

Araştırma Makalesi

İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı

Gülsevil ALPAGUT¹
ORCID: 0000-0001-8817-2779

DOI: 10.54752/ct.1141928

Değerli hocam, Prof. Dr. Öner Eyrenci'nin aziz anısına...

Öz: Sürekli borç ilişkisi olarak iş sözleşmesinin sona erme hallerinden birini haklı nedenle derhal fesih oluşturur. İş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı TBK m. 435 ile İşK m. 24 ve 25 hükümlerinde düzenlenmiş ve TBK m. 437 ile İşK m. 26/2'de iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden tarafın tazminat talep hakkı düzenlenmiştir. Ancak her iki hüküm de uygulamada işlerlik kazanmamıştır. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde de iş sözleşmesini karşı tarafın sözleşmeye aykırılığı nedeniyle fesheden tarafa tazminat talep hakkının tanındığı görülmektedir. Esasen bu düzenlemeler genel tazminat hukukuna ilişkin esasların iş hukukundaki görünümüdür. Tazminat talep hakkı hem işveren hem de işçi tarafından yapılan fesihler bakımından geçerlidir. Ancak işçi tarafından yapılan fesihlerde zararın miktarı tespit edilirken iş güvencesi hükümleri dikkate alınmaktadır. İşverenin sözleşmeyi kusurlu ihlali nedeniyle işçinin feshe zorlandığı hallerde iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın kaybı zarar kalemi olarak değerlendirilmektedir.

Bu çalışma ile Türk Hukukunda TBK m. 437 ve 26/2 hükümlerinin değerlendirilmesi amaçlanmakta, değerlendirme yapılırken Alman, Fransız ve İngiliz Hukuku ile İsviçre Borçlar Kanunu karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Haklı nedenle fesih, İşten çıkarma, İşten ayrılmaya zorlama, Tazminat, İş güvencesi

¹ Prof. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, galpagut@yahoo.com

Alpagut, G. (2022), "İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı", *Çalışma ve Toplum*, C.3, S.74. s. 1733-1768

Makale Geliş Tarihi: 11.02.2022 Makale Kabul Tarihi: 19.06.2022

The Right of the Party Terminating the Contract of Employment with Just Cause to Claim Compensation

Abstract: Termination with just cause constitutes one form of the termination of the contract of employment as a continuous liability relation. Termination of the contract of employment with just cause is regulated in Article 435 of Turkish Code of Obligations and Article 24 and 25 of Labour Act. The right of the party terminating the contract with just cause to claim compensation is regulated in Article 437 of Turkish Code of Obligations and Article 26 (2) of Labour Act. However, both provisions have not become functional in practice. In comparative legal systems, it is also observed that the right to claim compensation is conferred on the party who terminates the contract of employment due to the non-compliance of the other party with the contract. In fact, these regulations are the appearance of the principles of general law of damages in labour law. The right to claim compensation is recognised both for the employee and employer terminating the contract. However, the provisions regarding the job security are taken into account in order to determine the extent of damage when the contract is terminated by the employee. The loss of benefiting from the job security provisions is regarded as a loss item in cases where the employee is forced to terminate the contract due to the employer's culpable violation of the contract.

It is aimed with this study to evaluate Article 437 of Turkish Code of Obligations and Article 26 (2) of Labour Act and within the framework of this evaluation German, French and English law and Swiss Code of Obligations are addressed comparatively.

Keywords: Termination with just cause, Dismissal, Constructive dismissal, Compensation, Job security

Summary: Termination with just cause constitutes one form of the termination of the contract of employment as a continuous liability relation. Termination of the contract of employment with just cause is regulated in Article 435 of Turkish Code of Obligations and Article 24 and 25 of Labour Act. In the Article 437 (1) of Turkish Code of Obligations, the right of the party terminating the contract of employment to claim compensation due to the non-compliance of the other party with the contract is regulated. The paragraph regulates the culpable breach of the contract and total compensation of the loss is prescribed. In the Article 437 (2) of Turkish Code of Obligations, the cases where the termination with just cause is not based on the culpability of the other party or the cases where both

parties are culpable are regulated. In accordance with the Article, the judge evaluates the pecuniary consequences of the termination with just cause considering all the circumstances and conditions. Since there is no special provision in Maritime Labour Act and Press Labour Act regarding the issue, the Article 437 of Turkish Code of Obligations applies in terms of both Acts.

