'de LEg m. 10 kapsamında yapılan fesihte Bern kanton mahkemesi, feshin ilgili şikayet veya başvurunun hemen ardından yapılmasının zorunlu olmadığına yönelik bir karar vermiştir, nitekim işveren gözetme borcu kapsamında fesih yerine gidebileceği başka bir yol olup olmadığını araştırabilir[383].

Bazı hallerde şikayet ve feshin birbiri ardına gerçekleşmesi, ispat bakımından kafi gelmemiştir. 9. Hukuk Dairesi, bir kararda sırf şikayet edildi diye fesih yapılmasının, kötüniyeti göstermeyeceğini belirtmiştir[384]. 2001 tarihli bir başka

---

[377] YHGK, T. 09.06.1999, 1999/9-470 E., 1999/490 K. ve kararı haklı bulan incelemesi için bkz. Ekmekçi, **Değerlendirme 1999,** s. 80.

[378] Favre-Moreillon, **a.g.e.,** s. 139; Şikayetten iki ay gibi kısa bir süre sonra feshin kötüniyet tazminatını gerektirdiği yönünde, bkz. Y9HD, 2005/1104 E., 2005/31842 K. (www.legalbank.net)

[379] Y9HD T. 25.12.2009, 2008/11827 E., 2009/37053 K. Aynı yönde, denetimin yapıldığının ertesi günü devamsızlık gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilmesine ilişkin bkz. Y9HD, T. 13.05.2013, 2011/11965 E., 2013/14285 K.; Y9HD, T. 30.03.2016, 2014/36354 E., 2016/7815 K.

[380] Y9HD T. 04.10.2006, 2006/4253 E., 2006/25767 K. (Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/1); Aynı yönde, Y9HD, T. 12.10.2015, 2014/15333 E., 2015/28179 K.

[381] Y9HD, T. 09.02.1999, 1999/19655 E., 1999/1789 K. (Naklen: Akyiğit, **Şerh**, s. 706)

[382] Y9HD, T. 25.02.1998, 1998/308 E., 1998/2507 K. (Naklen: Akyiğit, **Şerh**, s. 706)

[383] Lempen / Salem, **a.g.m.,** s. 102-103.

[384] Y9HD T. 11.06.2012, 2010/15420 E., 2012/20075 K. Somut olayda işçi iş kazası geçirmiş, 02.07.2007 tarihine kadar iş göremez raporu verilmiş ve raporun sona erdiği gün iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yargıtay, işverenin şikayetten 14.07.2007 tarihinde haberdar olduğundan bahisle kötüniyetin ispatlanamadığına hükmederek işçinin talebi yönünde karar veren yerel mahkeme kararını bozmuştur.

kararda, şikayetin ardından yapılan feshin tanık beyanları ile doğrulanması aranmış, yalnızca hareketlerin birbirini takip etmesi yeterli görülmemiştir[385]. Doktrinde Alpagut, bu karara dair incelemesinde işçiden kaynaklanan nedenler veya işletme gereklerinin yokluğunda, 1475 sayılı İşK m. 13'ün amacından hareketle şikayetin fiili karine olarak kabul edilebileceği ve işverenin bu durumda ispat faaliyetini gerçekleştirebileceğini savunmuştur[386].

Kötüniyetin, fesih anındaki hal ve davranışlar ile ilgisi olup olmadığı noktasında Yargıtay şu kararı vermiştir: *"...Somut olayda, davacı lehine karar gerekçesinde belirtilmeyen ancak fesih sırasında gerçekleştiği iddia edilen küfür nedeniyle kötüniyet tazminatına hükmedilmişse de, kötüniyet tazminatı talebinin fesih nedenine göre değerlendirilmesi gerekir. Fesih anında gelişen olay ve sözler başlı başına kötüniyet tazminatına hükmedilmesini gerektirmez...[387]"* Tarafların fesih anındaki gerginliği ile fesih sebebi birbirinden ayrı değerlendirilmelidir[388].

Tarafların bir davranışı kötüniyet olarak adlandırmalarının feshi kötüniyetli feshe dönüştürmeyeceğini ifade eden Narmanlıoğlu, dürüstlük kuralı ölçütü gereğince ancak objektif olarak kötüniyet sayılabilecek somut durumun incelenmesi ve değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir[389]. Nitekim Yargıtay da, disiplin kurulu kararı alınmaksızın yapılan feshin kötüniyetli sayılacağına yönelik toplu iş sözleşmesi hükmünü yorumlarken aynı sonuca ulaşmıştır. Tarafların nitelemeleri, bir davranışı dürüstlük kuralına aykırı hale getirmeyecektir[390].

[385] Y9HD, T. 15.01.2001, 2001/14922 E., 2001/137 K. (www.legalbank.net)
[386] Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s. 101.
[387] Y9HD T. 07.06.2012, 2010/13916 E., 2012/19885 K.
[388] İşçiyle tartışması esnasında işverenin "çek git" demesi kötüniyet kapsamında sayılmamıştır, Y9HD, T. 01.05.1997, 1997/2693 E., 1997/7971 K. (Naklen: Şahlanan, **Feshe Karşı Koruma**, s. 151)
[389] Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 396.
[390] Y9HD T. 15.10.1985, 1985/7070 E., 1985/9454 K.

4. Kötüniyet Tazminatının Feshe Bağlı Diğer Taleplerle İlişkisi

a. Kötüniyet Tazminatı İle İş Güvencesi Tazminatı

İş güvencesi sistemiyle, İş Kanunu'nun 21. maddesi kapsamında, işçinin öncelikle fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir aylık süre içinde zorunlu arabulucuya başvurması, buradan sonuç alınamadıysa iş mahkemesine dava açması veya tarafların anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme götürmeleri öngörülmüştür. İşe geri dönmek istemeyen işçi ise şartları oluştuysa kıdem ve ihbar tazminatlarına yönelik talepte bulunabilir. İşçinin aynı anda hem feshin geçersizliğini ve işe iadeyi, hem de feshe bağlı sonuçlar olan kötüniyet tazminatı, kıdem veya ihbar tazminatını taleplerini inceleyen Yargıtay, bu konuda verdiği bir kararında durumu iki yönden değerlendirmiştir. İlk olarak her iki gruptaki taleplerin birlikte istenmesi halinde, işe iadenin gerektirdiği İşK ile öngörülen ancak 7036 sayılı Kanun ile basit yargılamaya dönüştürülen seri yargılamanın[391] yerine getirilemeyeceği; ikinci olarak hem feshin sonuçlarının hem de feshin geçersizliğinin işçi tarafından talep edilmesinin çelişki oluşturacağına dikkat çekilmiştir[392]. Bu şekilde dava açılsa dahi, tefrik edilmesi gerekir[393].

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilir olması, kötü niyet tazminatı talep hakkının önüne geçer[394]. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin çeşitli kararlarında, "*iş güvencesi uygulama alanı içinde olan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi kötü niyet tazminatı isteyemez*." ifadeleriyle hüküm kurulmuştur[395]. Daire, İşK m. 17/4'te açıkça "…*bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği*

[391] 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile seri yargılama usulü kaldırıldığından, kanunun seri yargılama usulüne yaptığı atıflar basit yargılama usulüne yapılmış sayılacaktır. (HMK . 447)
[392] Y9HD, T. 03.11.2008, 2008/36889 E., 2008/29872 K.
[393] Y9HD, T. 07.06.2012, 2012/12047 E., 2012/22762 K. (Çalışma ve Toplum, S: 35)
[394] Ocak, **a.g.e.,** s. 1197; Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 553; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 500; Süzek, **İş Hukuku**, s. 559.
[395] Bazı örnekler için bkz. Y9HD T. 25.06.2006, 2006/22213 E., 2006/24598 K.; Y9HD T. 15.05.2006, 2006/8804 E., 2006/13358 K.; Y9HD T. 25.11.2010, 2008/43910 E., 2010/34643 K.; Y9HD T. 24.10.2011, 2009/23390 E., 2011/39223 K.; Y9HD T. 27.01.2015, 2013/7662 E., 2015/7404 K.; Y9HD T. 25.11.2010, 2008/43910 E,. 2010/34643 K.

durumlarda…" düzenlemesi ve kötüniyet tazminatının ancak iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için talep konusu olabileceğinden hareketle, güvenceden yararlananların taleplerini reddetmek gerektiğine hükmetmiştir[396]. Ayrıca işe iade davası sonucunda iş güvencesi tazminatının, kötüniyet tazminatına göre daha yüksek miktarda belirlendiği ve işçi açısından lehe sonuç doğurduğu da belirtilmektedir[397].

Bazı yazarlar, işçi güvence kapsamında olsa dahi işe geri dönmek istemediğinde, kötü niyet tazminatı talebini değerlendirmişlerdir. Bir görüşe göre güvencesi olmayan işçiler kötüniyet tazminatı talep edebiliyorken, iş güvencesi kapsamında olanlar için bu imkanın sağlanması gerekir[398]. İşçinin işe dönmek istememesi halinde, feshin kötüniyetli olmasına dair hiçbir talepte bulunamamasının eşitliğe aykırılık yaratacağı da ileri sürülmektedir[399]. Özellikle iş sözleşmesini feshederken hakkını kötüye kullanan işverene karşı işçinin işe dönmek istememesi makul bulunmalı, bunun yanında kötüniyet tazminatı istemi kabul edilmelidir[400].

Bir başka görüşe göre, kötü niyet tazminatının hesaplanmasında bildirim süreleri esas alındığından, özellikle bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle bildirim sürelerinin artırıldığı durumlarda işçiler, işverenle çalışmaya devam etmek de istemiyorlarsa kendilerinin daha lehine olan kötü niyet tazminatını talep edebilirler[401].

İşçinin feshin geçersizliğine dair bir talepte bulunmaması ve hak düşürücü sürenin dolmasının ardından kötüniyet tazminatı talebi söz konusu olabilir mi? İşe iade davası açılmaması -veya açıp dava lehe sonuçlandıktan sonra on gün içinde işverene iade istemiyle başvurulmaması halinde-, fesih geçerli hale gelecektir ve işveren

---

[396] İşçilerin kötüniyet tazminatı talebiyle açtıkları çeşitli davalar, öncelikle iş güvencesini haiz olup olmadığının araştırılması gerektiği ve eksik inceleme nedeniyle bozulmaktadır, bkz. Y9HD, T. 12.04.2012, 2010/1893 E., 2012/12476 K. (www.legalbank.net)

[397] Y9HD, T. 13.10.2008, 2008/31193 E., 2008/26516 K. (Naklen: Göktaş, **a.g.e.,** s. 129)

[398] Akyiğit, **Şerh**, s. 701.

[399] Bedük, **Kötüniyet,** s. 934.

[400] İsmail Tepecik, "İş Güvencesine İlişkin Uygulama Sorunları ve Yargı Kararları", **İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004 , s. 164-165; Murat Engin, "İşe İade ve Uygulama Sorunları", **İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri,** İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Seminer Notları Cep Kitapları -III-, İstanbul, 2005, s. 61 (İşe İade); Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 66; Alpagut, **İş Güvencesi**, s. 239-240; Özkaraca, **Eleştiri,** s. 134; Süzek, **İş Hukuku**, s. 639.

[401] Demir, **Tazminatlar**, s. 18.

yalnızca geçerli feshin sonuçlarıyla bağlı olacaktır. Kanunun bu açık düzenlemesiyle feshin geçerli kılınması, hakkın kötüye kullanıldığını iddia etmeyi engeller niteliktedir.

Doktrinde, Basın İş Kanunu'na tabi olup iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından iş güvencesine başvurmak ile kötüniyet tazminatı talebinde bulunmak arasında seçimlik hak tanınması gerektiği ileri sürülmektedir[402]. Basın İş Kanunu'nda kötüniyet tazminatına dair hüküm olmadığından, TBK m. 434'ün genel hüküm olarak uygulanacağı ve bu düzenlemenin de iş güvencesi hükümleriyle yarıştığı ifade edilmektedir. Kanımızca Basın İşK'ye tabi olan işçiler için de iş güvencesi hükümlerine başvurulmaması halinde feshin geçerli hale geleceği sonucuna varılmakla bunun aksi yönde bir yorum mümkün görünmemektedir. Çünkü kötüniyet tazminatını talep etmenin belirleyicisi Basın İşK'de bu yöndeki bir hükmün yokluğu değildir. İş güvencesine tabi olan gazeteciler, geçerli feshin sonucunda işverenden yalnızca geçerli feshe ilişkin talepleri ileri sürebilirler. Bu durumda TBK m. 434 uyarınca fesih hakkının kötüye kullanılmasının sonuçları doğmayacaktır.

Geçmiş yıllarda birçok işçi, iş güvencesine sahip olduğu halde işe iade davası açmak yerine kötüniyet tazminatı talebinde bulunmuş[403], ancak bu talepler reddedilmiştir[404]. Özellikle güven ilişkisinin ortadan kalktığı ve işçinin uzun süre sonunda işe geri dönmek istemediği, bu esnada geçinmek zorunda olduğu için başka bir iş bulduğu hallere, uygulamada yaşanan sorunlara sıklıkla şahit olunmaktadır. İşçi onca ay boyunca dava süresince gelirinden yoksun kaldığı için veya başka bir iş bulduysa sırf bu davanın açılması yoluyla mahrum kaldığı haklarına erişebileceği inancıyla davayı açmış olabilir[405]. Bu durumda hâlihazırda memnun olduğu yeni işinden ayrılmak, eski ama kötüniyetle sonlandırılmış, belirsiz ve belki de güvensiz bir ilişkiye bağlanmak zorunda kalacaktır[406]. Bu anlamda, iş güvencesi sisteminin en çok

[402] Göktaş, **a.g.e.,** s. 131; Yalnızca iş güvencesi kapsamında olan gazetecilerin kötüniyet tazminatını talep edebilecekleri yönünde, bkz. Soyer, **Sona Erme**, s. 17.
[403] Y9HD, T. 12.06.2008, 2007/21422 E., 2008/15336 K.; Y9HD T. 30.05.2008 2007/21524 E., 2008/13029 K.; Y9HD T. 01.04.2008 2007/38216 E., 2008/7138 K.
[404] Akyiğit, **Şerh**, s. 699.
[405] Tarafların iradelerine aykırı hareket etmek zorunda kaldıkları bir süreç olduğu görüşünde bkz Özkaraca, **Eleştiri,** s. 104.
[406] Doktrinde de işçinin işe iadesi sağlansa bile kurulacak iş ilişkisinin işçi açısından olumsuz yönlerine değinilmiştir bkz, Bedük, **Kötüniyet,** s. 933.

eleştirilen yönlerinden biriyle karşı karşıya kalınmaktadır. Kural olarak işçiye güvence sağlama amacıyla kurulan bir sistemden, ortaya işverenin yararlandığı ve yalnızca işverene seçimlik hak tanınan bir sonuç çıkmaktadır. İşçiye ya işe dönmesi ya da feshin geçerli hale gelmesiyle bunun sonuçlarına katlanması hükmedilmektedir. İşçinin işe dönmek konusunda istekli olup olmadığı sorgulanmamakta, işe iade yerine tazminat talep etme hakkı tanınmamaktadır[407]. Feshin geçerli hale gelmesi sonucunda işçi, işverene kötüniyet iddiası yöneltememektedir[408].

Geçerli hale geldiği kabul edilen feshin üzerine, işçinin kötüniyeti talep ederek bir de bunu ispat ile yükümlü kılınması gibi bir yöntem yerine, kanımızca daha önce de belirttiğimiz üzere iş güvencesi hükümleri içinde işçiye işe iade ile tazminat yönünde seçimlik hak tanındığında, uygulamada karşılaşılan çoğu sorun giderilebilecektir.

İşyeri sendika temsilcilerinin, bu kişiler için öngörülmüş iş güvencesi yerine kötüniyet tazminatı talep edip edemeyecekleri de kanunda düzenlenmemiştir. Kural olarak bu kişiler iş güvencesinden yararlanmakta olduğundan, eğer iş güvencesi kapsamındaki diğer işçiler gibi düşünülürse, kötüniyet tazminatı talep edemeyecekleri sonucuna varılacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konuya ilişkin bir kararında, sendika işyeri temsilcisi olan işçinin işe iadeye ilişkin dava açmaması nedeniyle feshin geçerli hale geldiği, bu durumda toplu iş sözleşmesinde cezai şart olarak öngörülmüş olan kötüniyet tazminatı talebinde bulunamayacağına hükmetmiştir[409].

b. Kötüniyet Tazminatı İle İhbar Tazminatı

Bildirim sürelerine uyulmaksızın olağan fesih hakkının kullanılması sonucunda, bu süreye ilişkin ücretin muhataba tazminat olarak ödenmesi gündeme gelir. Buna "*ihbar tazminatı*" adı verilmektedir. İhbar tazminatı yoluyla, tarafların

[407] Engin, **İşe İade,** s. 62-63; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat. **a.g.e,** s. 599; Alman hukukunda işçi ve işveren arasındaki işbirliği sona erdiğinden, işe iade yerine tazminata hükmedildiğine ilişkin bkz. Ertürk, **Temel Haklar,** s. 168-169.
[408] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 941.
[409] Y9HD 13.12.2006 T., 2006/14045 E., 2006/32850 K.

sözleşmenin feshine hazırlanmaları için kendilerine verilmesi gereken hazırlık süresindeki kayıpları giderilmeye çalışılır, ancak geleneksel tazminat niteliği taşımadığından, gerçek zararın karşılanması söz konusu değildir. İhbar tazminatı niteliği itibariyle götürü bir tazminattır[410].

İhbar tazminatı ile kötüniyet tazminatı, farklı hukuki problemleri çözmeye yönelik yaptırımlardır. İşverenin ihbar sürelerine uymamış olması, feshi kötü niyetle gerçekleştirmiş olmasından farklı bir durumdur. Bildirim sürelerine uyulmadan yapılmış bir fesih, hakkın kötüye kullanılması niteliği de taşıyabilir. Bu durumda her iki tazminatın da istenebilmesi gerekir[411]. Ancak geçmiş yıllarda doktrinde eleştirilmesine rağmen, kötüniyet tazminatı ile ihbar tazminatının bir arada istenemeyeceği Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı ile kabul edilmişti[412]. Yargıtay'ın bir kararında 1475 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeye göre ihbar tazminatı ile kötüniyet tazminatının arasındaki ilişki tanımlanmıştır. Yüksek Daire kararında; "*Fesih 1475 sayılı İş Kanunun yürürlükte bulunduğu sırada 05.06.2001 tarihinde gerçekleşmiştir. Anılan kanuna göre kötüniyet tazminatı ihbar tazminatının ağırlaştırılmış şeklidir. Davacı kötüniyet tazminatı talep etmekle ihbar tazminatını da istemiş sayılır. Bu nedenle bilirkişi raporu ile belirlenen ihbar tazminatına hükmetmek gerekirken mahkemece yazılı şekilde kötüniyet tazminatına karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"* şeklinde hüküm kurmuştur[413]. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme, kötüniyet tazminatını ihbar tazminatının özel ve ağırlaştırılmış bir türü olarak değerlendirmekteydi[414].

İşK m. 17 bu tartışmaya son veren bir düzenleme içermektedir: *"Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini*

---

[410] Oğuzman, **İş Akdi**, s. 276; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 388-389; Süzek, **İş Hukuku**, s. 556; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 495.
[411] Saymen, **İş Hukuku,** s. 609; Tunçomağ, **İş Hukuku,** s. 365; Sızmazoğlu, **a.g.e.,** s. 55.
[412] Öner Eyrenci, "İhbar ve Kötüniyet Tazminatlarının Birleşmesi, İşK 13 (No:11)", **İş Hukuku Uygulaması İşK II**, 1979, s. 2-4 (İHU); M. Kemal Oğuzman, "Türkiye'de İşçilerin Feshe Karşı Korunması", **Almanya ve Türkiye'de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması,** İstanbul, Banka - Sigorta İşçileri Sendikası Eğitim ve Kültür Yayınları:5, 1985, s. 28(Feshe Karşı Koruma); Kutal, **Değerlendirme 1992**, s. 48; Şahlanan, **Feshe Karşı Koruma**, s. 152; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 401; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 943.
[413] Y9HD, T. 21.01.2010, 2009/46224 E., 2010/603 K.
[414] Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 401-402; Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 164.

gerektirir." Bu hüküm ile anlaşılmaktadır ki kanun koyucu, şartları oluştuğu takdirde her iki tazminatın da talep edilebileceğini açıkça hüküm altına almak istemiştir. Yargıtay 2011 tarihli bir kararında, kötüniyet tazminatının yerine ihbar tazminatına hükmeden yerel mahkeme kararını, bu tazminatların birbirine dönüşmeyeceği gerekçesiyle bozmuştur[415]. Artık Yüksek Mahkemece, kötüniyet tazminatının ihbar tazminatı talebini kapsadığı görüşünün terk edildiği ortaya konulmuş bulunmaktadır[416].

c. Kötüniyet Tazminatı İle Haksız Fesih Tazminatı

Hukukumuzda haksız feshin sonuçları ilk defa İsviçre BK m. 337c'den iktibas edilerek TBK m. 438/3'te düzenlenmiştir. "*Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz"*. Bu tazminat, haksız fesih halinde işçinin mahrum kaldığı gelirden farklı olarak ayrıca yargıç tarafından belirlenecektir. Bu hükmün İşK kapsamındaki işçiler bakımından uygulanması hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ayrıca işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığına göre de sonuç değişebilmektedir.

Bir görüşe göre İşK'e tabi işçi haksız feshe muhatap olursa, TBK kapsamında düzenlenen "*haksız fesih tazminatı*"[417] talep edilebilecektir[418]. Bir diğer görüş ise işçinin iş güvencesini haiz olduğu hallerde haksız fesih tazminatını talep edemeyeceğini, haksız fesih halinde iş güvencesi hükümleriyle korunduğunu

[415] Y9HD, T. 04.03.2011, 2009/7108 E., 2011/6095 K.
[416] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 944; Y9HD, T. 22.11.2010, 2008/35172 E., 2010/34042 K.(www.sinerjimevzuat.com.tr)
[417] TBK m. 438/1'de yer alan düzenlemenin de haksız feshin sonuçlarına yönelik olmasından ötürü bu şekilde adlandırılmasının hatalı olduğu yönünde, bkz. Göktaş, **a.g.e.,** s. 260.
[418] Arslan Ertürk, **Borçlar Kanunu**, s. 102; Türk ve İsviçre iş hukukundaki "haklı neden"lerin farklılığı nedeniyle her haksız fesih halinde talep edilmemesi gerektiği yönünde, bkz. Doğan Yenisey, **Genel Hizmet Sözleşmesi,** s. 106; İşK m. 17'de tarafların ayrıca tazminat isteme hakkına yer verilmediğinden, bu tazminatın kişilik haklarının zedelenmesi halinde talep edilebileceği yönünde, bkz. Alpagut, **Hizmet Sözleşmesi**, s. 940.

savunmaktadır[419]. Bir başka görüş ise bu konuda İşK'de boşluk bulunmaması nedeniyle haksız fesih tazminatının talep edilemeyeceğini ileri sürmektedir[420].

Doktrinde bu tazminatın iki yönlü olduğu, hem cezalandırıcı hem de düzeltici nitelik taşıdığı belirtilmiştir. *Sui generis* karakteri ile bu tazminat, medeni ceza olarak nitelendirilmiştir. Yargıcın bu tazminatı, işverenin hatasının ağırlığını değerlendirerek hakkaniyet esasına göre belirlemesi gerekir. İşçinin yaşı, kişiliği, sosyal veya kişisel durumu (örneğin hamileliği), işverenin hakimiyeti altında geçirdiği hizmet süresi, feshe sebep olduğu iddia edilen durum gibi tüm unsurlar değerlendirmeye alınmalıdır[421].

İşçinin haksız feshi ise İsviçre BK m. 337d'den TBK m. 439'a alınmış ve hükümde haklı sebep olmaksızın işe başlamaması yahut aniden işi bırakması hallerinde, işçinin aylık ücretinin dörtte biri tutarında tazminatın ödeneceği düzenlenmiştir. İşverenin zararının olmaması yahut aylık ücretin dörtte birinden az zararı olması durumunda ise hakimin tazminatta indirim yapabileceği düzenlenmiştir.

Feshin işveren tarafından haklı neden olmaksızın yapılması ile kötüniyetle yapılmasının aynı durumda birleştiği hallerde ise her iki tazminatın istenip istenemeyeceği sorusu belirmektedir. Nitekim her iki tazminat da iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin talep edebileceği ve işvereni bu hareketi nedeniyle cezalandırma amacı güden tazminatlardır. Konuya geniş bir açıdan bakmak gerekirse öncelikle mehaz İsviçre BK incelenmelidir. İsviçre BK m. 337c, haklı nedenin yokluğu halinde işçiye 6 aylık ücretini aşmamak üzere bir tazminat talep etme hakkı tanımaktadır. Kötüniyetli fesih halinde de 336a maddesinde yine aynı şekilde 6 aylık

[419] Süzek, **İş Hukuku**, s. 731; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 878; Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 371; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s. 337; Göktaş, **a.g.e.,** s. 284; Gerek, **Haksız Fesih**, s. 7; Gülver, **a.g.m.,** s. 1021; Savaş, **a.g.e,** s. 229-230; Bu görüşü savunan Soyer, iş güvencesine tabi olmayan iş ilişkilerinde bu düzenlemenin uygulanmasının ortaya çıkaracağı mali külfetin eleştiriye yol açabileceğini belirtmiştir. İş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından işçilerin alabileceği tazminatlarla güvencede olmayan işçilerin alabileceği tazminatlar arasındaki miktarın makul bir dengede olup olmadığına da dikkat çeken yazar, detaylı değerlendirilmeden İsviçre BK'den çeviri yoluyla hükmü almanın sakıncalı olabileceğinin de altını çizmiş bulunmaktadır, bkz. Soyer, **Sona Erme,** s. 17.

[420] Ekmekçi / Yiğit, **a.g.e.,** s. 539; Özdemir, **Borçlar Kanunu,** s. 69; Aynı yönde, Y22HD, T. 01.06.2017, 2017/7172 E., 2017/13209 K.

[421] Wyler/ Heinzer, **a.g.e.,** s. 517; CS-Gloor, **Art. 337c**, Knr. 24; Ayrıca söz konusu düzenlemenin nisbi emredici niteliği gereği işçi lehine artırılabileceği yönünde, bkz. Alpagut, **Hizmet Sözleşmesi**, s. 932.

ücretini aşmamak üzere bir tazminat talep etme hakkı vermektedir. İsviçre'de bazı yazarlar, tazminatların birbirini dışladığını ve bu konuda bir düzenleme olmamasının bilinçli bir susma olduğunu savunmaktadırlar[422]. Doktrinde, iki durumun birlikte mevcut olması halinde tazminatın arttırılamayacağı, buna ilişkin düzenleme önerisinin tartışıldığı ancak yasama sürecinde kabul edilmediği belirtilmiştir[423]. Her iki tazminatın aynı kökenden geldiği ve aynı amaca hizmet ettiği, bu nedenle derhal fesih hem haksız hem de kötü niyetliyse ikisini kümülatif olarak bir arada talep etmenin mümkün olmayacağı savunulmuştur[424]. Haksız feshin cinsiyet ayrımcılığı kapsamında olması durumunda da LEg m. 5/2'de düzenlenen tazminat ile m. 337c'deki haksız fesih tazminatının birleştirilemeyeceği ifade edilmiştir[425]. Buna karşılık, özellikle cinsel taciz durumunun önem arz etmesi nedeniyle farklı bir değerlendirmeye tabi tutulabileceği belirtilmiştir. Ayrıca m. 336a/2'de düzenlenen kötüniyetli haller ile (sendikal hakkın kullanılması, işletmenin komisyon üyesi olmak ve toplu işten çıkarmanın usulüne uyulmaması halleri) haksız feshin bir arada olması halinde özel yaptırım uygulanması ihtiyacı, doktrinde ileri sürülmüştür[426].

Türk Hukukunda ise konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, her iki tazminatın birlikte istenebilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır[427]. Bir başka görüş, haksız fesih tazminatının en çok altı aylık ücret tutarında, kötüniyet tazminatının ise bildirim sürelerinin üç katı tutarında belirlenecek olmasından yola çıkarak, haksız feshin kötüniyetli olması durumunda, haksız fesih tazminatına

---

[422] ATF 121 III 64 2-a ve orada belirtilen yazarlar.
[423] Rehbinder / Stöckli, **a.g.e.,** Knr. 13, s. 374.
[424] Dunand / Mahon, **a.g.e.,** Knr. 25, s. 796; CS-Dunand, **Art. 336**, Knr. 13, s. 660.
[425] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 885.
[426] Dunand / Mahon, **a.g.e.,** Knr. 25, s. 797; Doktrinde yalnızca tazminat yaptırımı öngörülmesinin oldukça hafif olması ve feshin iptalinin mümkün olmaması eleştirilmiştir. Nitekim bu konuda Borçlar Kanunu'nda da değişiklik için geçtiğimiz yıllarda çalışmalar yapılmıştır. Fesih hakkının kötüye kullanılması veya haksız fesih yapılması durumunda tazminatın on iki aylık ücrete yükseltilmesi üzerine 2010 yılında bir tasarı hazırlanmıştır. Ancak 2012 yılında bu süreç durdurulmuştur. Şu an mevcut halde düzenleme, 6 aylık ücret tutarında tazminatı öngörmektedir. bkz: Pascal Mahon, "La protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH", **Aktuelle Juristische Praxis**, Dike Verlag AG, 2019, s. 374.
[427] Doğan Yenisey, **Genel Hizmet Sözleşmesi**, s. 105; Göktaş, **a.g.e.,** s. 263; Emine Tuncay Senyen Kaplan, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:36, 2016, s. 17-32, s. 27 (Haksız Fesih); Gerek, **Haksız Fesih**, s. 7; Bektaş Kar, "Haksız Fesih Tazminatı", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan**, (Ed: Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 1-10, s. 6.

hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[428]. Üçüncü bir görüş uyarınca, fesih hem kötüniyetli hem de haksız olabilir, ancak bu durumda kötüniyet tazminatı talep edilemez, haksız fesih tazminatı "bütün durum ve koşullara göre belirleneceğinden hakkın kötüye kullanıldığı da bu değerlendirmeye dahil edilerek karar verilecektir[429]. Son olarak her iki tazminatın bir arada istenebilmesini mümkün olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır[430]. Yargıtay 2019 tarihli bir kararında, haksız feshin aynı zamanda kötüniyet tazminatına da hak kazandırabileceğini hüküm altına almış bulunmaktadır[431].

d. Kötüniyet Tazminatı ile Cezai Şart

Sözleşme taraflarından birinin borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde, diğer tarafa bir bedel ödemekle yükümlü olduğu kararlaştırılabilir[432]. Bu bedel, çoğunlukla götürü olarak tespit edilir ve cezai şart yahut ceza koşulu olarak adlandırılır[433]. TBK'nin m. 179'da, cezai şartın bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Kanunun 180. maddesi uyarınca cezai şart ile alacaklıya, uğradığı zararı ispat etmek zorunda kalmadan hatta hiçbir zarara uğraması söz konusu olmasa dahi talep imkanı sağlanmaktadır[434].

İş sözleşmesinde de diğer tüm sözleşmelerde olduğu gibi, hiç ya da gereği gibi ifa etmeme söz konusu olabilir. Ancak iş hukukunun borçlar hukukundan ayrılarak

---

[428] TBK, İşK ve Deniz İşK kapsamındaki işçiler bakımından farklı uygulamalar yapılabileceği yönünde, bkz. Soyer, **Sona Erme,** s. 18.
[429] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku**, s. 878-880; Gülver, **a.g.m.,** s. 1023; Göktaş, **a.g.e.,** s. 263-264.
[430] Güneş / Mutlay, **a.g.m.,** s. 281.
[431] "*Oysa kötüniyet tazminatı talep edebilmek için haksız feshin ayrıca kötüniyetle yapılması gerekmektedir. Ancak davalı işverenin davacı işçiyi işten çıkartmasında kötü niyetli davrandığına ilişkin yukarıda yazılı esaslara uygun bir eylem davacı tarafından ortaya koyulup ispat edilmiş değildir*." Y9HD, T. 21.01.2019, 2015/28668 E., 2019/1703 K. (www.legalbank.net)
[432] Eren, **a.g.e.,** Knr. 3676, s. 1323.
[433] 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda cezai şart terimi kullanılmaktaydı, bu durum 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle değişmiş ve madde başlığına ceza koşulu ismi verilmiştir. Türkçeleştirme amacıyla yapılan bu değişiklik, kavramın niteliğinde herhangi bir farklılığa sebep olmamıştır. Doktrinde de devam edildiği üzere "cezai şart" ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.
[434] Eren, **a.g.e.,** Knr. 3700, s. 1329. Rekabet yasağı kapsamında düzenlenen cezai şartın talebi için rekabet yasağının ihlal edildiğinin ispatının yeterli olduğu yönünde bkz. Süzek, **İş Hukuku,** s. 370.

özel bir dal olmasının sonucunda, iş sözleşmesinde kötü ifa veya hiç ifa etmemenin yaptırımı farklılaştırılabilmektedir[435]. İş ilişkileri bakımından borca aykırı davranışın veya kötü ifanın yaptırımı olarak disiplin cezaları veya tazminat ya da sözleşmenin feshi gündeme gelecektir.

Kural olarak sözleşmeyle cezai şartın da kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte işverenin sözleşme kurulurken bulunduğu güçlü konum nedeniyle, cezai şartlar genellikle işçi aleyhine düzenlenmektedir[436]. İş hukukunun işçiyi koruyucu ve sosyal adaleti sağlama amaçlarına yönelik olarak işçi aleyhine cezai şart düzenlenmesi bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Doktrinde Doğan Yenisey, işçinin iş görme edimine aykırı her davranışına bir cezai şart öngörülmesinin, işçinin asli edim yükünü mevcut sürekli borç ilişkisinde orantısız bir biçimde artıracağını; bu nedenle işverenin ancak cezai şartı haklı kılan bir menfaati olması durumunda bu şartın kararlaştırılmasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Nitekim iş hukuku yapısının içinde, cezai şartın kötü ifaya değil, borcun hiç ifa edilmemesine karşı getirilen bir güvence olduğu da belirtilmiştir[437].

Bazı hallerde işveren aleyhine cezai şart da kararlaştırılabilmektedir. Söz konusu düzenleme, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle yapılabilir. Özellikle iş güvencesi olmadığı dönemde, toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümleri arasında tazminat, iş güvencesi tazminatı[438] olarak isimlendirilen ödemeler öngörülmekteydi. İşverenin fesih yetkisini sınırlamak[439] ve işçiye iş güvencesi getirmek amaçlı bu düzenlemelerin niteliğinin, cezai şart olduğu ifade edilmiştir[440]. Yargıtay'a göre, iş güvencesi olmayan işçiler için öngörülecek cezai şart miktarı, iş güvencesiyle

[435] Özellikle Borçlar Hukukundaki gibi taraflar arasında eşitlik bulunmadığı kabul edildiğinde, bazı hallerde bu farklılaştırma oldukça önemli hale gelmektedir.
[436] Kübra Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Seminer – 28 Mayıs 2011**, İstanbul, 2012, s. 21-44, s.21.(Cezai Şart)
[437] Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s. 23; İşçinin her borca aykırılığına cezai şart kararlaştırılması durumunun işverenin haksız zenginleşmesine yol açabileceği görüşünde, bkz. Yayvak Namlı, **a.g.e.,** s. 268.
[438] Yayvak Namlı, **a.g.e.,** s. 438.
[439] İşverenin fesih hakkının özüne dokunulmadığı sürece cezai şart ile fesih hakkı sınırlanabilecektir, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 735 ; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 968.
[440] Doğan Yenisey, **Cezai Şart,** s. 25; Alpagut, **Değerlendirme 2001,** s. 119; Ayrıntılı bilgi için bkz. Yayvak Namlı, **a.g.e.,** s. 434 vd.

öngörülen tazminat miktarlarını aşamaz[441]; Yüksek Mahkemenin ulaştığı bu sonuç doktrinde eleştirilmektedir.

Kural olarak sözleşmede öngörülen cezai şart ve kötüniyet tazminatı bir arada talep edilebilir[442]. Ancak, fesih hakkının kötüye kullanımının yaptırımı olarak kararlaştırılan cezai şart ile kötüniyet tazminatı aynı amaca özgülenen yaptırımlar olduklarından, birlikte talep edilmeleri mümkün değildir[443]. Fesih hakkını sınırlandıran bu düzenlemeler hakkında Yargıtay'ın iş güvencesi sistemi yürürlüğe girmeden önceki bazı kararlarında, toplu iş sözleşmeleriyle getirilen cezai şart niteliğindeki haksız fesih tazminatları ile kötüniyet tazminatının bir arada istenemeyeceğine hükmedilmiştir[444].

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından toplu iş sözleşmesiyle getirilen cezai şartların geçerliliği konusunda şüphe bulunmamaktadır[445]. İş güvencesi kapsamında olan işçilerde ise aynı olumlu yanıt verilememektedir. İşçinin yararlandığı bir toplu iş sözleşmesinde cezai şart niteliğinde düzenlenen bir tazminat varsa, bu durum mutlak emredici olarak düzenlenen İşK m. 21/son ile çelişir. Sosyal taraflar, toplu iş sözleşmesiyle bu hükümleri dolanmamalıdırlar[446]. Yargıtay 2006 tarihli bir kararında, toplu iş sözleşmesi kapsamına giren bir işçinin iş güvencesinden yararlanmakta olduğu, bu nedenle de iş güvencesine başvurmadıkça belirtilen tazminatı talep edemeyeceğini karara bağlamıştır[447]. Yine başka bir kararda da, toplu iş sözleşmesinde işçilere iş güvencesi oluşturması amacıyla düzenlenmiş cezai

---

[441] Y9HD, T. 21.05.2007, 2006/29243 E., 2007/15688 K.; Kararın eleştirisi için bkz. Fatih Uşan, "İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanunu'nda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Fazla Olabilir Mi?", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:9, Mart 2008, s. 102-111, s. 105 vd. (İş Güvencesi Tazminatı)

[442] Bedük, **Kötüniyet,** s. 334.

[443] Yayvak Namlı, **a.g.e.,** s. 336.

[444] Y9HD, T. 24.11.1998, 1998/16682 E., 1998/16690 K., YHGK T. 28.02.2001, 2001/9-187 E., 2001/214 K. (Naklen: Akyiğit, **Şerh**, s. 707)

[445] Yayvak Namlı**, a.g.e.,** s. 438.

[446] Fevzi Şahlanan, "İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği-Eylül 2006", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.83-85 (İş Güvencesi Tazminatı); Süzek, **İş Hukuku,** s. 740; Toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırı olmadığı görüşünde, bkz. Yayvak Namlı, **a.g.e.,** s. 442.

[447] Y9HD, T. 27.06.2006, 2006/13504 E. 2006/18949 K.

şartların uygulanabilmesi için, işçinin iş güvencesi kapsamında olmaması gerektiği ifade edilmiştir[448].

Konu 6356 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce verilen kararlarda bu şekilde değerlendirilmiştir. Zira 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4773 sayılı Kanun ile değiştirilen m. 31/6'da, fesih halinde İşK 18 ila 21. maddelerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştı. Bu durumda iş güvencesi olan işçilerin sözleşmelerinin sendikal nedenle feshi halinde, sistem devreye girecek ve işe iade davası yoluna gitmeyen işçi için feshin geçerliliği söz konusu olacaktır[449].

Ancak yürürlükte olan 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinin 5. fıkrasında, 4857 sayılı Kanun hükümlerine göre işçinin dava açmamasının ayrıca sendikal tazminat talebini engellemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca bunu yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçiler değil, feshi sendikal nedene dayanan tüm işçiler talep edebilecektir. Kötüniyetli feshin bir türü olan sendikal nedene dayanarak yapılan fesihlerde, işçi isterse sendikal işe iade yolunu, isterse sendikal tazminat yolunu seçebilecektir.

Doktrinde, 6356 sayılı Kanun m. 25/8 uyarınca bu düzenlemeye aykırı iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersiz kılındığından, tazminat tutarının mutlak emredici hale getirildiği ileri sürülmektedir. Kanımızca fesih hakkını sınırlayan bir cezai şart, toplu iş sözleşmesiyle düzenlenebilmeli ve sendikal nedenle fesih halinde istenebilmelidir. Çünkü 25. maddenin 4. fıkrası uyarınca sendikal tazminata bir tavan belirlenmemiş, tazminatın en az ne kadar olacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemeki "sendikal tazminat", aynı zamanda sendikal nedenle işe iade taleplerinde işverenin işe başlatıp başlatmaması fark etmeksizin ödemesi gereken sendikal tazminattır. Bu nedenle, örneklemek gerekirse, işyerinde yapılan toplu iş sözleşmesinde, sendikal tazminatın iki yıllık ücretten az olmayacağı kararlaştırıldıysa, bu durumda söz konusu tazminatın talep edilebilmesi gerekir[450]. Sendikal tazminat,

[448] Y9HD T. 03.10.2006, 2006/22136 E., 2006/25712 K.; aynı yönde Y9HD, T. 27.03.2007, 2007/670 E., 2007/8607 K. ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s. 148-149.
[449] Doğan Yenisey, **Cezai Şart,** s. 37.
[450] Karş. Süzek, **İş Hukuku**, s. 736.

tavanı değil tabanı belirlenmiş, kendine özgü bir düzenlemedir, işçi sendikal tazminat talebini en az bir yıllık ücreti tutarında yapacaktır. Bu da işçinin, eğer belirlendiyse, daha yüksek bir miktar tazminatı talep edebileceği yolundaki görüşümüzü güçlendirmektedir.