The employee or employer terminating the contract of employment with just cause has the right to claim compensation in accordance with the Article 26 (2) of Labour Act. In comparative legal systems, it is also observed that the right to claim compensation is conferred on the party who terminates the contract of employment due to the non-compliance of the other party with the contract. In fact, these regulations are the appearance of the principles of general law of damages in labour law. Temporal limitation regarding the right to claim compensation is the ending of the date agreed in the fixed-term contract of employment. In other words, the benefits that the party terminating the contract with just cause would have gained if the contract ordinarily expired at the end of its term are taken into account. As for the permanent contract of employment, the period of notice constitutes the temporal limitation. The benefits which can be gained in case of the termination of the contract with notice are considered in the determination of the compensation. Regarding the employee's termination of employment contract with just cause, the provisions of job security should be taken into account in relation to the compensation of the loss suffered by the employee, who is compelled to terminate the contract as in the comparative law.

Genel Olarak

Sürekli borç ilişkisi olarak iş sözleşmesi kapsamında tarafların asli ve yan edim yükümlülükleri bulunur ve bunların ihlali Borçlar Hukukunun genel hükümlerine paralel ancak iş ilişkisinin özellikleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. İşçinin iş görme, sadakat ve talimatlara uyma borcu karşısında işverenin ücret ödeme, işçiyi gözetme ve eşit davranma borcu ilişkisinin içeriğini şekillendirirken, bu borçlara aykırılık çeşitli hukuki sonuçları doğurabilir. Bu hukuki sonuçlar bir yandan işverenin yönetim hakkından kaynaklanan bir disiplin cezası ile bir anlamda yasal hukuk düzeninin esasları dahilinde işyerinin kendi düzen hükümleri olarak ortaya çıkabilir. Diğer yandan iş görme borcunun yerine getirilmesinden kaçınma hakkı, tazminat talep hakkı veya yasal fesih haklarının kullanımı biçiminde belirebilir. Ayrıca mevzuatta bir kısım borca aykırılık halleri için kamu hukuku nitelikli idari para cezası öngörülmüştür.

Borca aykırılık Borçlar Hukuku bakımından kural olarak diğer hukuki sonuçlar yanında gerekli koşulların varlığı ile bir tazminat talep hakkı ortaya çıkarır. Sözleşmeden doğan bir borca aykırılıkta dönme (sürekli borç ilişkilerinde fesih) ile ayrıca tazminat talebi söz konusu olabilir.

Bilindiği gibi, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı TBK m. 435, İşK m. 24 ve 25 hükümlerinde düzenlenmiştir. Yine her iki kanunda haklı fesih nedenine dayalı olarak iş sözleşmesini fesheden tarafın tazminat talep hakkı TBK m. 437 ve İşK m. 26/2'de özel olarak ele alınmıştır. Zararın tazminini düzenleyen her iki hüküm esasen TBK m. 112'nin özel bir görünümüdür.

İş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde fesih iradesini açıklayanın karşı taraftan tazminat talep hakkı fesih nedeniyle uğranılan zararın giderimine yöneliktir. Sözleşmeyi haklı nedenle fesheden tazminat alacaklısı işçi veya işveren olabilir. Zararın tespiti iş sözleşmesi dikkate alınarak borçlar hukukunun esasları kapsamında gerçekleştirilir. Ancak belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin talep hakları bakımından karşılaştırmalı hukukta aynı zamanda iş güvencesi hükümlerinin dikkate alındığı tespit edilmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil ülke uygulamalarında iş güvencesi hükümleri zararın tespiti noktasında dikkate alınırken, Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde feshin işveren tarafından gerçekleştirildiği kabul edilerek doğrudan iş güvencesi kapsamında işe iade de dahil olmak üzere talep hakkının tanındığı görülmektedir. Gerçekten işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshi birçok halde örneğin, işverenin iş sağlığı güvenliği hükümlerine aykırılığı, ücret ödeme borcunu ifa etmemesi, manevi taciz gibi işverenin kusurlu olarak borca aykırılığına dayanır. Bu hallerde feshin işçi tarafından yapılması diğer bir çok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk Hukukunda da işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına imkan vermez. Ancak bu hallerde esasen işverenin sözleşmeyi kusurlu ihlali nedeniyle işçinin feshe zorlanması söz konusudur. Dolayısıyla sözleşmeye aykırılık yoluyla işçinin feshe zorlanması yasal iş güvencesi hükümlerinin bertarafı sonucunu da beraberinde getirebilmektedir.