B. AYRIMCILIK TAZMİNATI

1. Tazminatın Hukuki Niteliği

Türk Hukukunda ayrımcı davranış, 4857 sayılı Kanun öncesindeki dönemde tazminat müeyyidesine bağlanmamıştı. 1475 sayılı Kanun m. 26/3'te aynı işi gören kadın ve erkeğe farklı ücret kararlaştırılamayacağı düzenlenmiş, bunun dışında ayrımcılık yasağına ilişkin bir hükme yer verilmemişti. Bu nedenle işçilerin iş sözleşmesinin feshi aşamasında uğradıkları ayrımcı davranışa yönelik ileri sürebilecekleri tek talep, kötüniyet tazminatı olmaktaydı.

Kanun koyucu, İşK kapsamında işverenin eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağını özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuş ve ayrımcılık yasağına aykırı davranışa karşılık, bir yaptırım öngörmüştür. Bu yaptırıma "*ayrımcılık tazminatı*" adı verilmektedir. Bir görüşe göre ayrımcılık tazminatı, işverenin her eşit işlem borcuna aykırılık hali için öngörülmemiş[451], bu yaptırımın uygulanması için maddede belirtilen ayrımcılık nedenlerinden birinin gerçekleşmesi şartı aranmıştır[452]. Katıldığımız diğer görüşe göre ise ayrımcılık halleri belirtilen nedenlerle sınırlı değildir, hükümdeki haller örnekleme yoluyla sayılmıştır; bu nedenle benzer ayrımcılık hallerinde de tazminat talep edilebilecektir[453]. Üçüncü bir görüşe göre, söz konusu tazminatın talep edilebilmesi için işverenin yalnızca yasaklanan haller (mutlak ayrım yasakları) kapsamında haklılaştırılamayan bir davranışı olması gerekmez, aynı zamanda eşit davranma borcuna aykırılık da bu tazminata hak kazanılmasını sağlar[454].

---

[451] Ünal, **a.g.e.,** s. 433.
[452] Y 9HD T. 09.10.2018, E. 2015/23051, K. 2018/17844. (www.legalbank.net)
[453] Engin, **Değerlendirme 2014**, s. 165; Süzek, **İş Hukuku**, s. 485; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 428; Ugan Çatalkaya, **a.g.e.,** s. 223.
[454] Sur, **Eşitlik**, s. 41; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 330; Kanun boşluğunun ayrımcılık tazminatı ile doldurulması gerektiği görüşünde, bkz. Yıldız, **Eşit İşlem**, s. 329-330; Baysal, **Eşit Davranma**, s. 76.

Doktrinde tazminatın bir medeni ceza niteliğinde olduğu ifade edilmiştir[455]. Bu tazminat, İşK m. 5/6 uyarınca, işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminattır. Götürü nitelik taşıdığından, tazminatın hesaplanmasında işçinin zararının olup olmadığı aranmayacaktır. Doktrinde kabul edildiği üzere, bu tazminatın hesaplanmasında işçinin brüt çıplak ücreti esas alınacaktır[456]. Yargıç, tazminatın miktarını takdir edecektir.

Kanun koyucu, ayrımcılık tazminatı ile birlikte işçinin yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceğini hüküm altına almıştır. Bu düzenleme, kişinin ayrımcı davranıştan ötürü örneğin, doğum izninden geri dönen ve döndüğünde ayrımcı feshe muhatap olan kadın işçinin, doğum iznindeyken hak edeceği ancak kendisine ödenmeyen ücret artışı, ikramiye gibi ücret ve ücret eki niteliğindeki ödemeleri garanti altına almak açısından önemlidir[457]. Ayrımcılık tazminatı dışında, ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil eden davranıştan ötürü işçinin uğradığı zarar var ise, bu zarar genel hükümlere göre talep edilecektir.

Ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil eden davranış, iş ilişkisinin çeşitli aşamalarında ortaya çıkabilir. Bu davranışın iş ilişkisi veya sona ermesinde ortaya çıkması durumunda ayrımcılık tazminatı talep edilebilir. Bu nedenle yaptırım, yalnızca feshe yönelik bir düzenleme değildir. Ancak doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, işçiler bu hususta bilgisizliklerinden veya iş ilişkisi sürerken işverene karşı dava açmaları neticesinde işlerini kaybetme korkusundan başvuruda bulunamamakta, ayrımcılık tazminatı talepleri de fesih neticesinde yapılmaktadır[458].

Yargıtay, ayrımcılık ve iş güvencesi tazminatının işverenin aynı davranışı nedeniyle söz konusu olduğunu belirtmekte ve bu durumda iş güvencesi tazminatına hükmetmektedir[459]. İşçinin iş güvencesinden yararlanması durumunda, doktrindeki baskın görüş uyarınca ise işçi, hem işe iadesini, hem de ayrımcılık tazminatını talep

[455] Doğan Yenisey, **Orantılılık**, s. 983; Ünal, **a.g.e.,** s. 434-435.
[456] Odaman, **Ayrımcılık**, s. 34; Demir, **Tazminatlar,** s.16; Ünal, **a.g.e.,** s. 436; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 330.
[457] Süzek, **İş Hukuku**, s. 485.
[458] Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 95.
[459] Y9HD, T. 14.04.2016, 2016/29051 E., 2016/9441 K.; Y9HD, T. 17.09.2015, 2015/18686 E., 2015/26045 K.; Çelik, **Tazminatlar**, s. 493.

edebilmelidir. Kanımızca iş güvencesi tazminatı, feshin değil, işçinin işe iade edilmemesinin yaptırımı olduğundan, feshin geçersizliğine sebep olan ayrımcı davranışın sonucunda işçi, ayrımcılık tazminatına işe iadeden bağımsız olarak hak kazanmalıdır[460].

İşverenin hamilelik nedeniyle doğum izni dönüşü iş sözleşmesini feshettiği bir olayda, işe iade davası lehine sonuçlanan işçi, başvurusuna rağmen işe başlatılmamıştır. İlk kararda iki aylık ayrımcılık tazminatına hükmedilmiş, işçi işe başlatılmaması nedeniyle yeniden ayrımcılık tazminatı talep etmiş, ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi söz konusu talebi "*aksinin kabülü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır*" gerekçesiyle reddetmiştir. Kanımızca bu karara katılmak mümkün değildir. Feshin geçersizliği sonucuyla işveren yeni bir fesih yapmış sayılmakta, eğer koşulları oluştuysa, işverenin cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapmasına karşılık ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinde hiçbir engel bulunmamaktadır[461].

2. Ayrımcı Davranışın İspatı

4857 sayılı Kanun'a AB uyum süreci[462] kapsamında eklenen 5. madde ile eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı düzenlenmiş, iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde ayrımcılık tazminatı talep edilmesinin önü açılmıştır. 97/80 sayılı Direktif iç hukuka aktarılırken, ispata ilişkin kolaylaştırıcı düzenlemeler de alınmıştır[463]. Bu dönem öncesinde işçiler, ayrımcı davranışa karşı kötüniyet tazminatının ispatı hususundaki genel hükümlere tabiydiler.

---

[460] Aynı görüşte, Odaman, **Ayrımcılık,** s. 38; Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi**, s. 79; Süzek, **İş Hukuku**, s. 492; Yıldız, **Eşit İşlem,** s. 335-336; Yuvalı, **a.g.e**., s. 229; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 239-240; Tolu, **a.g.e**., s. 154; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s. 749; Süzek, **Eşit Davranma**, s. 35.

[461] Fevzi Şahlanan, "Hamilelik Nedeniyle Feshin Geçersizliği ve Ayrımcılık Tazminatı" (Karar İncelemesi), **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, s. 198-199 (Ayrımcılık).

[462] Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde düzenlenen bu hükmün, ayrımcılık hususunda Birlik düzenlemelerinde gösterilen hassasiyetin bir ürünü olduğu görüşünde, Kaya, **a.g.e.,** s. 257.

[463] Eyrenci, **İş Kanunu,** s. 23; Baysal, **Eşit Davranma,** s. 76-77.

İşK m.5'e dayanan işçinin, ayrımcı davranışı ispat etmesi gerekecektir. Ancak İşK m. 20 saklı kalmak üzere, burada işçinin ihlalin varlığını güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması halinde, davranışının veya feshin ayrımcılık teşkil etmediğini işverenin ispat etmesi gerekmektedir. Ayrımcılık hallerini özellikle belirten, bu halleri koruma kapsamına alan kanun koyucu, bu halleri kötüniyetin özel bir türü olarak belirlemiştir. Güçsüz durumda olan işçinin ortaya koydukları karşısında işverenin ayrımcı davranışta bulunmadığını ispat etmesi gerektiğini düzenlenmiştir. Ayrımcılık halleri söz konusu olduğunda bu doğru bir yaklaşımdır. Aksi halde anayasal hakların yeterince korunamaması problemi ile karşılaşılabilirdi. Örneğin işçinin hamilelik bildiriminin hemen akabinde sözleşmesinin feshedilmiş olmasının ortaya konulması, kanun koyucunun "*ihlalin varlığını güçlü bir biçimde ortaya koyma*" kriterini karşılamaktadır.

Doktrinde bir görüş bu düzenlemenin, konuya duyulan hassasiyet neticesinde getirildiğini ifade etmiştir; söz konusu görüşe göre bu hususun düzenlenmesine gerek yoktur ve işçinin ispat faaliyeti karşısında zaten genel kurala uygun olarak işveren, kendi iddiasını ispatla yükümlüdür[464].

İspat yükü işçi üzerinde olmakla birlikte[465], ispat ölçüsünün hafifletildiği ve ayrımcı davranışın dolaylı yoldan ispat edilmesinin mümkün kılındığı söylenebilir, ayrımcılığı "*güçlü bir biçimde ortaya koyması*" ifadesi ile ispat kolaylığı sağlanmak istenmiştir[466]. Alman ve Fransız sistemlerinde de ispat kolaylıkları bakımından dolaylı ispat yoluyla ispat ölçütü düşürülerek, işçinin ortaya koyduğu vakıalar ile iddia arasında yeterli mantıksal bağ kurulduktan sonra ispat yükünü işverene geçiren düzenlemelerin öngörüldüğü ifade edilmektedir[467]. İsviçre'de LEg m. 6'da sınırlı olarak sayılan durumlarda cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden işçiye karşılık, ayrımcı davranışta bulunmadığını işveren ispat etmelidir. Bu ispat yükünün yer değiştirdiği kabul edilmektedir[468].

---

[464] Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 83.
[465] İspat yükünün hafifletildiği yönünde, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 494; Özdemir, **İspat Yükü,** s. 219; Yıldız, **Eşit İşlem**, s. 300.
[466] Ünal, **a.g.e.,** s. 414.
[467] Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 86.
[468] Wyler / Heinzer, **a.g.e.,** s. 886-887.

Doktrinde, ayrımcılık iddiasıyla açılan davalarda ispatın yaklaşık ispat[469] değil, tam ispat faaliyeti olduğunu; ancak ispatın ölçüsünün düşürüldüğü ve ilk görünüş ispatı yoluyla işçiye kolaylık sağlandığı ileri sürülmektedir[470]. Bir başka görüş ise bu ifadenin dolaylı ispata ilişkin olduğunu, ayrımcılığı doğrudan ortaya koyan delillerle yapılması zorunluluğunun bulunmadığını, komşu vakıalara dayanarak ayrımcılığın ortaya koyulabileceğini savunmakta; hükmün ilk görünüş ispatını aradığını ancak kuvvetli emarelerle ispatın mümkün olabileceğini ifade etmektedir[471]. İş güvencesini haiz olmayan işçilerde veya işçinin işe iade davası açmayıp yalnızca feshin sonuçlarından doğan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi taleplerle birlikte ayrımcılık tazminatı talebinde bulunması durumunda bu esaslar gözetilerek değerlendirme yapılacaktır. 2020 tarihli bir Yargıtay kararında, kendi departmanında görev yapan erkek işçilere göre daha az ücret aldığını ileri sürerek ayrımcılık tazminatı ve haklı fesih sonucu kıdem tazminatı talep eden kadın işçinin talebi incelenmiştir. İşçi cinsiyete dayalı ayrımcılığı kanıtlayamasa da dava dosyasına giren deliller vasıtasıyla, aynı işi yapan işçilere farklı ücretlerin ödenmesi nedeniyle kararda ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğuna hükmedilmiştir[472].

İş güvencesine sahip olan işçiler bakımından, fesih sebebini ispat ile yükümlü olan işveren olduğundan, ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil eden bir neden ile iş sözleşmesinin feshi halinde, feshin geçerli olduğunu ve fesih sebebinin ayrımcı nitelik taşımadığını ispat yükü işverende olacaktır[473]. Bu genel kural, İşK m. 5/son'da *"20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere*" denilmek suretiyle tekrar edilmiştir. Kanımızca bu düzenleme olmasaydı da, İşK m. 20 gereğince iş güvencesi kapsamındaki işçilerin ayrımcılık iddiasıyla açtıkları işe iade davalarında ayrımcılığın tespiti, aynı zamanda feshin geçersizliğinin de tespiti anlamına geleceğinden, ispat yükü işverende olacaktı.

---

[469] Usul hukukunda doktrinin kabul ettiği yaklaşık ispat kavramı da 6100 sayılı HMK m. 390 ile birlikte pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. Tam ispata oranla görece az ölçütte bir kanaatin yeterli sayıldığı yaklaşık ispat, niteliği dava olmayan usule ilişkin taleplerin kabulünde kullanılan bir yöntemdir, bkz. Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 78; Doktrinde Tanrıver yaklaşık ispatı, ispat ölçüsü kavramı içinde değerlendirmektedir, bkz.Tanrıver, **a.g.e.,** s. 790.

[470] Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 90-91.

[471] Ünal, **a.g.e.,** s. 417; İlk görünüş ispatı ile emare ile ispat arasındaki farklılıklarla ilgili bkz. Tanrıver, **a.g.e.,** s. 787.

[472] Y9HD, T. 05.10.2020, 2017/16279 E., 2020/10415 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr)

[473] Demir, **Tazminatlar,** s. 16.

Daha önce belirttiğimiz gibi, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla iş güvencesi hükümleri kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın tüm işçilerin güvence altına alınması, ayrımcı davranışa maruz kalan tüm işçilere işe iade veya tazminat davası açmak konusunda serbesti tanınması gerekmektedir. Sendikal nedenle fesih iddiası ile açılacak olan davalarda bu ayrıma gidilmemiş, sendikal feshe dayanarak işçi ister işe iade, ister tazminat talebinde bulunsun, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca ispat yükü işverene yüklenmiştir. Temel hak ve özgürlükleri koruyan bu iki paralel maddenin ispat yükü konusunda farklı düzenlemeler içermemesi gerektiğini, olması gereken hukuk bakımından ispata yönelik hükümlerin işçi lehine uyumlaştırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2019 tarihli bir kararında, merkezi Fransa'da yer alan şirketin Türkiye'deki doğa sporları mağazaları zincirinde operasyon müdürü olarak görev alan işçinin sözleşmesinin ifşa nedeniyle feshedilmesi incelenmiştir[474]. İşçinin, kendisine psikolojik taciz uygulanması, çalışma saatlerinin düzenlenmemesi gibi şirket içi olumsuzlukları Fransa'daki genel merkeze e-posta ile bildirdiği, ardından sonuç alamayınca tekrar Fransa'ya yazdığı ve yine sonuç alamadığı, altı ay sonrasında ise şirket genel merkezine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan teftiş talebinde bulunduğunu bildirdiği, tüm bu süreçte görevi yürütmesi hakkında olumlu değerlendirmeler aldığı ancak teftiş talebinin ardından operasyon müdürü görevinden alınarak mağazanın çalışma şartları en zor olan doğa sporları birimine müdür olarak görevlendirdiği, ardından da iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek ayrımcılık tazminatı ve işçilik alacakları talebiyle dava açmıştır. Yüksek Mahkeme, işçinin ayrımcılık iddiasını ispat edemediği görüşüyle yerel mahkemenin işçi lehine kurduğu hükmü bozmuştur. Kanımızca da somut olayda İşK m. 5 uyarınca ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmamıştır. Bununla birlikte işyerinde hukuka aykırılıkları ifşa ettiği için görevi ağırlaştırılan ve sonra sözleşmesi feshedilen işçinin işe dönmek istememesi sonucunda talep edebileceği bir tazminat yoktur. Anayasal haklarını kullandığı için işverenin işçiyi cezalandırma yaklaşımı deyim yerindeyse ödüllendirilmemelidir. 2021 tarihli bir başka kararda, işçi 1991 yılından bu yana aynı işyerinde çalışmakta olup, 2011 yılında sendika üyesi olmuş, üyeliğinin işverene

[474] Y9HD, T. 09.07.2019, 2016/32575 E., 2019/15142 K. (www.legalbank.net)

bildirilmesine rağmen toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmamıştır. Bu esnada muvazaalı olarak alt işveren işçisi olarak çalıştırıldığından bahisle açılan dava kabul edilmiş, davadan sonra dahi toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını alamamıştır. Ardından işçinin şantiye kartı iptal edilmiş, SGK'ya çıkış kodu işin bitimi olarak bildirilmiştir. İşçi bu davranışların üstüne kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve eşit davranma borcuna aykırılık tazminatı talep etmiş, talebi kabul edilmiş ancak Yargıtay'ca eşit davranma borcuna aykırılığı ispat edemediği gerekçesiyle tazminat talebi reddedilmiştir. Kanımızca eşit davranma borcuna aykırılık halinde söz konusu tazminatın koşulları oluşmamıştır, ve fakat kararda ayrıca dikkati çeken, dava açmasından kısa bir süre sonra kartının iptal edilmesi ve hatta işten çıkışına dair verinin doğru girilmemesi gibi davranışlardır, ki bunların dürüstlük kuralına uygun olduğu söylenemeyecektir. Bu hususlar, Yüksek Mahkeme tarafından değerlendirme konusu yapılmamıştır, oysaki işverenin davranışları, kendi muvazaasını tespit eden işçiyi cezalandırma, misilleme mahiyetinde değerlendirilmelidir[475].

3. Ayrımcılık Tazminatı ile Kötüniyet Tazminatı İlişkisi

Doktrinde ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının nitelikleri ve birlikte talep edilip edilmeyecekleri tartışılmıştır. Bir görüş, ayrımcılık tazminatının ilk bakışta kötüniyet tazminatının özel bir türü gibi görünse de, aslında yalnızca fesih haline özgülenmediğini bu nedenle farklı nitelikte olduklarını ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı durumda yalnızca kötüniyet tazminatı hükümleri uygulanmalıdır[476].

Bu tazminatların birlikte talep edilip edilemeyecekleri konusunda da doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş, her iki tazminatın aynı niteliği taşıması nedeniyle birlikte talep edilmelerinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir[477]. Diğer

[475] Y9HD, T. 03.03.2021, 2020/4588 E., 2021/5455 K. (www.legalbank.net)..
[476] Çelik, **Tazminatlar,** s. 489.
[477] Bakırcı, **a.g.m.,** s. 119; Tuncay, **Irk ve Etnik Köken**, s. 768; Demir, **Tazminatlar**, s. 17-18; Aktay / Arıcı / Senyen Kaplan, **a.g.e.,** s. 182-183; Bedük, **Kötüniyet,** 948; Göktaş, **a.g.e.,** s. 129; İşverenin fesihte birden fazla nedene dayanması halinde iki tazminatın birlikte talep edilebileceği yönünde, bkz. Odaman, **Ayrımcılık**, s. 36; Hangi tazminat işçi lehineyse o yönde hüküm kurulması gerektiği hakkında, bkz. Ertürk / Gürsel, **a.g.m.,** s. 450; Tazminatların aynı nitelikte olduğunu açıkça ifade etmemekle

görüş, ayrımcılığın feshin kötüye kullanılmasının özel bir görünümü olduğu ancak fesih halinde kötüye kullanmanın ayrı bir hükümle düzenlendiğinden bahisle, her iki tazminatın birlikte talep edilebilecekleri yönündedir[478]. Doktrinde bir görüşe göre 5. madde yalnızca sendikal tazminatı hariç tutmaktadır, işçi lehine yorum ilkesi gereğince, işçiyi korumak amacıyla hükmün mefhumu muhalifinden bu yorumun yapılabilir ve her iki tazminat istenebilir, ayrıca işverenin örneğin şikâyette bulunmuş veya aleyhine tanıklık yapmış işçilerden yalnızca kadın olanları işten çıkarması durumunda bu denli ağır bir durumda hem kötüniyetli hem ayrımcı nitelik taşıyan bir fesihten bahsedilecektir[479]. Temelde buradaki görüş ayrılıklarını yaratan husus, doktrinde Yıldız'ın haklı olarak belirttiği gibi tüm bu fesih hallerinin farklı hükümlerde ve farklı miktarlarda tazminat talebine müsaade eden karışık bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır[480]. Bu nedenle somut olaya göre inceleme yapıldığında hakkaniyet gereğince eğer hem ayrımcı nitelik taşıyan hem de ayrımcılık yasağı kapsamına girmeyen ancak kötüniyetli fesih sebeplerinden biri varsa, bu durumda özellikle misilleme feshi oluşturan durumlarda her iki tazminata birlikte hükmedilebilmelidir.

Konunun gündeme geldiği Yargıtay kararlarında ise, iki tazminatın da aynı fesih sebebine yönelik olduğu ve birlikte istenemeyecekleri hükme bağlanmıştır. Yüksek mahkeme, karar verilirken işçinin lehine olan tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir[481].

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TBK, ve Deniz İşK kapsamındaki işçiler bakımından ayrımcılık tazminatı öngörülmediğinden, ayrımcılık teşkil eden hallerin feshe konu edilmesi halinde genel olarak kötüniyet tazminatına başvurulabilecektir. Basın İş Kanunu'na tabi işçilerden iş güvencesini haiz olanlar ise kötüniyet tazminatı talebinde bulunamayacak, yalnızca ayrımcı feshin geçersiz fesih olduğu iddiasıyla işe

birlikte iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin ayrımcılık halinde ikisinden birini talep edebilecekleri görüşünde, bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2005**, s. 97.

[478] Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku,** s.750; Baysal, **Eşit Davranma,** s. 76; Ünal, **a.g.e.,** s. 452.

[479] Yıldız, **Eşit İşlem,** s. 332-334; Yıldız, **Ayrımcılık**, s. 845; Süzek, **İş Hukuku**, s. 491; Süzek, **Eşit Davranma**, s. 35.

[480] Yıldız, **Eşit İşlem**, s. 335.

[481] Y22HD, T. 29.11.2013, 2012/29053 E., 2013/27095 K. (www.legalbank.net)

iade davası açabileceklerdir. Bunun dışındaki hallerde ayrımcılık tazminatı talebinde bulunulması mümkün olmayacak, işçiler için de başvurulabilecek tek hüküm, TBK m. 434 uyarınca kötüniyet tazminatı olacaktır.

C. SENDİKAL TAZMİNAT

Sendikal hakların kullanılmasını konu alan fesihlerin, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturduğuna yukarıda değinilmişti. Nitekim sendikal haklar, çalışma hukukuna ilişkin en temel insan hakları konumunda bulunduklarından, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25, sendikal haklarını kullanan yahut kullanmamayı tercih eden işçileri bu hakların kullanılmasının engellenmesinin karşılığında kanun koyucu özel bir düzenleme yapma ihtiyacı duymuştur. Hatta, mevcut sistemimiz korumayı bir adım ileri taşımıştır. İşveren bu durumda yalnızca tazminat yaptırımı değil aynı zamanda sendikal işe iade olarak bilinen feshin geçersizliğinin tespiti davasıyla da karşı karşıya kalmaktadır.

1. Sendikal İşe İade Davası ve Sendikal Tazminat Taleplerinde İspat

Sendikal nedenle fesih durumunda ispata ilişkin geçmişten itibaren farklı bir ispat yöntemi tercih edilmiştir. 2821 sayılı Kanun'a 4773 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik, iki aşamalı olmuştur. Öncelikle, 4773 sayılı Kanun ile İş Kanunu'na iş güvencesini sağlayan hükümler eklendiğinden, paralel olarak Sendikalar Kanunu'na da sendikal nedenle fesih durumunda iş güvencesinden yararlanılabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenleme, iş güvencesi hükümlerine atıf yapmıştır, söz konusu atıf ile sendikal nedenle fesihte ispat yükünün işverende olduğu belirtilmektedir. İkinci aşama ise 31. maddeye eklenen yedinci fıkra ile iş güvencesi kapsamında olmayan işçilere ilişkindir. Burada, kanun koyucu açıkça, bu işçilerin sendikal nedenle fesih iddiası ile açacakları davalarda ispat yükünün işverende olacağını ve hükmedilecek tazminatın miktarını belirlemiştir.

Doktrinde iş güvencesi olan ve olmayan işçiler arasında ayrıma gidildiği, iş güvencesi olan işçilerin sendikal nedeni ispat ile yükümlü kılınmalarının uygun olmadığı[482] ifade edilmekle birlikte, katıldığımız diğer görüşe göre her iki hüküm arasında ispat yükü bakımından bir farklılık bulunmamaktadır[483]. Nitekim, iş güvencesi olan işçiler bakımından da işverenin feshin geçerli bir nedene dayandığını ispatlaması durumunda işçinin de sendikal nedene dayandığını ispatı gerekecek; iş güvencesi olmayan işçinin sendikal tazminat talebinde işverenin feshin sendikal nedene dayanmadığını ispatlamasına karşılık işçiden yine sendikal nedeni ispatlaması beklenecektir.

Yürürlükteki 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin altıncı fıkrasında ise, 2014 yılında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararla tüm işçiler kapsama alınmış ve fesih halinde ister sendikal tazminat, ister sendikal nedene dayanan feshin geçersizliğinin tespiti davası açsın, geçerli nedeni ispat yükü işverene yüklenmiştir. Bu durumda, işveren eğer feshin geçerli veya nedene dayandığını ispat ederse, işçi sendikal nedeni ispat etmelidir, ki genel kural da bu şekildedir. İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından da işveren bu sefer feshin makul veya meşru nedene dayandığını ispat etmelidir[484]. Doktrinde, yalnızca işverene ispat yükü yüklenerek katlanılmaz bir durumun yaratılmaması gerektiği ileri sürülmüştür[485].

Yargıtay, sendikal fesih nedeniyle işe iade davasının açıldığı bir olayda, işverenin geçerli nedeni ispat edemediğini kabul etmiş ve bu nedenle yerel mahkemenin işe iade kararını uygun bulmuş olsa da, işçinin sendikal nedeni ispat edememesi nedeniyle sendikal tazminat yerine iş güvencesi tazminatının belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir[486]. Sendikal nedeni belirginleştirecek olayların yokluğunda yalnızca tanık beyanlarına göre kötüniyet tazminatına hükmedilmemesi gerektiği de ifade edilmiştir[487]. İşçinin yalnızca sendikaya kayıtlı olması yahut olmaması bu iddianın ispat edilmesi için yeterli olmayacaktır, aynı zamanda feshin sendikal faaliyet

[482] Bu hususta ki görüşler için bkz. Güzel, **İş Güvencesi**, s. 96-97; Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi**, s. 75; Manav, **Geçersiz Fesih**, s. 212-213.
[483] Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 97.
[484] Okur, **İspat Kolaylığı**, s. 594; Süzek, **İş Hukuku**, s. 568.
[485] Albayrak / Yuvalı, **a.g.m.,** s. 100.
[486] Y9HD, T. 14.04.2005, 2005/10849 E., 2005/13216 K.
[487] Y9HD, T. 25.01.1993, 1992/6488 E., 1993/916 K. (www.legalbank.net)

nedeniyle olduğunun ortaya koyulması gerekmektedir. Görülmektedir ki, Yüksek Mahkeme sendikal nedenle fesihlerde ispat yükünü, yalnızca işverenin üstüne bırakmamıştır[488].

İşçilerin işveren baskısı nedeniyle sendikadan ayrılmak zorunda kaldıkları ve bu nedenle işverenleri hakkında sendikal faaliyeti engelleme suçu oluştuğundan bahisle suç duyurusunda bulundukları olayda, işverenin sendikal nedenle feshi kabul edilmiştir[489].

Feshin işletme gerekleriyle yapılması halinde eğer yalnızca sendikalı işçilerin sözleşmelerinin feshi söz konusuysa, burada hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilmelidir[490]. İşverenin, işletme gerekleri kapsamında girişim özgürlüğü kabul edilse bile, aldığı karar ile işyerindeki sendikalı işçi sayısını düşürmeye çalıştığı göz ardı edilemez.

Sendikal tazminatın fesih dışında talep edilmesi durumunda ise, ayrımcılık tazminatında olduğu gibi ispat ölçüsü düşürülmüş ancak ispat yükü yine işçi üzerinde bırakılmıştır[491]. Doktrinde işçinin fesih dışındaki hallerde sendikal nedeni ispatının oldukça zor olduğu[492], bu nedenle Yargıtay kararlarıyla geliştirilen karineler vasıtasıyla bu zorluğun aşılmaya çalışıldığı ifade edilmektedir[493]. Hukuk Genel Kurulunca sendikal fesih karineleri, "*İş Hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının doğruluğu hakkında hakimin kanaat oluşturmasına yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam, toplu görüşmeler, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu sonuçlar ve değer yargıları feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığı iddiasını artırıyorsa sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmeli; işverenin feshin başka bir nedene dayandığını ispatlayamaması halinde uyuşmazlık işçi lehine çözülmelidir*"[494]. Dürüstlük kuralı ve

[488] Y9HD, T. 20.10.2014, 2014/31309 E., 2014/30175 K. (www.legalbank.net)
[489] Y9HD, T. 10.01.2019, 2018/10818 E., 2019/675 K. (www.legalbank.net)
[490] Süzek, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 134.
[491] Okur, **İspat Kolaylığı**, s. 593.
[492] 2821 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, işçinin üstündeki ispat yükünün bu tazminatın işlerlik kazanamama sebebi olduğu görüşünde, bkz. Bayram, **a.g.m.,** s. 1223.
[493] Ocak / Duman / Yılmaz, **a.g.e.,** s. 17-18.
[494] YHGK, T. 07.10.2009, 2009/9-373 E., 2009/417 K.

işçinin korunması, sendikal fesih karinelerinin değerlendirmeye esas alınmasını gerektirmekte[495], Yargıtayca işverenin görünüşteki değil gerçek fesih iradesi araştırılmaktadır.

Sendikal hakların kullanılmaması yönündeki işveren baskısına maruz kalan işçiler de kimi zaman iş sözleşmelerini feshedebilmektedir. Doktrinde böyle durumlarda fesih baskısını yaratan işverence sözleşme feshedilmiş gibi değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür[496]. Ancak diğer görüş, baskının varlığında dahi feshin işçinin iradesi sonucunda ortaya çıktığının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır[497].

2. Sendikal Tazminat ile Kötüniyet Tazminatı İlişkisi

Kötüniyet tazminatı ile sendikal tazminat arasındaki ilişkinin bir genel-özel tazminat niteliğinde olduğu belirtilmişti. Ancak Türk Hukukunda bu son noktaya ulaşmadan önce iki tazminat arasındaki ilişkiye dair görüşlerin önemli olduğu kanaatindeyiz.

İşçinin sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde hangi tazminatın talep edileceği tartışması, 1988 yılında 3449 sayılı Kanun ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde yapılan değişiklikle nihayete ermiştir[498]. Böylece 31. madde kapsamında sendikal tazminatın talep edilmesi durumunda, o dönem yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13.maddesinde yer alan kötü niyet tazminatının talep edilemeyeceği düzenlenmiş bulunmaktaydı. Yine 1475 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay, sendikal tazminatın kötü niyet tazminatını kapsadığı yönünde karar vermiştir. Doktrinde Çelik, her ne kadar mevcut düzenlemede sendikal tazminatın kapsayıcı nitelikte olduğunu belirten hükmü yer almasa da, bu sonucun

[495] Ocak / Duman / Yılmaz, **a.g.e.,** s. 19.
[496] Baycık, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 314.
[497] Esener / Bozkurt Gümrükçüoğlu, **a.g.e.,** s. 231; Ocak / Duman / Yılmaz, **a.g.e.,** s. 34.
[498] Kutal, **Değerlendirme 1992**, s. 48. Yazar, 1992 yılı kararlarının değerlendirmesinde Yargıtayın hala bazı kararlarında sendikal nedenle fesihte kötüniyet tazminatının koşullarının oluşup oluşmadığını irdelediğini ifade ederek kararları eleştirmiştir, bkz. **a.e.,** s. 49.

günümüz için de geçerli olduğunu belirtmektedir[499]. Bu görüşe katılmakla birlikte, hükmün yeni yasal düzenlemelerde yer almamasının, tazminatların niteliklerini değiştirmediğini, sendikal tazminatın anayasal temel hak olan sendika hakkını ihlal etmesi nedeniyle bu denli katı bir şekilde düzenlendiğini ve sendikal nedene dayanan fesihlerin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğunu belirtmek gerekir. Doktrinde Centel de iş güvencesine tabi olsun yahut olmasın, kötüniyet tazminatının özel bir hali olması dolayısıyla tüm işçiler için sendikal tazminata hükmedileceği kanaatindedir[500].

Ancak doktrinde bu iki tazminattan hangisinin talep edilebileceği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, işçi dilerse sendikal tazminatı, dilerse de kötüniyet tazminatını talep edebilecektir[501]. Bununla birlikte bir diğer görüş ise, her iki tazminattan yalnızca sendikal tazminatın talep edilebileceğini savunmaktadır[502]. Doktrinde bu görüşü savunan Çelik, kötüniyet tazminatında ispat yükünün işçide olduğunu, buna karşılık sendikal tazminatta işverenin böyle bir sebebin bulunmadığını ispatla yükümlü olduğunu, ayrıca artırılmış bildirim süreleri söz konusuysa hakimin takdir hakkı kapsamında dilerse en az bir yıllık olmak üzere yüksek miktarda sendikal tazminata hükmedebileceğini, böylece diğer görüşü ileri süren yazarların belirttiği işçi lehine gibi görünmekte olan her iki tazminatın istenebileceği yorumunun gereğinin kalmadığını ifade etmektedir[503].

3. Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi

Niteliği itibariyle sendikal nedenle ayrımcılık, sendikal tazminat olarak özel bir biçimde düzenlenmiştir. Doktrinde görüş birliği ile kabul edildiği üzere sendikal nedenle fesih, ayrımcılık temelli bir fesih olup özel olarak korunması nedeniyle ayrı

[499] YHGK T. 23.02.1967, 1967/217 E., 1967/613 K., Y9HD, T. 20.04.1967, 1967/3730 E., 1967/3439 K.; Çelik, **Tazminatlar**, s. 487.
[500] Centel, **İş Güvencesi**, s. 284.
[501] Kanunda açık düzenleme olmadığı yönünde, bkz. Aktay / Arıcı / Senyen Kaplan, **a.g.e.,** s. 184; Özellikle artırılmış fesih bildirim süreleri söz konusu olduğunda kötüniyet tazminatı miktarı oldukça yüksek bir bedele tekabül edebilecektir. Ayrıca bkz; Şahlanan, **Sendikal Tazminat,** s. 61; Şahlanan, **Toplu İş**, s. 215.
[502] Çelik, **Tazminatlar**, s. 488; Günay, **a.g.e.,** s. 479.
[503] Çelik, **Tazminatlar**, s. 488-489.

bir yaptırıma bağlanmıştır. Bu özelliği ile yaptırım daha güçlü ve caydırıcı hale getirilmiştir.

Sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı nitelik itibariyle aynı düzenlemeler olduğundan, kanun koyucu karışıklığa mahal vermemek adına İş Kanunu'nun 5. maddesiyle 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesini saklı tutmuştur. Burada irade, sendikal nedenle ayrımcılığın bulunması halinde, işçiyi o hükmün korunması kapsamından yararlandırmaktır. Her ne kadar 6356 sayılı Kanun ile 2821 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış olsa da, İş Kanunu'nun 5. maddesinin yaptığı bu atfı artık 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesi olarak okumak gerekir. Bu nedenle, sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı bir arada talep edilemeyecektir[504].

D. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT

Olağan fesih hakkının kullanılması tek başına muhataba tazminat hakkı doğmasına sebep olmaz[505]. Ancak koşulları oluştuysa, fesih hakkının muhatabı genel hükümler uyarınca tazminat talep edebilir[506]. Deniz İş Kanunu'nun m. 16/son'da açıkça tarafların tazminat hakları saklı tutulmuştur. 1475 sayılı mülga İşK'de de tazminat haklarının saklı olduğu düzenlenmişti, ancak 4857 sayılı İşK'de böyle bir hüküm yer almamaktadır. Kural olarak bu hükmün yer almaması, genel hükümlere göre maddi tazminat hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Yalnızca bu tazminatın talep edilebilmesi için zararın ispat edilmesi gerektiğinden, fesih hakkının kötüye kullanılması sonucu ortaya çıkan zararın, kötüniyet tazminatı miktarını aştığının ispat edilmesi gerekecektir[507].

TBK m. 56/1 uyarınca kişinin manevi zararı sonucunda olayın özellikleri dikkate alınarak yargıç tarafından bir tazminat miktarı belirlenebilir. İşçinin iş sözleşmesi kişilik haklarının zedelenmesine yol açacak şekilde feshedilirse, manevi

[504] Çelik, **Tazminatlar**, s.490; Odaman, **Ayrımcılık**, s. 36; Süzek, **İş Hukuku,** s. 671.
[505] Demirsatan**, a.g.e.,** s. 249.
[506] Göktaş, **a.g.e.,** s. 68.
[507] Süzek, **İş Hukuku**, s. 558.

tazminat talebi söz konusu olabilecektir[508]. Kural olarak fesih hakkının kötüye kullanılmasının yaptırımı ile fesih nedeniyle kişilik haklarının ihlali, farklı sebebe dayandıklarından işçi, hem kötüniyet tazminatını, hem de manevi tazminatı birlikte talep edebilecektir[509].

İşçinin görevi kötüye kullanma suçundan yargılanıp, kendisini şikayet eden işverene karşı manevi tazminat talebinde bulunduğu 2006 tarihli bir kararda, 9. Hukuk Dairesi şikayet hakkı ve hak arama özgürlüğünü değerlendirmiş; kişinin özgürlüğü ile karşı tarafın kişilik hakkının karşı karşıya gelebileceğini ortaya koymuştur. Somut olayda şikayet hakkı işverence kullanılmıştır. Hak kullanılırken kişiliğe yönelik aşağılayıcı ifadelere yer verilmediği gerekçesiyle manevi tazminat talebi reddedilmiştir[510]. 2017 tarihli bir kararda, mobbinge uğradığı için psikolojik rahatsızlık geçiren ve bu rahatsızlıkları nedeniyle hamileliğinde risk oluşan kadın işçinin sözleşmesi, istirahat raporu verildiği dönemde feshedilmiş ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi mobbing iddiasının kanıtlanamadığına hükmederek, manevi tazminat talebini reddetmiştir[511].

IV. DEĞERLENDİRME

Fesih, irade özgürlüğünün sonucu olarak sürekli borç ilişkilerinde ortaya çıkmış ve iş hukukunun kendine özgü sisteminde önemli bir yer edinmiştir. Feshi sınırlandıran mekanizmalar ile haksız, geçersiz ve kötüniyetli fesihlerde yaptırımların çeşitliliğine rağmen, borçlunun aynen ifaya zorlanamaması hukuk sistemimizin somut gerçekliğidir[512]. İrade özgürlüğüne ve feshe üstünlük tanıyan bakış açısı, özellikle

[508] Saymen**, İş Hukuku**, s. 607-608; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku,** s. 390-391; Eren**, a.g.e.,** Knr. 2437, s. 884; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **a.g.e.,** s. 674; Süzek, **İş Hukuku,** s. 558-559; CS-Gloor, **Art. 337c**, Knr. 29.
[509] Yayvak Namlı, **a.g.e,** s. 336, dn. 490'daki yazarlar.
[510] Yargıtay kararında hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılmasına değinilmiştir: "…*Şu durumda uyuşmazlığın çözümünde, hak arama özgürlüğünün, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmadığı, diğer bir anlatımla kişi, istediği biçim ve koşulda ve salt başkasını zararlandırmak için bu hakkı kullanamayacağı, aksi halde bu hakkı kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilerek, Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlanamayacaktır..."* bkz. Y9HD, T. 25.09.2006, 2006/17667 E., 2006/24630 K. (Çalışma ve Toplum, 2007/1)
[511] Y22HD, T. 13.03.2018, 2017/9918 E., 2018/6568 K. (www.legalbank.net)
[512] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 385.

işveren bakımından ilişkiyi sonlandırmayı kolaylaştırıcıdır; nitekim geçersizliğin dönüştürülmesi ve feshe etkinlik tanınması sayesinde yargılama sonucunda – ki o da oldukça uzun bir süre almaktadır- işverene tazminat dışında bir yaptırım uygulanması öngörülmemektedir[513]. Söz konusu yaptırım, bir yönüyle adaletlidir; zira iş ilişkisinin kişisel niteliği ilişkiyi bozan eylemlerin ardından tarafların bir araya gelmesini zorlaştırmaktadır[514]. Diğer yönüyle adalet duygusunu tam anlamıyla tatmin edememektedir, sonuçta iş güvencesi olarak adlandırılan kurumun yöneldiği nihai amaç, tazminatın değil işin güvencede olmasıdır.

Sistem işin güvencede olması düşüncesini temel alarak işçiyi, feshin geçersizliğinin tespiti ile birlikte işe iade edilmeyi talep ettiği bir dava açmaya yöneltmektedir. Ancak bu durum, başlı başına birçok sorunu beraberinde getirmektedir. İlişkinin sona erme biçimi, tarafların güven ilişkisini yeniden kurmalarına müsaade etmeyebilir. Ayrıca işçi, sözleşmesi feshedildikten sonra uzun bir süre işsiz kalmakta, gelir kaybını karşılamak için başka bir iş bulmakta ancak dava sonucunda eski işine başvuru yapmak zorunda kalmaktadır. Bu başvuruyu yapmadığında yahut yapıp ardından işe başlamadığında, çelişkili davranmanın sonuçlarına katlanmak zorunda kalmaktadır. Oysaki işçiye hareket alanı tanımayan ancak işverene seçim hakkı tanıyan bu sistemde, iş güvencesinde işçiye tanınacak seçim hakkı, bu sorunların ve samimiyete dair tartışmaların büyük bir kısmını giderebilecek özelliğe sahiptir[515]. Feshin geçersizliği ile birlikte, ilişkinin yeniden tesisi mümkün değilse, işçiye fesihten doğan alacaklarını talep etme imkanı tanınmalıdır.

Mahkemeler, geçmişte yasada yer alan örnekler dışındaki hallerde çekingen bir yaklaşım sergilemekte ve anayasal hakların kullanılmasına yönelen veya bu hakları zedeleyen fesihleri kötüniyet kapsamında görmemektedirler. Sendikal nedenler hariç olmak üzere ayrımcı davranışa dayanan fesihlerde ve kötüniyetli fesihlerde fesih

[513] Emredici hükümlerin çok sayıda olmasına rağmen geçersizlik yerine sözleşmeyi ayakta tutma amacının baskın olduğu ve bu nedenle geçersizliğin nadiren ortaya çıktığı yönünde, bkz. Doğan Yenisey, **Emredici Yapı,** s. 390-391.
[514] Doğan Yenisey, **Emredici Yapı**, s. 387.
[515] İşçiye veya tarafların talebi doğrultusunda yargıca seçimlik hak tanınması gerektiği yönünde, bkz. Astarlı, **Sınırlandırma**, s. 333.

serbestisi geçerliliğini korumaktadır. Kural olarak bu yaklaşım, kanımızca 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin amacına da aykırıdır. Aynı hukuki temele dayanan, özünde işçinin kişilik özelliklerine veya tercihlerine dayanan fesih nedenleri, farklı hukuki yaptırımlara tabi tutulmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri hakkında doktrinde uzun süredir eleştirilen hususlarda içtihat değişikliğine gidilmiştir. İşverenin iddialarının çelişkili davranma yasağı kapsamında değerlendirilmesi ve objektif koşullar yer almadığında dahi hukuka uygun bir biçimde kurulan belirli süreli bir iş sözleşmesinin sonuçlarının talep edilebilmesi, düzeltici işlevin tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Aynı şekilde, normun koruma amacını gözeten yorumla hükümdeki boşluk tamamlanmakta ve dürüstlük kuralı gereğince yargıç, re'sen inceleme yapmamaktadır. Ancak kanımızca bu hususun pozitif düzenlemeye kavuşturulması, işçilerin korunması bakımından daha etkin bir yol olacaktır.

Son olarak bu bölümde yaptırım olarak ele alınan tazminatlar ve birbirleriyle olan ilişkileri değerlendirilmiştir. Bu tazminatlar her ne kadar götürü tazminat ve medeni ceza olarak öngörülseler de, önemli olan işçi tarafından kötümiyetli davranışın ortaya koyulabilmesidir. İspat faaliyeti, hakkın kötüye kullanılmasına yaptırım uygulanabilmesini etkinleştirmenin tek yöntemidir. Ancak iş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçiler açısından usul hukuku bağlamında da genel kaidelerle hareket edilmektedir. İyiniyetin karine olduğu hukuk sistemimizde feshin kötüniyetli olmasının ispatı işçiye yüklenmiş, ancak kötüniyetin türevleri olan sendikal nedenler ve ayrımcılık yasağındaki ispat kolaylıkları bu işçilere sağlanmamıştır.

SONUÇ

Dürüstlük kuralı, tarafların hak ve borçlarını yerine getirirken uymaları gereken bir genel davranış ilkesi olmasının yanı sıra, yargıca boşlukların tamamlanması ve irade beyanlarının yorumlanması hususunda yol göstermektedir. Oldukça geniş etki alanı vardır ve pozitif hukuk kurallarının birçoğu, bu düşünceyle üretilmiştir. Yine de dürüstlük kuralına hala ihtiyaç duyulmakta, çünkü pozitif kurallar tüm ayrıntıları içermemektedir. Bununla birlikte günümüz dünyası hızla değişmekte, hukuk kuralları bu değişime yetişememektedir. Bu nedenle her ne kadar ikincil nitelikte bir genel davranış kuralı olarak tanımlansa da, hakların ve borçların şekillendirilmesi için dürüstlük kuralına sıklıkla başvurma gerekliliği sürmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, Roma Hukukundan bu yana tedbirle ve korkularak yaklaşılan bir kurum olagelmiştir; nitekim hukuk düzeni hakka ve hak sahibinin menfaatine öncelik verir. Kişinin hakkını dilediği gibi kullanması görüşü yerine, yasada formüle edilen hakkın özündeki gerçek hakkın araştırılmasına ilişkin fikirler, Avrupa'da 20. yüzyılın başlarında şiddetle tartışılmıştır. Sosyal hukuk düşüncesi, liberal görüşe üstün gelerek serbesti algısını biraz kırmış, özellikle İş Hukuku gibi alanlar bu düşünceyle şekillendirilmiş ve hatta şekillenmeye devam etmektedir. Fransa'da demiryolu işçilerinin korunmasıyla başlayan süreç, uzun bir yol kat etmiştir. Çeşitli ülkelerin iş mevzuatında yıllar boyu denetim bu yolla gerçekleştirilmiş, olağan fesih hakkının sebebe bağlanması veya feshin geçersizliği gibi yöntemler zaman içinde geliştirilmiştir.

Ülkemizde kanun koyucunun iş güvencesinin kapsamı yönündeki tercihi nedeniyle, sayıca azımsanamayacak bir grup işçi koruyucu hükümlere başvurma hakkını haiz bulunmamaktadır. Bu nedenle feshe ilişkin bir sınırlandırma yöntemi olarak "hakkın kötüye kullanılması", etkinliğini sürdürmekte ve yargılama faaliyeti ile somutlaştırılan haller yargıca yol gösterici olmaktadır. Somut olay adaletini sağlamak amacıyla hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulurken, bu kavramın yorumuna esas alınan ve bu yolla korunan değerlerin anayasal temel hak ve özgürlükler olduğu

görülmüştür. Sınırlı sayıda sayılması mümkün olmayan birçok temel hak ve özgürlük, iş ilişkisinde ihlal edilebilmekte veya bu hakların kullanılması nedeniyle iş sözleşmeleri işverence feshedilebilmektedir. Bu doğrultuda yapılan fesihlere yönelik taleplerde yorumlanan dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, makul sebep, haklı sebep gibi genel kavramlar, anayasal hakların dolaylı olarak iş ilişkilerine etki etmesine olanak sağlamaktadır. Bununla birlikte, kanımızca devletin pozitif yükümlülükleri devreye girmeli ve iş uyuşmazlıklarında temel hak ve özgürlüklere yönelik korumanın güçlendirilmesi gerekmektedir. Açıkça temel hakları zedeleyecek biçimde veya temel hakların işçi tarafından kullanımı nedeniyle işverence fesih hakkının kullanılamayacağı pozitif düzenlemeye kavuşturulmalı, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde sendikal haklar için öngörüldüğü biçimde ilgili koruma tüm işçileri kapsamına almalıdır.

Elbette kendine özgü koruyucu bir yapı oluşturma çabasındaki İş Hukukunda, işverenin fesih hakkını denetleme yolu olarak dürüstlük kuralına aykırılık ölçütü yerine, "geçerli sebep" ölçütünün tercih edilmesi ve hakkın doğumunun sebebe bağlanması doğru bir yöntem olmuştur. Bu anlamda ILO düzenlemeleriyle paralellik sağlanmış, ancak otuz işçi kıstası bakımından dünya standartlarının gerisinde kalınmıştır. Ayrıca ülkemizde, otuz işçi ve fazlasını çalıştıran işyerleri bile çeşitli mekanizmalar ile kayıtları otuz işçinin altında tutmakta, altı ayda bir işverenler arası işçi giriş çıkışı yapılmakta, bu süreçte işçileri haklarından mahrum edecek her yolun denendiğine şahit olunmaktadır. Bu nedenle dürüstlük kuralına aykırılık ölçütü, geçerlilik vasfını yitirmemiştir. Bu sayede işverenler arasındaki organik bağ tespiti yapılabilmekte, iş güvencesinden yararlanmayı engelleyen girişimlere geçerlilik tanınmamaktadır.

İş güvencesi, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını da içine alan daha gelişmiş bir denetim mekanizması olarak anlaşılmalıdır. Çünkü yargıç, yasanın sınırladığı fesih hakkının kullanılabileceği alanın çerçevesini çizerken, tarafların hak ve borçlarını değerlendirecek, geçerli nedeni o işyeri ve o iş ilişkisi için anlamlandıracak, işverene objektif bir davranış modeli öngörecektir. Bu modele uymayan, keyfi, tutarsız, ölçüsüz fesihler, geçerli nedenle yapılmış sayılmayacaktır.

Ayrıca işverenin sözleşmeyi ayakta tutmak için daha hafif ve başka yollara gidebiliyorsa, bu yolları tercih etmesi gerekecektir. Tüm bu değerlendirmeleri yaparken yargıç, MK m. 2'ye başvuracaktır. Bu nedenle iş güvencesiyle dürüstlük kuralından vazgeçilmemiş, bilhassa bu kavramın yarattığı esneklikle katı bir iş güvencesi yerine, somut olaya uyum sağlayabilen bir iş güvencesi sistemi getirilebilmiştir. İş güvencesi sisteminde yorumun zamanla gelişmesi ve ihtiyaçlara ayak uydurması ihtiyacı, hukuki sonuçları bakımından da gözetilmelidir.

Nelerin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı konusundaki belirsizlik ve ispatın güç olması nedeniyle kötüniyet tazminatı talepleri çoğu davada şartlar oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir. Kanaatimizce, İşK m. 18'de yer alan "geçerli sebep olamayacak haller"e, İşK m. 17'de olağan feshi düzenleyen hüküm içine "feshe sebep olamayacak haller" olarak yer verilmesi uygun olacaktır. Nitekim tarafı olduğumuz 158 sayılı Sözleşme ve diğer uluslararası düzenlemelerle amaçlanan, temel hak ve özgürlüklerin ihlali bakımından yalnızca güvence kapsamındaki işçileri korumak değildir. Farklı hukuk sistemlerinde de, sırf güvence kapsamında olmaması nedeniyle, belirtilen sebeplerde işverenin feshi göz ardı edilmemekte, özellikle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği durumlarda inceleme titizlikle yapılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin işyerinde korunmasına yardımcı olacak mekanizmayı sağlamlaştırmak gerekmektedir. Kanımızca temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği tüm fesihlerde, iş güvencesi hükümleri uygulama alanı bulabilmeli, sendikal özgürlüklerin ihlalinde gözetilen "sendikal düzene karşı haksız fiil işlendiği" görüşü, insan haklarının korunması bakımından da esas alınmalıdır. Böylece öteden beri eleştirilen otuz işçi kıstasının ötesine geçilebilir ve en azından kötüye kullanımın somutlaştırılması yoluyla iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin tazminata hak kazanmaları sağlanabilir. Özellikle temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde feshin geçersizliğinin tespiti, iş güvencesinden bağımsız bir mahiyete kavuşmalıdır.

İşe iade davası sonrasında, işçinin uzun bir süreç ardından işe dönmesi, yeni durumda fesihten önceki güven ortamının sağlanamaması gibi gerçekler göz önünde bulundurulduğunda; farklı hukuk sistemleri işe iade yerine tazminat tercihini işçiye de sunmuşlar yahut yargıcın değerlendirme aşamasında bu yönde bir hüküm kurmasına

müsaade eden hükümler öngörmüşlerdir. Seçim hakkının yalnızca işverende bulunması, işçileri, (i) dava açmaktan vazgeçmeye itmekte, (ii) dava sürecinde uzun bir süre husumet devam ettiğinden, karar işçi lehine dahi olsa geri dönmek istenmemekte, (iii) dava süresince hayatını sürdürebilmek için başka bir işyerinde çalışmaya başladığından, dava lehine sonuçlandığında o işten ayrılarak eski işine başvuru yapmak zorunda kalmakta, (iv) zaten dava sonunda işe geri alınmayacağını bildiğinden dava açmak yerine arabuluculuk uygulamasıyla tazminatını almakta ve özellikle asgari ücretten gösterilen işçilerde bu durumda dava yoluna başvurmaktan imtina ederek ücrete bağlı haklarına tam anlamıyla kavuşamama riskiyle karşılaşılmaktadır. Bu sorunları çözmek bakımından iş güvencesi hükümleriyle işverene tanınan işe geri alma yahut tazminat seçeneklerinden birini tercih hakkı, işçiye de tanınmalıdır. Bu durumda yukarıda incelenen "samimiyet", dolayısıyla çelişkili davranma yasağına dair tüm tartışmalar da son bulacaktır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından yukarıda yapılan tartışmalar uyarınca bakiye süre ücreti talebiyle açılan davalarda, belirsiz süreli sözleşmenin varlığı yalnızca işçinin bunu ileri sürmesi halinde değerlendirilmelidir. İşverenin talebi üzerine şekle aykırılığın değerlendirilmesi normun koruma amacıyla bağdaşmadığından, hakkın kötüye kullanılması yasağının düzeltici işlevin olumlu etki yapması ve bu yolla iş sözleşmesi belirli süreli olarak değerlendirilmelidir. Aynı gerekçeyle yargıcın sözleşmenin türünü re'sen incelemesi de söz konusu olmamalıdır. Bu hususta Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerince yakın tarihte geliştirilen görüşlerin mevzuata dahil edilmesi, hukuki güvenilirliği sağlayabilecek bir yöntem olabilecektir.

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız: "Normun Koruma Amacı Teorisi", **AÜHFD**, C: 59, S: 3, 2010, s. 345-448.

Akbulut, Pakize Ezgi: **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, İstanbul, On İki Levha, 2016.

Akdeniz, Ayşe Ledün: **İş İlişkilerinde İmkansızlık**, İstanbul, On İki Levha, 2018.

Akıncı, Şahin: **Roma Hukuku Dersleri**, 11. Bs., Konya, Sayram, 2017.

Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya: **Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku,** C:1, 12. Bs., İstanbul, Beta, 2016.

Aksoy Dursun, Sanem: **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul, On İki Levha, 2008.

Aktaş, Sururi: "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C:14, S:1-2, 2010, s. 1-28.

Aktay, Ahmet Nizamettin: **Sendika Hakkı**, Ankara, Kamu-İş, 1993 (Sendika).

Aktay, Ahmet Nizamettin: "İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay

Kararı İncelemesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S:3, Eylül 2006, s. 103-109 (İşe İade).

Aktay, Ahmet Nizamettin: "İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı "Bordro İşvereni" Tabiri Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri, **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S:11, Eylül 2008, s. 59-64 (Otuz Sayısı).

Aktay, Ahmet Nizamettin: **Toplu İş Hukuku**, 2. Bs., Ankara, Lykeion, 2019 (Toplu İş).

Aktay, Ahmet Nizamettin / Arıcı, Kadir/ Senyen Kaplan, Emine Tuncay: **İş Hukuku,** 6. Bs. Ankara, Gazi, 2013.

Akyiğit, Ercan: **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, C:1, 3. Bs., Ankara, Seçkin, 2008 (Şerh).

Akyiğit, Ercan: **Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin, 2020 (Ders Kitabı).

Akyol, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bs., İstanbul, Vedat, 2006 (Dürüstlük Kuralı).

Akyol, Şener: **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı,** İstanbul, Vedat, 2007 (Çelişki Yasağı).

Akyol, Şener: **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Vedat, 2010 (Yorum).

Albayrak, Hakan / Yuvalı, Ertuğrul: "İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku

Açısından Değerlendirilmesi", **Legal İSGHD**, C:9, S:34, 2012, s. 73-112.

Aloisi, Antonio / Gramano, Elena: "Artificial Intelligence Is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context", **Comparative Labor Law and Policy Journal**, Vol.: 41, No: 1, 2019, s. 95-122.

Alp, Mustafa: "Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-", **Yasa Hukuk Dergisi**, C: 17, S: 205, Ocak 1999/12, s. 1519-1534 (Ölçülülük).

Alp, Mustafa: "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", **DEÜHFD**, C:5, S:1, 2003, s. 1-40 (İş Güvencesi).

Alp, Mustafa: **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara, Seçkin, 2005 (Değiştirilme).

Alp, Mustafa: "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, Ankara, TİSK, 2009, s. 133-177(Değerlendirme 2006).

Alp, Mustafa: **Çalışanın İşverenini ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi – Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu- (Whistleblowing),** İstanbul, Beta, 2013 (Whistleblowing).

Alp, Mustafa: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı" **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, MESS, 2015, s. 177-258 (Değerlendirme 2013).

Alp, Mustafa: "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Resen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dönüştürülmesi", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan,** (Ed.:Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 477-502 (Belirli Süreli).

Alpagut, Gülsevil: **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, TÜHİS, 1998 (Belirli Süreli).

Alpagut, Gülsevil: "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001**, Ankara, Kamu-İş, 2003, s. 87-150 (Değerlendirme 2001).

Alpagut, Gülsevil: **Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi**, İstanbul, Bank-Sis, 2002 (İşlem Temelinin Çökmesi).

Alpagut, Gülsevil: "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması,** İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 79-117 (Feshe Karşı Koruma).

Alpagut, Gülsevil: "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", **Mercek Dergisi**, Ocak 2004, s. 73-91 (4857 Sayılı).

Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", **Çimento İşveren Dergisi**, C: 18, S: 5, Eylül 2004, s. 52-62 (Esaslı Şartlar).

Alpagut, Gülsevil: "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkansızlığı", **Legal İSGHD**, S:6, 2005, s. 655-664 (İfa İmkansızlığı).

Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları),** Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 200-251 (İş Güvencesi).

Alpagut, Gülsevil: "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları", **Legal İSGHD**, C:3, S:9, 2006, s. 49-64 (22. Madde).

Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:1, 2006, s. 71-84 (Haklı-Geçerli Neden).

Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:4, 2006, s. 95-105 (Sosyal Seçim).

Alpagut, Gülsevil: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara, Türk-İş, 2007, s. 75-121 (Değerlendirme 2005).

Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi)", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. Yıl Toplantısı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 19-52 (Sözleşmesel Kayıtlar).

Alpagut, Gülsevil: "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", **Bankacılar Dergisi**, S: 65, 2008, s. 89-110 (Esaslı Değişiklik).

Alpagut, Gülsevil: "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", **Legal İSGHD**, C:8, S:31, 2011, s. 913-959 (Hizmet Sözleşmesi).

Alpagut, Gülsevil: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının**

Değerlendirilmesi 2010, İstanbul, Kamu-İş, 2012, s. 1-82 (Değerlendirme 2010).

Alpagut, Gülsevil: "Belirli Süreli, Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmeleri", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar,** İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 101-135 (Güncel Sorunlar).

Alpagut, Gülsevil: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014,** 2. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 7-95 (Değerlendirme 2014).

Alpagut, Gülsevil: "Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları – Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", **İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı**, C: 74, s. 855-879 (Toplu Eylem).

Alpagut, Gülsevil: "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", **İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi,** (Ed.: Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, 2016, s. 195-217 (Kanun Tasarısı).

Alpagut, Gülsevil: "İş Kanunu Kapsamında Çalışma ve Dinlenme Süreleri Yargılama Sürecinde Emsal Ücret Sorunu", **İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri**

Kararları Değerlendirme Toplantısı, 06.04.2019, Bolu-Abant, (Ed.: Levent Akın), Ankara, İNTES, 2019, s. 67-89 (Emsal Ücret).

Alpagut, Gülsevil: "İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AİHM Kararlarıyla Tespit Edilen Esaslar", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan**, (Ed: Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 275-313 (Kamera Gözetlemesi).

Alpagut, Gülsevil: "Pandemi'nin İş Sözleşmesine Etkisi: Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden", **Pandemi Sürecinde İş Hukuku**, (Ed.: Gülsevil Alpagut), İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 61-98 (Pandemi).

Alpagut, Gülsevil: "Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik", **Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi,** (Ed: Ender Demir / Beste Gemici Filiz), Ankara, Seçkin, 2021, s. 317-338 (Daimi Ulaşılabilirlik).

Alpagut, Gülsevil: "İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları", **Festschrift für Otto Kaufman Armağanı (Ed: Alpay Hekimler),** İstanbul, Legal, 2021 s. 3-24 (İfşa-İhbar Hakkı)

Altaş, Hüseyin: **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin, 1998 (Şekle Aykırılık).

Altaş, Hüseyin: **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK 1-7)**, 2. Bs., Ankara, Yetkin, 2020 (Medeni Hukuk).

Altınok Ormancı, Pınar: **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, Vedat, 2011.

Amoos, Mihaela: **La theorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus**, Lozan, Université de Lausanne Faculte de droit, 2002.

Ancel, Pascal/ Aubert, Gabriel/ Chappuis, Christine: **"L'abus de droit", Comparaisons franco-suisse,** Saint-Etienne, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2001.

Antalya, Osman Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:1, 2. Bs., İstanbul, Beta, 2013 (Borçlar Genel).

Antalya, Osman Gökhan: **Hukuk Metodolojisi**, C:2, Ankara, Seçkin, 2021 (Metodoloji).

Antalya, Osman Gökhan / Topuz, Murat: **Medeni Hukuk,** C:1, 3. Bs., Ankara, Seçkin, 2019.

Aral, Vecdi: **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, 3. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2012.

Arda Bicaz, Fatma: **Türk İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, İstanbul, Legal, 2017.

Arslan, Ramazan: **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, S Yayınları, 1989.

Arslan Ertürk, Arzu: **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul, On İki Levha, 2010.

Arslan Ertürk, Arzu: "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu Üzerindeki Etkisi", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar,** İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 49-113 (Borçlar Kanunu).

Arsebük, Esat: **Medeni Hukuk**, İstanbul, Tan Matbaası, 1938.

APS/YazarAdı **Kündigungsrecht,** Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 6. Auflage, C.H. Beck, 2021.

Astarlı, Muhittin: "İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar", **Legal İSGHD,** S: 23, 2009, s. 963-992 (İhtar).

Astarlı, Muhittin: "İşverenin Fesih Hakkının Sınırlandırılması", **Emeğin Hukuku Kurultayı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 27-28 Mayıs 2015, s. 311-350 (Sınırlandırma).

Astarlı, Muhittin: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015,** İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 211-383 (Değerlendirme).

Ataay, Aytekin: **Medeni Hukukun Genel Teorisi,** 3. Bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.

Atalay, Oğuz: **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017.

Atamer, Yeşim: **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul, Beta, 1993 (Normun Koruma Amacı).

Atamer, Yeşim: "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler", **İÜHFM**, C: 63, S: 1-2, 2005, s. 171-191 (Sözleşme Boşlukları).

Ateş, Derya: "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 72, 2007, s. 75-93.

Audren, Frédéric / Fillon, Catherine: "Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale", **Revue trimestrielle de droit civil**, No: 1, janvier-mars 2009, s. 39-76.

Augsburger-Bucheli, Isabelle: "Genese de l'article 2 du code civil suisse", **Abus de droit et bonne foi**, Friburg, Editions Universitaires Fribourg, 1994, s. 23-34.

Auzero, Gilles / Baugard, Dirk / Dockès, Emmanuel: **Droit du travail**, 32e éd., Dalloz, 2018.

Avogaro, Matteo: "Right to Disconnect: French and Italian Proposals for a Global Issue", **Law Journal of Social and Labor Relations**, Vol.:4, No: 3 (September/December 2018), s. 110-129.

Ayan, Serkan: "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", **AÜHFD,** C:54, S:4, 2005, s. 431-487.

Ayan, Mehmet / Ayan, Nurşen: **Medeni Hukuka Giriş**, 13. Bs., Ankara, Adalet, 2020.

Aydın, Mesut: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C: 61, S:3, 2015, s. 1-37.

Aydınlı, İbrahim: "İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım", **Kamu-İş**, C:8, S:1, 2005, s. 1-18.

Aykaç, Hande Bahar: "Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II (Ed.: Tankut Centel)**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 47-133.

Aykaç, Hande Bahar: **İşverenin Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması**, İstanbul, On İki Levha 2020.

Bakırcı, Kadriye: "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:2, Haziran 2006, s. 114-121 .

Barlas, Nami: "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi", **İÜHFM**, Prof. Dr. Türkan

Rado'ya Armağan Sayısı, C:55, S:3, 1997, s. 191-208.

Baskan, Ş. Esra: "İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 6356 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Düzenlemeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 30, 2013, s. 77-86 (Sendikal Tazminat).

Baskan, Ş. Esra: **İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021(Ultima Ratio).

Başbuğ, Aydın: **İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması**, İstanbul, Beta, 2007.

Başterzi, Süleyman: "Avrupa Birliği Konseyi'nin 99/70 sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanunun Öngördüğü Sistem", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, s. 119-191 (Yönerge).

Başterzi, Süleyman: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi" **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, Ankara 2011, s. 1-131 (Yargıtay Kararları).

Başterzi, Süleyman: "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi 'İşçinin Haklı

Menfaati'", **DEÜHFD**, C:15, Özel Sayı, 2014, s. 423-449 (Objektif Neden).

Başterzi, Süleyman: "Kısa Çalışma (Kovid 19 Pandemisinde Yeni Yaklaşımlar)", **Pandemi Sürecinde İş Hukuku**, İstanbul 2020, s. 3-60 (Pandemi).

Baştürk, Faruk: "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve İspat Sorunları", **Legal İSGHD**, S: 22, 2009, s. 569-615.

Bathmanabane, Pascal: **L'abus du droit syndical,** Paris, LGDJ, 1993.

Baugard, Dirk: **La sanction de requalification en droit du travail**, Paris, IRJS éditions, 2011.

Baycık, Gaye: **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin, 2011. (Yenilik Doğuran Hak)

Baycık, Gaye: "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", **AÜHFD**, C: 61, S:2, 2012, s. 487-504 (Nakil Yetkisi)

Baycık, Gaye: "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu", **Legal İSGHD**, C:9, S:35, 2012, s. 77-103 (Borçlar Kanunu).

Baycık, Gaye: "İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakkın Etkisizleşmesi", **İÜHFM**, C:72, S:2, 2014, s. 59-72 (Etkisizleşme).

Baycık, Gaye: **Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin, 2015 (Sorumluluk).

Baycık, Gaye: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016,** İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 6-355 (Değerlendirme).

Bayram, Fuat: "Sendikal Fesih Karinesi", **Legal İSGHD**, S:12, 2006, s. 1222-1249.

Baysal, Başak: **Sözleşmenin Uyarlanması,** 2. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017 (Uyarlanma).

Baysal, Ulaş: "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", **Legal İSGHD**, S:25, 2010, s. 59-99 (Eşit Davranma).

Baysal, Ulaş: "Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 28, Aralık 2012, s. 146-153 (Emeklilik).

Bedük, Mehmet Nusret: "İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:1, İstanbul, Beta, 2011, s. 921-967 (Kötüniyet).

Bedük, Mehmet Nusret: "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları", **Selçuk**

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 27, S: 2, 2019, s. 679-726 (İşçinin Feshi).

Bersier, Roland: "La résiliation abusive du contrat de travail (art. 336 a 336b CO) » , **SJZ**, 89/1993.

Beyleveld, Deryck / Pattinson, Shaun D.: "Horizontal Applicability and Horizontal Effect", **Law Quarterly Review**, 118, s. 623-646.

Beytar, Erbil: **İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması**, İstanbul, On İki Levha, 2017.

Billeter, André: **La résiliation abusive du contrat de travail**, Nöşatel, Delachaux & Niestlé, 1952.

Birben, Erhan: "İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları", **DEÜHFD**, C:8, S:2, 2006, s. 7-25 (İşletme Gerekleri).

Birben, Erhan: "İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi", **DEÜHFD**, C:15 Özel Sayı, 2014, s. 451-480 (Etkisizleşme).

BK/YazarAdı: Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, **Berner Kommentar,** Band/No: I/1, 2012.

Bostancı, Uygar: "İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü", **Sicil**

İş Hukuku Dergisi, S: 16, Aralık 2009, s. 120-129.

Boyar, Oya: **Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Ed.: Sibel İnceoğlu), İstanbul, Beta, 2013 (Yatay Etki).

Boyar, Oya: **Anayasa ve Özel Hukuk**, İstanbul, On İki Levha, 2019 (Özel Hukuk).

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: **Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat, 2012 (Belirli Süreli).

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:11, S:2, Temmuz 2012, s. 47-84 (Deneme Süreli).

Bozok, Salim: **İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası**, İstanbul, On İki Levha, 2019.

Broggini, Gerardo: "L'abus de droit et le principe de la bonne foi aspects historiques et comparatifs", **Abus de droit et bonne foi**, Friburg, Editions Universitaires Fribourg, 1994, s. 3-22.

Brunner, Christiane / Bühler, Jean-Michel / Waeber, Jean-Bernard / Bruchez, Christian: **Commentaire du contrat de travail**, 3e éd., 2004.

Bukspan, Eli: "The Notion of Trust as a Comprehensive Theory of Contract and Corporate Law: A New Approach to the Conception That the

Corporation Is a Nexus of Contract", 2 **Hastings Business Law Journal,** 229, 2006.

Buz, Vedat: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin, 2005. (Yenilik Doğuran Hak)

Buz, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Tıpkı Bs., Ankara 2014. (Dönme)

Campion, Lucien: **La théorie de l'abus des droits**, Brüksel, Etablissements Emile Bruylant, 1925.

Canbolat, Talat: "İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Seminer),** İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 82-134.

Caniklioğlu, Nurşen: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı (Genel Görüşme)", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, İstanbul, On İki Levha, 2018 (Yargıtay Kararları).

Carranza, Carlos Jaïco / Micotti, Sébastien: **Whistleblowing,** Zürih, Schulthess, 2014.

Carruzzo, Philippe: **Le contrat individuel de travail**, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Cenevre, Schulthess Juristische Medien AG, 2009.

Cashin-Ritaine, Eleanor (Çev: Baysal, Başak): "Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar", **İÜHFM**, C: 63, S: 1-2, 2005, s. 321-342.

Centel, Tankut: "Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S. 36, 2016, s. 9-16 (Metal Sektörü).

Centel, Tankut: **İş Güvencesi**, 2. Bs., İstanbul, Legal, 2020 (İş Güvencesi)

Cherpillod, Ivan: **La fin des contrats de durée**, Lozan, 1988.

Cicero (Çev: Çevik, C. Cengiz): **Yükümlülükler Üzerine**, 8. Bs., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2021.

Crabb, John H.: "The French Concept of Abuse of Rights", **Inter-American Law Review**, Vol:6, No:1, 1964, s. 1-24.

Cristau, Antoine: "Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture - Licenciement pour motif personnel : conditions)", **Répertoire de droit du travail**, Dalloz, 2017.

CS-Yazar Adı: **Commentaire du contrat de travail**, Stampfli Verlag AG, 2013.

Çelebi Demir, Duygu: "İşçinin İşyeri Değişikliğine Sonradan İtirazı – Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.06.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi-", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S: 44, 2020, s. 164-189.

Çelik, Nuri: **İş Hukuku**, 7. Bs., İstanbul, 1985 (İş Hukuku)

Çelik, Nuri: "İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'a Armağan,** Ankara, 1997, s. 219-230 (Fesih Hakkı).

Çelik, Nuri: "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar", **Legal İSGHD**, C:4, S:14, 2007, s. 485-496 (Tazminatlar).

Çelik, Nuri: "İş Güvencesi Kapsamı ile İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S:12, Güz 2007/2, s. 1-6 (Otuz İşçi)

Çelik, Nuri: "İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S:4, 2006, s. 5-12 (Eşit Davranma).

Çelik, Seydi: "Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında Çalışma Hakkının Talep Edilebilirliği", **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:9, S:17, Haziran 2021, s. 37-71 (Çalışma Hakkı).

Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat: **İş Hukuku Dersleri**, 33. Bs., İstanbul, Beta, 2020.

Çeliktaş, Demet: "Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı", **DEÜHFD**, C:3, S:1-4, 1987.

Çenberci, Mustafa: **İş Kanunu Şerhi**, 6. Bs., Ankara 1986.

Çil, Şahin: **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2019-2021**, Ankara, Yetkin, 2021.

Çobanoğlu, Rahmi: **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1964.

Çubukçu, Erdoğan: "Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bazı Hallerde Fesih Türü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** S:2, 1995.

Demir, Fevzi: "Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama", **Legal İSGHD**, S:10, 2006, s. 469-499 (Geçerli Sebep).

Demir, Fevzi: "İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi", **Legal İSGHD**, C:11, S:41, 2014, s. 15-25 (Tazminatlar).

Demir, Fevzi / Demir, Gönenç: "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", **Kamu-İş**, C:11, S:1, 2009, s. 1-37.

Demirsatan, Barış: **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2019.

Devine, D.J: "Some Comparative Aspects of the Doctrine of Abuse of Rights", **Acta Juridica** 148, 1964.

Dikmen Caniklioğlu, Meltem: "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", **Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, DEÜHFD**, İzmir, 2001.

Doğan, Sevil: "İş Sözleşmesinin Feshinde Olumsuz Öngörü İlkesi", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan,** (Ed.:Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 1013-1040.

Doğan Yenisey, Kübra: "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", **Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan**, C:6 S:4, 2002, s. 31-72 (Kadın-Erkek Eşitliği).

Doğan Yenisey, Kübra: "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", **Legal İSGHD**, S:7, 2005, s. 973-1003 (Orantılılık).

Doğan Yenisey, Kübra: "Çalışma Koşullarında Değişiklik", **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 104-131 (Değişiklik).

Doğan Yenisey, Kübra: "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Sicil İş**

Hukuku Dergisi, S:2, 2006, s. 60-65 (Yargıtay Kararı).

Doğan Yenisey, Kübra: "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C:4, S:11, 2006, s. 63-81 (Eşitlik İlkesi).

Doğan Yenisey, Kübra: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, Ankara, TİSK, 2009, s. 9-99 (Değerlendirme 2006).

Doğan Yenisey, Kübra: **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, İstanbul, Legal, 2007 (İşyeri).

Doğan Yenisey, Kübra: "Şüphe Feshi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:11, Eylül 2008, s. 65-72 (Şüphe Feshi).

Doğan Yenisey, Kübra: "İş Hukukunda Cezai Şart", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Seminer – 28 Mayıs 2011**, İstanbul, 2012, s. 21-44 (Cezai Şart).

Doğan Yenisey, Kübra: "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:1, İstanbul, Beta, 2011, s. 33-82 (Armağan).

Doğan Yenisey, Kübra: **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, İstanbul, Beta, 2014 (Emredici Yapı).

Doğan Yenisey, Kübra: "Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış", **Legal**

İSGHD, C: 11, S: 41, 2014, s. 45-71 (Roma Hukuku)

Doğan Yenisey, Kübra: "Türk Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, İstanbul 2014, s. 78-110 (Genel Hizmet Sözleşmesi)

Doğan Yenisey, Kübra: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, MESS, 2015, s. 9-145 (Değerlendirme 2013).

Doğan Yenisey, Kübra: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, İstanbul, On İki Levha, 2018 s. 387-561 (Değerlendirme 2016).

Doğan Yenisey, Kübra: "İşverenin Tespitinde Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", **Yargıtay Kararları Işığında İnşaat Sektöründe İş Hukuku Uygulamaları Semineri**, (Ed.: Levent Akın), Ankara, İNTES, 2019, s. 67-73 (Organik Bağ).

Dulay, Dilek: "İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi", **Legal İSGHD**, S: 27, 2010, s. 963-978.

Dulay Yangın, Dilek: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire'nin İşçilerin Gizli Kamera ile İzlenmesine İlişkin 17 Ekim 2019 Tarihli Lopez Ribalda ve Diğerleri Kararının Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum,** S:3, 2020, s. 1703-1728 (Gizli Kamera).

Dulay Yangın, Dilek: **İş Mücadelesine Hakim Olan Temel İlkeler Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, İstanbul, On İki Levha, 2021.

Dunand, Jean-Philippe: "L'OIT et le droit social en Suisse: 100 ans et après?: Actes du colloque organisé par le Pôle Berenstein à l'occasion des 100 ans de l'Organisation internationale du Travail", Freier juristischer Verlag, 2019. (L'OIT)

Dunand, Jean-Philippe: "La Suisse et la 'liste noire' de l'Organisation internationale du travail (OIT)", **Festschrift für Wolfgang Portmann**, 2020 (List Noire).

Duprilot, Jean-Paul: "Contrat de travail à durée indéterminée (Modes de rupture autres que le licenciement : conditions)", **Dalloz**, 2017.

Dural, Mustafa / Sarı, Suat: **Türk Özel Hukuku**, C:1, 14. Bs., İstanbul, Filiz, 2019.

Dursun Ateş, Sevgi: **İşverenin Yönetim Hakkı**, Ankara, Seçkin, 2019.

Dussault, René: "De l'abus des droits", **Les Cahiers de droit**, Vol:4, No:3, 1961.

Edis, Seyfullah: **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri,** 4. Basıdan Tıpkı Bs., Ankara, 1993 (Medeni Hukuk).

Edis, Seyfullah: "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975 (Doğruluk ve Güven).

Egger, August (Çev: Çernis, Volf): **İsviçre Medeni Kanunu Şerh Giriş ve Kişinin Hukuku**, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1947.

Ekmekçi, Ömer: "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi**, İstanbul, 2001, s. 61-85 (Değerlendirme 1999).

Ekmekçi, Ömer: "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları", **Mercek Dergisi,** Temmuz 2003, s. 132-139 (Dava Süreci).

Ekmekçi, Ömer: "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Legal İSGHD**, S:1, 2004, s. 165-181 (Değerlendirme).

Ekmekçi, Ömer: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**

2003, Ankara, Türk-İş, 2005, s. 9-57 (Değerlendirme 2003).

Ekmekçi, Ömer: "Sunulan Tebliğlerin Değerlendirilmesi", **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları,** Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı (İş Güvencesi).

Ekmekçi, Ömer: "Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu", **"Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine" Toplantısı**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 5-38 (İş Mahkemeleri Kanunu).

Ekmekçi, Ömer: **Toplu İş Hukuku Dersleri,** İstanbul, On İki Levha, 2018 (Toplu İş).

Ekmekçi, Ömer / Yiğit, Esra: **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 3. Bs., İstanbul, On İki Levha, 2021.

Ekonomi, Münir: **İş Hukuku,** C:1, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı Kitap Yayınları, 1987 (İş Hukuku).

Ekonomi, Münir: "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Hukuka Uygunluğu", **Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları,** İstanbul, 1979 (Belirli Süreli).

Ekonomi, Münir: "4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (1) -Kavram, Süre ve Yenileme-", **Legal İSGHD,** S. 9, 2006, s. 15-32 (4857 Sayılı).

Ekonomi, Münir: "İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007**, İstanbul, Beta, 2009, s. 1-64 (Değerlendirme 2007).

Ekonomi, Münir: "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", **Çalışma ve Toplum**, S: 22, 2009/3, s. 11-34. (Kadın İşçi)

Ekonomi, Münir: "İş Güvencesinden Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi, Bekleme Süresi," **Legal İSGHD**, S: 34, Yıl: 2012 (Altı Aylık Kıdem)

Elbir, Halid Kemal: "İş Hukukunda Yorum", **İş Hukuku Dergisi**, C:1 S:1, 1968, s. 3-34 (Yorum).

Elbir, Halid Kemal: **İş Hukuku**, 9. Bs., İstanbul, Filiz, 1987 (İş Hukuku).

Elbir, Nazlı: "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde "Samimiyet" Olgusu", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:11, S:1, 2020, s. 139-154 (Samimiyet).

Elmas, Serkan: **Türk İş Hukukunda Haksız Fesih**, Ankara, Lykeion, 2018.

Emini, M. Emin: "Hak Kavramı", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S:12, 2004, s. 203-216.

Engin, Murat: **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi**, İstanbul, Beta, 2003 (İşletme Gerekleri).

Engin, Murat: "İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Kararı Değerlendirmesi", **Legal İSGHD**, C:1, S:2, 2004 (Ücretsiz İzin).

Engin, Murat: "İşe İade ve Uygulama Sorunları, İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri", **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Seminer Notları Cep Kitapları -III-,** İstanbul, 2005 (İşe İade).

Engin, Murat: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, 2. Bs., İstanbul, 2017 (Değerlendirme 2014).

Engin, Murat: "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Anayasa Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine", **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C:5, S:2, 2015 (Toplu Eylem).

Engin, Murat: "Sendikal Hak ve Özgürlüklere İlişkin AİHS Hükümleri, AİHM Kararları ve Türk Hukuku", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (5)**, Ankara, Seçkin, 2015(AİHM).

Erbaş, C. Gökhan: "Alman İş Hukukunda Hakkın Kullanımı Nedeniyle Cezalandırma Yasağı", **Prof. Dr.**

Sarper Süzek'e Armağan, C:2, İstanbul, Beta, 2011, s. 1317-1333.

Erdoğan, Murat: **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Ankara, Lykeion, 2019 (Bireysel Başvuru).

Erdoğan, Mustafa: **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 5. Bs., Ankara, Orion, 2016 (İnsan Hakları).

Erdoğan, Canan: **İş Hukukunda Şüphe Feshi**, Ankara, Yetkin, 2019 (Şüphe).

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bs., Ankara, Yetkin, 2019.

Ergül, Ozan: "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temesizliği Üzerine", **Prof. Dr. Erdal Onar Armağanı**, C:1, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 435 – 487.

Ergüne, Mehmet Serkan: **Olumsuz Zarar,** İstanbul, Beta, 2008.

Erman, Hasan: "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", **İÜHFM**, C: 38, S:1-3, s. 601-620.

Ertürk, Şükran: **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara, Seçkin, 2002 (Temel Haklar).

Ertürk, Şükran: "İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları", **DEÜHFD,** Prof.

Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, S:1, 2001, s. 59-78 (Baskı Feshi).

Ertürk, Şükran: "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", **DEÜHFD,** C: 4, S:2, 2002, s. 1-25 (Hastalık).

Esener, Turhan: "Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İn'ikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti", **AÜHFD**, C:9, S:3, 1952, s. 166-197 (İtimat Prensibi).

Esener, Turhan: **İş Hukuku**, 3.Bs., Ankara, 1978 (İş Hukuku).

Eyrenci, Öner: "İhbar ve Kötüniyet Tazminatlarının Birleşmesi, İşK 13 (No:11)", **İş Hukuku Uygulaması İşK II**, 1979 (İHU).

Eyrenci, Öner: "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler", **Legal İSGHD**, S:1, 2004, s. 15-55 (İş Kanunu).

Eyrenci, Öner: "Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Seminer),** İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 34-52 (Ölçülülük).

Eyrenci, Öner: "Toplu İş İlişkileri", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 399-460 (Yargıtay Kararları).

Eyrenci, Öner: "Şirket Topluluklarında-Holdinglerde Çalışma İlişkileri", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan,** (Ed.:Kübra Doğan

Yenisey), İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 575-602 (Şirket Toplulukları).

Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim/ Baskan, Esra : **İş Hukuku,** 10. Bs., İstanbul, Beta, 2020.

Favennec-Héry, Françoise / Verkindt, Pierre-Yves: **Droit du travail**, 5e éd., LGDJ, 2016.

Favre-Moreillon, Marianne: **Les différents types de licenciements en droit du travail**, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2019.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: "Şuf'a Hakkında Muvazaa İddiaları", **İÜHFM**, C: 16 , S: 1-2, 1950, s. 272-288 (Muvazaa).

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: "Medeni Kanunun 50.Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması", **Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu,** İstanbul, 1978, s. 147-189 (Kötüye Kullanma).

Gaudu, François: "Les nullités du licenciement et le principe pas de nullité sans texte", **Dr. soc.,** 2010.

Gaudu, François / Vatinet, Raymond: **Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux**, LGDJ, 2001.

Gençcan, Ömer Uğur, "İyiniyetin Korunması", **Yargıtay Dergisi**, C: 36, S: 3, 2010, s. 5-22.

Gerek, Hasan Nüvit: "İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:4, 2011 (İkale)

Gerek, Hasan Nüvit: "İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-Usulsüz Fesih-Kötü Niyetli Fesih", **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, S:2, 2015 (Haksız Fesih)

Girardin, Florence Aubry: "Licenciement abusif et jurisprudence récente", Société genevoise de droit et de législation, **SJ,** 2007

Giritlioğlu, Necla: "Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması", İstanbul 1989.

Gloor, Werner: "Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers", **ARV**, 2013.

Gökpınar, Mahmut: "Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması", **TBB Dergisi**, S:120, Eylül-Ekim 2015, s. 12-72.

Göktaş, Seracettin: **Türk İş Hukukunda Haksız Fesih**, Ankara, Seçkin, 2020.

Gönensay, Ahmet Samim: **Medeni Hukuk**, C:1, İstanbul, 1936

Gören, Zafer: **Temel Hak Genel Teorisi**, 4. Bs., İzmir, 2000.

Grévy, Manuela: **La sanction civile en droit du travail**, Paris, LGDJ, 2002.

Guyenot, Jean: "La rupture abusive des contrats a duree indeterminee", **La tendance a la stabilité du rapport contractuel**, Paris, LGDJ, 1960, s. 235-299.

Gülmez, Mesut: "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:25, 2010/2

Gülver, Ender: "Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi", **Legal İSGHD**, C:8, S:31, 2011, s. 999-1029.

Gülver, Ender: **Özellikle Koşulları ve Hukuki Sorunları Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Rızaya Dayalı Devri Yoluyla İşçi Geçişi**, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 150-153.

Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Ankara, Yetkin, 2021.

Günay, Cevdet İlhan: **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, 5. Bs., Ankara, Yetkin, 2013.

Güneş, Başak / Mutlay, Faruk Barış: "Yeni Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla

Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum,** S:3, 2011, s. 231-288.

Güriz, Adnan: **Hukuk Felsefesi,** 10. Bs., Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014 (Hukuk Felsefesi).

Güriz, Adnan: "Adalet Kavramının Belirsizliği", **Adalet Kavramı**, 3. Bs., Ankara, 2013 (Adalet).

Gürsel, İlke: **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı,** Ankara, Adalet, 2016.

Güven, Ercan / Aydın, Ufuk: **Bireysel İş Hukuku**, 6. Bs., Eskişehir-İstanbul, Nisan Kitabevi, 2020.

Güzel, Ali: "3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, C: 0, S: 35-36, 1986, s. 165-222 (İş Yasası).

Güzel, Ali: "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993**, İstanbul, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, 1995 (Değerlendirme).

Güzel, Ali: "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerine Yeniden Düşünmek", **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İstanbul, 1996 (Intuitus Personae).

Güzel, Ali: "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", **İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi**

Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 15-145 (İş Güvencesi).

Güzel, Ali: "Karar İncelemesi", **Çalışma ve Toplum**, S:4, 2005/1 (İnceleme).

Güzel, Ali: "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan,** İstanbul, Legal, 2005, s. 57-90 (Ultima Ratio).

Güzel, Ali: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara, Türk-İş, 207, s. 11-71 (Değerlendirme 2005).

Güzel, Ali: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010,** Ankara, Kamu-İş, 2012, s. 131-284 (Değerlendirme 2010).

Güzel, Ali: "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu,** İstanbul, Legal, 2014 (Eleştiri).

Güzel, Ali / Ertan, Emre: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", **Legal İSGHD**, C:4, S: 16, 2007, s. 1219-1305.

Güzel, Ali / Ugan Çatalkaya, Deniz: "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", **Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan,** C:20 S:1, İstanbul, 2014, s. 17-66.

Güzel, Ali / Özkaraca, Ercüment / Ugan, Deniz: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:1, İstanbul, Beta, 2011.

Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, 1976.

Hausheer, Heinz / Jaun, Manuel: **Die Einleitungsartikel des ZGB**, Art. 1-10 ZGB, Bern, Stampfli Verlag AG, 2003.

Hirsch, Ernst: "Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri", **Türkiye Barolar Birliğinin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler**, Ankara, Sevinç, 1972, s. 3-13.

HK-BGB/YazarAdı: **Hand Kommentar (Nomos Kommentar)**, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019.

Huwiler, Bruno: "La genese de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)", **Abus de droit et bonne foi**, Friburg, Editions Universitaires Fribourg, 1994, s. 35-62.

Işıktaç, Yasemin: **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, 2. Bs., İstanbul, Filiz, 2004 (Hukuk Normu).

Işıktaç, Yasemin: **Hukuk Felsefesi**, 3. Bs., İstanbul, Filiz, (Hukuk Felsefesi).

İmre, Zahit: **Medeni Hukuka Giriş,** 3. Bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.

İnceoğlu, Sibel: "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Dergisi,** S:11, 2006

İspir, Zeynep: "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık", **Ankara Barosu Dergisi**, S:3, 2016

İzveren**,** Adil: **İş Hukuku (I, II, III),** Ankara, Doğuş Matbaacılık, 1974.

Josserand, Louis: **Essais de téléologie juridique: De l'esprit des droits et de leur relativité**: théorie dite de l'abus des droits, 2e ed., Paris, Dalloz, 1939 (L'esprit des droits).

Josserand, Louis: **Cours de droit civil positif française**, Tome I, Paris, 1932 (Droit Civil).

Kabakcı, Mahmut: **Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme**, İstanbul, Betai 2012

Kabakcı, Mahmut: "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği", **İÜHFM**, C:72, S:2, 2014, s. 123-141.

Kabakcı, Mahmut / Baysal, Ulaş: "İşçilerin İş Sözleşmeleri Haklarında Çok Sayıda İcra Takibi Bulunması Nedeniyle Feshedilebilir Mi? – Bir Kamu İktisadi Teşebbüsünün Konuyla İlgili Genelgesi Üzerine Değerlendirme –", **İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı**, C: 74, s. 465-479, 2016.

Kaboğlu, İbrahim Özden: **Özgürlükler Hukuku 1**, 7. Bs., Ankara, İmge, 2013.

Kahil-Wolff, Bettina: "L'abus de droit en droit du travail allemand -un cas d'application –", **Abus de droit et bonne foi**, Friburg, Editions Universitaires Fribourg, 1994, s. 75-88.

Kalkan Oğuztürk, Burcu: **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat, 2008.

Kaltheuner, Frederike / Bietti, Elettra: "Data is Power: Towards Additional Guidance on Profiling and Automated Decision-Making in the GDPR", **Journal of Information Rights, Policy and Practice**, 2(2), 2017.

Kanadoğlu, O. Korkut: **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, İstanbul, Beta, 2000.

Kaneti, Selim: "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", **İÜHFM**, C:53, S:1-4, s. 199-211, 1990.

Kapani, Münci: **Kamu Hürriyetleri,** 7. Tıpkı Bs., Ankara, Yetkin, 2013.

Kaplan, Emine Tuncay: **İşverenin Fesih Hakkı**, Ankara, Kadıoğlu Matbaası, 1987 (İşverenin Fesih Hakkı).

Kaplan, İbrahim: **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. Bs., Ankara, Seçkin, 2007 (Müdahale).

Kar, Bektaş: **İş Güvencesi ve Uygulaması**, 3. Bs., Ankara, Yetkin, 2017.

Kar, Bektaş: "Haksız Fesih Tazminatı", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan**, (Ed.: Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 1-10.

Karademir, Artür: **İş Güvencesinde Son Çare İlkesi,** Ankara, Seçkin, 2021.

Karadeniz, Özcan: **Justinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri,** Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.

Karan, Ulaş: **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul, On İki Levha, 2017.

Kavak, Yalçın: **Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması**, İstanbul, Legal, 2019.

Kaya, Pir Ali / Güler, Ceyhun: "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Toplu Eylem Hakkı", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S:68, 2015/1, s. 105-126.

Kaya, Pir Ali / Ertuğrul Yılmazer, Işın Ulaş: "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S: 70, 2016/1, s. 55-80.

Kayırgan, Hasan: "İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:20, S:1, 2014, s. 459-478.

Kayırgan, Hasan: **Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler**, 2. Bs. İstanbul, On İki Levha, 2021.

Keser, Hakan: "İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:37, 2017, s. 9-32.

Kılıçoğlu, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bs., Ankara, Turhan, 2020 (Borçlar Genel).

Kılıçoğlu, Mustafa: "Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C: 2,

İstanbul, Beta, 2011, s. 1207-1229 (Çalışma Hakkı).

Kılıçoğlu, Mustafa / Şenocak, Kemal: **İş Güvencesi Hukuku**, İstanbul, Legal, 2007 (İş Güvencesi).

Kılıçoğlu, Mustafa / Şenocak, Kemal: "Baskı Feshi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 5, Mart 2007, s. 47-49 (Baskı Feshi).

Kıllıoğlu, İsmail: **Ahlak – Hukuk İlişkisi**, İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları No: 23, 1988.

Kırca, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teologische Reduktion)", **AÜHFD**, C:50, S:1, 2001, s. 91-119.

Kocayusufpaşaoğlu**,** Necip: "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?", **M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000 (İşlem Temeli)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C:1, 7.Tıpkı Bs., İstanbul, Filiz, 2017.

Köküsarı, İsmail: "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 15, S:1, 2011, s. 163-208.

Köküsarı, İsmail: **Anayasal Hakların Çatışması**, Ankara, Adalet, 2020.

Köme Akpulat, Ayşe: "The Principle of "Ultima Ratio" in Termination of Employment Contract in Turkish Labour Law", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, S: 67, 2018

Köme, Ayşe: İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009

Köprülü, Bülent: **Medeni Hukuk**, 2. Bs., İstanbul, 1984

Kutal, Metin: "İş Güvencesi ile İlgili ILO Normları ve Türk Mevzuatının Durumu", **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası,** C:46, 1988 (İş Güvencesi).

Kutal, Metin: "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992**, İstanbul, 1994, s. 37-74 (Değerlendirme 1992).

Kutal, Metin: "İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması,** İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 15-32. (Feshe Karşı Koruma)

Lanquetin, Marie-Thérèse: "Discrimination", **Répertoire de droit du travail**, Dalloz, 2017

Lempen, Karine: "L'évolution de la protection contre le licenciement abusif", **Aktuelle Juristische Praxis,** 2019, s. 78-89.

Lempen, Karine / Salem, Rachel: "Le droit à la réintégration suite à un congé de rétorsion", **Revue de droit du travail et d'assurance-chômage**, 2020.

Le Tourneau, Philippe / Poumarede, Matthieu: "Bonne foi", **Répertoire de droit civil**, Dalloz, 2017.

Lunel, Alexandre: "L'abus de droit et la redéfinition des rapports juridiques entre patrons et ouvriers en droit français (seconde moitié XIX e siècle-premier quart XX e siècle)", **Revue historique de droit français et étranger,** Vol.: 87, No.: 4, Octobre-Décembre 2009, s. 515-549.

Lyon-Caen, Gérard: "De l'évolution de la notion de bonne foi", **Revue trimestrille de droit civil**, C: 44, 1946, s. 75-112 (Bonne foi).

Lyon-Caen, Gérard (Çev: Güzel, Ali): "Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, C:0, S:33, 1984, s. 259-289 (Genel İlkeler)

Manav, Atike Eda: **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Ankara, Turhan, 2009 (Geçersiz Fesih).

Manav, Atike Eda: "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 19, S: 2, 2015, s. 95-136 (Kişisel Veri).

Marmor, Andrei: "On the Limits of Rights", **Law and Philosophy**, Vol.: 16, No:1, 1997, s. 1-18.

Metin, Yüksel: **Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002.

Metin, Yüksel: "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke Midir?", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:7, S:1, 2017, s. 1-74.

Miné, Michel: **Droit des discriminations dans l'emploi et le travail**, Éditions Larcier, 2016.

Mingam, Christine / Duval, Astrid: "L'abus de droit, état du droit positif", **Revue juridique de l'ouest,** S:4, 1998.

Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş, **İş Hukuku**, 6. Bs., Ankara, Turhan, 2014 (İş Hukuku).

Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı,** C:1, 5. Bs., Ankara, Lykeion, 2021 (Ders Kitabı).

Mouly, Jean: "La réactivation de la théorie du licenciement abusif", **Dr. soc.** , 2018.

Mouly, Jean / Savatier, Jean: "Droit disciplinaire", **Répertoire de droit du travail**, Dalloz, 2019.

Mutlay, Faruk Barış: "4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmelerine İlişkin Sorunlar ve Sözleşmenin Tazminatsız Sona Erdirilmesinin Anlamı", **Legal İSGHD**, C:16, S:61, 2019, s. 39-79.

MüKoBGB/Yazar Adı: **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, 2018.

MünchARB/YazarAdı: **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht**, 4. Auflage, 2018.

Narmanlıoğlu, Ünal: **Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973 (Kıdem).

Narmanlıoğlu, Ünal: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007**, İstanbul, Beta, 2009, s. 107-166 (Değerlendirme 2007)

Narmanlıoğlu, Ünal: **İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri**, 2. Bs., İstanbul, 2013 (Toplu İş).

Narmanlıoğlu, Ünal: **İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri**, İstanbul, 2014 (İş Hukuku).

Narmanlıoğlu, Ünal: "Kanuna Aykırı Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin

Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)", **İÜHFM**, **Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı,** C:74, İstanbul, 2016, s. 551-569 (Kanuna Aykırı Fesih).

Nazlı, Seçkin: "İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:5, S:2, 2018, s. 269-292.

Nomer, Haluk Nami: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bs., İstanbul, Beta, 2020.

Nomer, Haluk Nami / Akbulut, Pakize Ezgi: **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, Bölüm I, 5. Bs., İstanbul, Filiz, 2020.

Nomer, Haluk Nami / Akbulut, Pakize Ezgi: "Kamu Düzenine Aykırılığa Dayanan Geçersizliklerde Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağının Sınırlayıcı Rolü Olabilir mi? – Yargıtay'ın Konuya İlişkin İçtihadı ve Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Galip Sermet Akman'a Armağan,** İstanbul, Filiz, 2020, s. 579-600.

Ocak, Saim / Duman, Barış / Yılmaz, Dursun: **Yargı Kararları Işığında Sendikal Nedenle Feshin İspatı ve Sendikal Nedenle Fesih Karineleri**, Ankara, Seçkin, 2021.

Ocak, Uğur: **Feshe Bağlı İşçilik Alacakları**, 1.Kitap, Gaziantep, 2018.

Odaman, Serkan: **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine**

Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara, Kamu-İş, 2003 (Ahlak ve İyiniyet).

Odaman, Serkan: "Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı", **Kamu-İş**, C:7, S:2, 2003, s. 2-21 (Geçerli Sebep).

Odaman, Serkan: "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti", **Legal İSGHD**, S: 25, 2010, s. 31-40 (Ayrımcılık).

Odaman, Serkan: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011,** Ankara, Kamu-İş, 2013, s. 131-234 (Değerlendirme 2011)

Oğuzman, M. Kemal: **Medeni Hukuk Dersleri**, 3. Bs., İstanbul 1978 (Medeni Hukuk).

Oğuzman, M. Kemal: **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet 'İş' Akdinin Feshi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955 (İş Akdi).

Oğuzman, M. Kemal: "Türkiye'de İşçilerin Feshe Karşı Korunması", **Almanya ve Türkiye'de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması,** İstanbul, Banka - Sigorta İşçileri Sendikası Eğitim ve Kültür Yayınları:5, 1985(Feshe Karşı Koruma)

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami: **Medeni Hukuk**, 26. Bs., İstanbul, Vedat, 2020.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C:1, 18. Bs., İstanbul, Vedat, 2020.

Oğuzoğlu, H. Cahit: **Medeni Hukuk I**, Ankara, Güney Matbaacılık, 1949.

Oktay, Saibe: "Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni", **İÜHFM**, C: 55, S:3, 1997, s. 209-234.

Okur, Zeki: "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", **Kamu-İş**, C:8, S:4, 2006, s. 41-88 (Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü).

Okur, Zeki: **İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme**, İstanbul, Legal, 2013 (Gözetleme).

Okur, Zeki: "İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı", **İÜHFM**, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı, C:74, 2016, s. 587-600 (İspat Kolaylığı).

Öktem Songu, Sezgi: "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", **DEÜHFD**, C:15, Özel Sayı, 2014, s. 609-650 (İfade Özgürlüğü).

Öktem Songu, Sezgi: "İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar** (Ed.: Kübra Doğan Yenisey / Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul, Beta, 2017, s. 179-206 (Sözleşmesel Kayıtlar).

Öktem Songu, Sezgi: "İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II**, (Ed.: Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul, Beta, 2018, s. 135-173 (Samimiyet).

Özbilen, Arif Barış: **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul, On İki Levha, 2016.

Özdemir, Erdem: **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, İstanbul, Beta, 2006 (İspat Yükü).

Özdemir, Erdem: "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Seminer)**, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 53-80 (Dürüstlük Kuralı).

Özdemir, Erdem: "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri ve 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", **Çalışma Mevzuatı Seminer Notları** (26-30 Eylül 2012, Antalya), İstanbul, 2012, s. 112-160 (Borçlar Kanunu).

Özekes, Muhammet: "Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları", **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**,

İstanbul, Legal, 2005, s. 131-170 (İcra Hukuku).

Özekes, Muhammet: "7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S: 39, 2018, s. 62-77 (İşe İade).

Özkaraca, Ercüment: "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bir Bakış", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları 3/4 Haziran 2011**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 92-136 (Eleştiri).

Özkaraca, Ercüment: "Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebeple Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi", **Çalışma ve Toplum**, S:36, 2013/1, s. 149-186 (Sigortalılık Süresi).

Özsunay, Ergun: **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bs., İstanbul, 1986.

Öztürk, Mehmet Onat: "İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2013/3, s. 217-241.

Pakel, Nafi: "Cinsel Tercihin İş Akdine Etkisi", **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 80, S: 2, 2006

Patry, Robert: **Le principe de la confiance et la formation du contrat en suisse**, Cenevre 1953 (La Confiance).

Patry, Robert (Çev: Burcuoğlu, Haluk): "Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No:18, İstanbul 1990, s. 15-25 (Güven Teorisi).

Preis, Ulrich (Çev. Caniklioğlu, Nurşen): "Federal Almanya'da İşçinin Feshe Karşı Korunması", **Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri**, İstanbul, 1997.

Rehbinder, Manfred / Stöckli, Jean-Fritz Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, **Berner Kommentar**, 2.ed., 2014.

Reisoğlu, Seza: **Hizmet Akdi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.

Riccobono, Salvatore (Çev: Umur, Ziya): "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi", **İÜHFM**, C:22, S:1-4, 1957.

Sağlam, Fazıl: **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları:506, 1982.

Sağlam, Fazıl: "Anayasa Hukuku Perspektifi ile İş Hukukunun Bazı Sorunlarına Bakış", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, İstanbul 2014.

Sarıbay, Gizem: **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları**, İstanbul, Legal, 2007.

Sauvé, Jean-Marc: "Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés?", **Les cahiers portails**, No: 5, 2018/1, s. 9-21.

Savaş, Fatma Burcu: **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi**, İstanbul, Beta, 2012.

Savaş Kutsal, Fatma Burcu: "Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat", **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara, Seçkin, 2017, s. 267-299.

Saymen, Ferit Hakkı: "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suistimali", **İÜHFM**, C:12, S:4, 1946. (Hakkın Suistimali)

Saymen, Ferit Hakkı: **Türk Medeni Hukuku**, C:1, İstanbul, 1948 (Medeni Hukuk).

Saymen, Ferit Hakkı: "Evolution et aspect actuel du droit du travail en Turquie", **Annales de la faculté de droit d'Istanbul,** C: X, 1960. (Droit du Travail)

Saymen, Ferit Hakkı: **Türk İş Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954 (İş Hukuku).

Schwaab, Jean Christophe: "La protection contre le licenciement abusif", **Revue de droit du travail et d'assurance-chômage**, 2010.

Schwarz, Andreas B (Çeviri: Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet): **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 1946.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay: "İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S.:15, 2016, s. 313-354 (Sınırlandırılma).

Senyen Kaplan, Emine Tuncay: "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S:36, 2016, s. 17-32 (Haksız Fesih).

Senyen Kaplan, Emine Tuncay: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **TBB Dergisi**, Özel Sayı, 2017, s. 225-268 (Eşitlik).

Senyen-Kaplan, Emine Tuncay: **Bireysel İş Hukuku,** 11. Bs., Ankara, Gazi, 2020 (İş Hukuku).

Serozan, Rona: "'Culpa in Contrehendo', 'Akdin Müsbet İhlali' ve 'Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme' Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **İÜHFM**, C:2, S:3, , 1986 s. 108-129 (Culpa in Contrehendo).

Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975 (Dönme).

Serozan, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 8. Bs., İstanbul, Vedat, 2018 (Medeni Hukuk).

Sevimli, Kamil Ahmet: **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul, Legal, 2006.

Sevimli, Kamil Ahmet: "Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 24, 2011, s. 120-139.

Sızmazoğlu, Turgut: **İş Akdinin Feshi ve Kıdem Tazminatı**, İstanbul 1953.

Soyer, Polat: "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, İstanbul, Legal, 2005, s. 27-69 (Feshe Karşı Koruma).

Soyer, Polat: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008**, Ankara, Türk-İş, 2010, s. 11-85 (Değerlendirme 2008).

Soyer, Polat: "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.:22, Haziran 2011, s. 12-21 (Sona Erme)

Soyer, Polat: "Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 15. Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran

2011, İstanbul, 2012 (Genel Hizmet Sözleşmesi).

Söğüt, İpek Sevda: **Roma Hukukunda Exceptio Doli Generalis (Genel Hile Def'i)**, İstanbul, Legal, 2020.

de Stefano, Valerio: "Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection", **Comparative Labour Law and Policy Journal**, Vol.:41, No:1, 2019, s. 15-46.

Steinauer, Paul-Henri: **Traité de droit privé suisse, Le titre préliminaire du code civil**, C: II/1, Fribourg, Helbing Lichtenhahn, 2009.

Sturm, Fritz: "Der Rechtsmissbrauch im Schweizer Recht -- Ein Überblick über die neuere Judikatur des Bundesgerichts", **SJZ**, 89/1993, s. 373-380.

Sunay, Reyhan: "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 23, S:1, 2015, s. 9-52.

Sur, Melda: "İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.37, 2017, s. 33-51 (Eşitlik).

Sur, Melda: **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 9. Bs., Ankara, Turhan, 2020.

Sümer, Haluk Hadi: "İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 4, Aralık 2006, s. 90-94 (İşe Davet).

Sümer, Haluk Hadi: "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C: II, İstanbul, Beta, 2011, s. 1623-1664 (Sendikal Neden).

Süzek, Sarper: **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme,** Ankara, Kazancı Yayınları, 1976 (Hakkın Kötüye Kullanılması)

Süzek, Sarper: **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara, 1989 (Askı Teorisi).

Süzek, Sarper: "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararının Değerlendirilmesi**, İstanbul, 2000 (Değerlendirme 1998).

Süzek, Sarper: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001**, Ankara, Kamu-İş, 2003, s. 1-58 (Değerlendirme 2001).

Süzek, Sarper: "İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih", **A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, s. 565-586 (Geçerli Fesih).

Süzek, Sarper: "Değişiklik Feshi", **TİSK Akademi,** C: 1, S:1, 2006, s. 7-31 (Değişiklik Feshi).

Süzek, Sarper: "İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler", **DEÜHFD**, C:9, Özel Sayı, 2007, s. 115-133. (Askı).

Süzek, Sarper: "İşverenin Eşit Davranma Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** S:12, 2008, s. 24-38 (Eşit Davranma).

Süzek, Sarper: "Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi", **Legal İSGHD**, S:35, 2012, s. 57-76 (Yargılama Süreci).

Süzek, Sarper: "İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 34, 2015, s. 9-26 (Yorum).

Süzek, Sarper: "İşe İade Davalarında Yargı Kararı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 40, 2018, s. 11-21 (Yargı Kararı).

Süzek, Sarper: **İş Hukuku**, 21. Bs., İstanbul, Beta, 2021 (İş Hukuku).

Şahlanan, Fevzi: **Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980 (Demokratik İlkeler).

Şahlanan, Fevzi: "Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması,** İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu

Yayınları, 2002, s. 143-159. (Feshe Karşı Koruma)

Şahlanan, Fevzi: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008**, Ankara, Türk-İş, 2010, s. 129-187 (Değerlendirme 2008).

Şahlanan, Fevzi: "İş Güvencesi Sistemi İçerisinde Sendikal Tazminat (Karar İncelemesi)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011 (Sendikal Tazminat).

Şahlanan, Fevzi: "İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği-Eylül 2006", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.83-85 (İş Güvencesi Tazminatı).

Şahlanan, Fevzi: "İşe İade Davası Sürerken İşçinin İşe Başlatılması (Karar İncelemesi)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011 (İşe İade).

Şahlanan, Fevzi: "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, S: 39, 2013/4, s. 110-142 (Sendikalar).

Şahlanan, Fevzi: "Genel Görüşme I", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, İstanbul, 2014 (Görüşme).

Şahlanan, Fevzi: "İşverene Verdiği Zarar Otuz Günlük Ücretinden Fazla Olan Hafif Kusurlu İşçinin İş Akdinin Haklı Nedenle Değil; Geçerli Nedenle Fesh Edilebileceği (Karar İncelemesi)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016 (Hafif Kusurlu İşçi).

Şahlanan, Fevzi: "Hamilelik Nedeniyle Feshin Geçersizliği ve Ayrımcılık Tazminatı (Karar İncelemesi)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016 (Ayrımcılık).

Şahlanan, Fevzi: "İşçinin İşe İade Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti (Karar İncelemesi)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-**

Mart 2016), İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016 (Samimiyet).

Şahlanan, Fevzi: "İş Güvencesinin Kapsamı Dışında Olanlar İçin Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen İş Güvencesi Tazminatı (Karar İncelemesi)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016 (Otuz İşçi).

Şahlanan, Fevzi: "İşçinin Fiziki Yetersizliği Nedeniyle İş Akdinin Feshi, (Karar İncelemesi)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016 (Fiziki Yetersizlik).

Şahlanan, Fevzi: "Feshin Geçersizliği ve İşe İade Davasının Sonuçlarına İlişkin Protokole Uyulmaması (Karar İncelemesi)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016),** İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016 (Protokol).

Şahlanan, Fevzi: "Üçbin Altıyüz Gün ve Onbeş Yıl Sigortalılık Süresini Doldurarak Kıdem Tazminatı Alan İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması, (Karar İncelemesi)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Ocak 2011-Mart 2016**),

İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016 (Emeklilik).

Şahlanan, Fevzi: **Toplu İş Hukuku,** İstanbul, On İki Levha, 2020 (Toplu İş).

Şen, Murat: "İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:20, S:1, 2014, s. 143-162.

Şirin, Tolga: **Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru),** İstanbul, On İki Levha, 2013.

Tahiroğlu, Bülent / Erdoğmuş, Belgin: **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der, 2019.

Talas, Cahit: "Çalışma Hakkı ve Türkiye'deki Durum", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C: 46, S: 1, 1991, s. 407-421.

Tanrıver, Süha: **Medeni Usul Hukuku,** C: 1, Ankara, Yetkin, 2020.

Taşkent, Savaş: **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul, 1981 (Yönetim Hakkı).

Taşkent, Savaş: "Uluslararası Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, İstanbul, İstanbul Barosu

Yayınları, 2002, s. 63-78 (Feshe Karşı Koruma).

Taşkent, Savaş: "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004**, Ankara, Kamu-İş, 2006, s. 47-85 (Değerlendirme).

Taşkent, Savaş: "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:9, Mart 2008, s. 14-22 (Belirli Süreli).

Taşkent, Savaş: "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 21, Mart 2011, s. 15-24 (İlkeler).

Taşkent, Savaş: "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Esaslı Neden Sorunu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 24, 2011, s. 19-29 (Esaslı Neden).

Topal, Güneş: **İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, Ankara, Seçkin, 2008.

Tekinay, Selahattin Sulhi: **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bs., İstanbul, 1992.

Tepecik, İsmail: "İş Güvencesine İlişkin Uygulama Sorunları ve Yargı Kararları", **İş Güvencesi,**

Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004.

Tercier, Pierre / Bieri, Laurent / Carron, Blaise: **Les contrats speciaux**, 5e éd., Cenevre-Zürih-Basel, 2016.

Tolu, Hazal: **İş Sözleşmesinin Haksız Feshi,** İstanbul, Beta, 2017.

Topçuoğlu, Hamide: **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)**, İzmit, 1950.

Topuz, Seçkin: **Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara, Yetkin, 2009.

Tuğ, Adnan: **Türk Özel Hukukunda Şekil**, 2. Bs., Konya, 1994

von Tuhr, Andreas (Çev.: Edege, Cevat), **Borçlar Hukuku**, C:1-2, Ankara, 1983.

Tuncay, Aziz Can: **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982. (Eşit Davranma)

Tuncay, Aziz Can: "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994**, İstanbul, 1996, s. 35-62 (Değerlendirme 1994).

Tuncay, Aziz Can: "İş Güvencesi Karar İncelemesi", **Çimento İşveren Dergisi**, C:18, S:2, 2004 (Karar İncelemesi).

Tuncay, Aziz Can: "İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 6, Haziran 2007, s. 75-81 (Otuz İşçi)

Tuncay, Aziz Can: "Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:1, İstanbul, Beta, 2011, s. 725-770 (Irk ve Etnik Köken).

Tuncay, Aziz Can: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011,** Ankara, Kamu-İş, 2013, s. 1-98 (Değerlendirme 2011).

Tuncay, Aziz Can: "Adalet Nedir?", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 13, S: 171-172, 2018, s. 199-238 (Adalet).

Tuncay, Aziz Can / Savaş Kutsal, Fatma Burcu: **Toplu İş Hukuku**, 6. Bs., İstanbul, Beta, 2017.

Tunç, Yusuf Erdem: "Gemi Adamlarının Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi", **Sosyal Bilimler Dergisi**, S:17, Yıl: 4, Aralık 2017, s. 514-530.

Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,** C:1, 6. Bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976 (Borçlar Hukuku).

Tunçomağ, Kenan: **İş Hukuku**, C:1, 4. Bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1986 (İş Hukuku).

Tunçomağ, Kenan: **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, 1988 (Esaslar).

Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut: **İş Hukukunun Esasları**, 9. Bs. İstanbul, Beta, 2018.

Tümerdem, Murat: **Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları**, Ankara, Seçkin, 2018.

Uçar, Ali: "İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkının Sınırlandırılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

Uçaryılmaz, Talya Şans: "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C: 30, S: 135, 2018, s. 335-382 (Dürüstlük Kuralı).

Uçaryılmaz, Talya Şans: **Bona Fides (Dürüstlük Kuralı),** Ankara, Yetkin, 2019 (Bona Fides).

Uçum, Mehmet: "İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması (Karar İncelemesi)", **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, s. 385-395 (Fesih Nedeni).

Uçum, Mehmet: "İşe İade Sonunda Dört Aylık Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesinde İşçinin İşe

Başvurusunun Yeterli Olup Olmadığı", **Legal YKİ,** S:7, 2008, s. 35-44 (İşe İade).

Ugan Çatalkaya, Deniz: **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, İstanbul, Beta, 2019.

Ugan Çatalkaya, Deniz: "Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence 'Ulaşılabilir Olmama' Hakkı", **İÜHFM**, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı, C: 74, 2016, s. 737-756.

Ulucan, Devrim: "İşçinin İşyerinin Değiştirilmesi Nedeni ile Hizmet Akdinin Feshi ve Kötüniyet Tazminatı, İşK 13 No:14", **İş Hukuku Uygulamaları İşK II,** 1982 (İHU).

Ulucan, Devrim: "Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler", **Kamu-İş**, C: 4, S: 2, 1997, s. 231-249 (Alman Hukuku).

Ulucan, Devrim: **İş Güvencesi**, İstanbul, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2003 (İş Güvencesi).

Ulucan, Devrim: "4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı", **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, 2. Bs., İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s. 17-49 (Geçerli Neden).

Ulucan, Devrim: "Feshin Geçerlilik Denetiminde Ekonomik ve Teknolojik Nedenler, **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Seminer),** İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 7-31 (Geçerlilik Denetimi).

Ulucan, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", **DEÜHFD**, C:15 Özel Sayı, 2014, s. 369-384 (Eşitlik İlkesi).

Ulusan, İlhan: **İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu,** İstanbul, Kazancı, 1990.

Umur, Ziya: **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta, 1987.

Uşan, Fatih: "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır? Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme", **Legal İSGHD**, S: 8, 2005, s. 1623 (Eşit Davranma)

Uşan, Fatih: "4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", **DEÜHFD**, C:9, 2007, s. 211-271 (Değişiklik Feshi).

Uşan, Fatih: "İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanunu'nda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Fazla Olabilir Mi?", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:9,

Mart 2008, s. 102-111 (İş Güvencesi Tazminatı)

Uşan, Fatih: "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", **Kamu-İş**, C:10, S:1, 2008, s. 1-47 (İşe İade).

Uyar, Talih: "Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı (MK 2/I) ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (MK 2/II)", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 439-465.

Ünal, Canan: "Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar** (Ed.: Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul, Beta, 2017, s. 313-317 (Yaş ve Emeklilik).

Ünal, Canan: **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, İstanbul, On İki Levha, 2018.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları**, 4. Bs., İstanbul, 1951.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: "Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması (Objektif Hüsnüniyet ve Hakkın Suistimali)", **Adliye Dergisi,** Yıl:50, S:2, Haziran 1959, s. 113-140.

Venturi-Zen-Ruffinen, Marie-Noëlle: **La résiliation pour justes motifs des contrats de durée**, Friburg, 2007.

Vigneau, Christophe: "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", **Droit social**, No:7/8, 2004, s. 706-714 (Contrat de travail).

Vigneau, Christophe: "The Obligation of Good Faith in France", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol: 32, No:3, 2011, s. 593-602 (Good Faith)

Vionnet, Guillaume: **L'exercice des droit formateurs**, Cenevre, Schultess, 2008.

Yanlı, Veliye: **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması,** İstanbul, Beta, 2000.

Yayvak Namlı, İrem: **İş Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, On İki Levha, 2019.

Yıldız, Gaye Burcu: "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emrediciliği", **Legal İSGHD**, S. 11, 2006, s. 901-911 (Otuz İşçi).

Yıldız, Gaye Burcu: **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara, Yetkin, 2008 (Eşit İşlem).

Yıldız, Gaye Burcu: "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, C:1, İstanbul 2010, s. 837-876 (Ayrımcılık).

Yıldız, Gaye Burcu: "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", **DEÜHFD**, C:15 Özel Sayı, 2014, s. 681-707 (Orantılılık).

Yılmaz, Halil: "İşçinin İş Sözleşmesini İstifa Beyanıyla Feshi (Yargıtay Kararlarına Genel Bakış)", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:2, İstanbul 2011, s. 1231-1254.

Yiğit, Yusuf: "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestîsi ve Bu Serbestinin Sınırları", **DEÜHFD**, C: 14, S: 2, 2012, s. 101-166 (Belirli Süreli).

Yiğit, Yusuf: "İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C:2, İstanbul, Beta, 2011, s. 1143-1207 (Geçersiz Fesih).

Yiğit, Yusuf: "Türk İş Hukuku Açısından İş Güvencesi Uygulamasında En Az Altı Aylık Kıdeme Sahip Olma Koşulu", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:20, S:2, 2012, s. 195-241 (Altı Aylık Kıdem).

Yiğit, Yusuf: "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında İş Sözleşmesini Fesih Hakkını Kullanma Süresi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.27, S.3, 2019, s.749-784 (Süre).

Yuvalı, Ertuğrul: **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

Yücel, Ramazan: "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi", **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:3 S: 1, 2017, s. 49-67.

Yücel Bodur, Mehtap: **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik**, İstanbul, Beta, 2018.

Yürekli, Sabahattin: **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, 3. Bs., Ankara, Seçkin, 2016.

Waas, Bernd: "Good Faith in the Law of the Employment Relationship: Germany", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol:32, No. 3, 2011, s. 603-630.

Weiwei, Li: "Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law, Research Notes 03/2004", **Norwegian Centre for Human Rights**, Oslo, 2004. (Çevrimiçi: https://www.jus.uio.no/smr/english/about/ programmes/china/avpublisert/china-old-documentation-only/publications/0304.pdf

Williams, Ivy: **The Sources of the Law in the Swiss Civil Code**, Zürih, Remak Verlag, 1976.

Wyler, Remy / Heinzer, Boris: **Droit du Travail**, 3eme éd., Bern, Stämpfli, 2014.

Zeller, Ernst: **Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot**, Zürih, Schultess, 1981.

ZK/YazarAdı: **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Einleitung Art. 1-7, Zürih, 1998.

Zoss, Marie-Gisèle: **La résiliation abusive du contrat de travail. Etude des articles 336 à 336b,** Lozan, Université de Lausanne Faculte de droit, 1996.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.dalloz.fr

kararарama.yargitay.gov.tr

www.yargitay.gov.tr

www.kazanci.com

www.resmigazete.com

www.mevzuat.gov.tr

www.sinerjimevzuat.com.tr

www.legalbank.net

www.swisslex.ch

www.beck-online.de

www.heinonline.com

www.legifrance.gouv.fr