İş sözleşmesinin işçi tarafından işverenin sözleşmeye kusurlu aykırılığı nedeniyle feshine bağlanacak hukuki sonuçlar belirlenirken Alman, İngiliz ve Fransız Hukuk sistemlerinin iş güvencesi hükümlerini bağlantı noktası olarak kabul ettiği tespit edilmektedir. Bu sistemler incelendiğinde iş güvencesi hükümlerinin farklı hukuki yapılar benimsenerek dikkate alındığı görülmektedir. İngiliz ve Fransız hukukunda işverenin sözleşmeye aykırılığı nedeniyle iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle sona erdirilmesi bir vasıflandırma meselesi olarak ele alınmıştır. Her iki hukuk sisteminde bu tür bir fesih işverenin feshi olarak nitelendirilmektedir. Ancak İngiliz Hukukunda işçi bu fesih nedeniyle işe iade veya tazminat talep edebilirken, Fransız Hukukunda işe iadeyi talep hakkı tanınmamakta iş güvencesi hükümleri zararın miktarını belirlemede dikkate alınmaktadır. Alman Hukukunda

ise işçi tarafından yapılan fesihte bir varsayımsal nitelendirmeye gidilmemektedir. Feshin yine işçi tarafından yapıldığı kabul edilerek sözleşmenin bu yolla feshi nedeniyle ortaya çıkan zararın tespitinde iş güvencesi hükümleri dikkate alınmaktadır.

Bu inceleme kapsamında Türk Hukukunda yargı içtihatları ve uygulamada işlerlik kazanmamış TBK m. 437 ve İşK m. 26/2 hükümleri ile Alman, İngiliz ve Fransız hukuk sistemleri de ele alınarak incelenmeye çalışılacaktır. Yine TBK m. 437 hükmünün incelenmesi ile bağlantılı olarak mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 337 b uygulamasına yer verilecektir.

Haklı Nedenle Fesih Kavramı ve Hukuki Dayanağı

Sürekli borç ilişkisi olarak iş sözleşmesinde sözleşmenin türüne göre belirli veya belirsiz bir süre içinde edimlerin tekrarı söz konusudur. Sözleşmede kararlaştırılan ana edim gibi koruma yükümlülüklerinin de süreklilik arzetmesi, ani edimli borç ilişkilerinden farklı olarak ana edimin ifası ile ilişkinin sona ermemesi bu tür borç ilişkilerinde zaman unsurunun önemini ortaya çıkarır. Sözleşme devam ettiği sürece edim ve koruma yükümlülükleri de devam eder ve sözleşme ilişkisi bakımından ana edimin zamansal görünümü ilişkiyi karakterize eder. Hukuki ilişkinin sürekli olması istikrarı sağlarken aynı zamanda edimlerin nihai olarak kapsamı ve sözleşmenin ifa koşullarına ilişkin bir öngörülemezliği beraberinde getirir. Gerek sözleşme taraflarından kaynaklanan gerekse taraflara atfedilemeyen nedenler sözleşme ilişkisinin devamına etki edebileceği gibi sınırsız süreyle bağlılık kişilik haklarıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla istikrar unsurunun karşısında korunması gereken değer olarak kişisel özgürlüğün yer aldığı ve hukuki ilişkinin istikrarının, ilişkinin sonsuzluğuna götürmemesi gerektiği kabul edilir. Sürekli borç ilişkilerinin bir diğer özelliği kural olarak taraflar arasında yoğun ve sıkı bir kişisel ilişki kurulmasıdır. Borçlu tek bir edimi yerine getirmekle borçtan kurtulmaz, sözleşme ilişkisi gereği alacaklı borçlunun borcu sözleşmeye uygun olarak yerine getireceğine “güvenerek” borç ilişkisini kurar. Alacaklı da sadece tek bir edimin değil, ileride de sürecek edimlerin yerine getirileceğine ilişkin güvene sahiptir. Sözleşmeye uyulması noktasında taraflar arasında ortaya çıkan güven ilişkisi ise sözleşmenin sona ermesi bakımından özel kuralların benimsenmesini gerektirmiştir (Gaier, 2019 : BGB § 314, Rn. 6; Seliçi: 1976, 32 vd.).

Sözleşmenin süreye bağlandığı hallerde borç ilişkisinin sona ereceği an belirlenmiş olduğundan kişisel özgürlük önceden korunmuştur. Sözleşmenin belirsiz süreli olarak kurulduğu hallerde ise kişisel özgürlük süreli fesih hakkı ile korunmuş ve tarafların her birine tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı tanınmıştır. Süreli fesihte kural olarak neden aranmaz; fesih hakkının sınırlandırıldığı sistemlerde ise geçerli fesih nedeni haklı nedenden farklı olarak sözleşmeye devamı beklenmez kılacak ağırlıkta değildir. Bu noktada karşı tarafın

menfaatinin korunması gereği dikkate alınır. Bildirim süreleri öngörülerek muhatap sürpriz feshе karşı korunur. Bu iki sona erme hali sözleşme ilişkisinin tipik sona erme hallerini oluştururken, her iki sözleşme türü bakımından olağanüstü fesih olarak da nitelenen haklı nedenle fesih kurumu kabul edilmiştir.

Haklı nedenle fesih taraflardan birinin belirli veya belirsiz süreli borç ilişkisini, önceden görülemeyen bazı nedenlerin ortaya çıkması, özellikle bir tarafın sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle borç ilişkisinin temelini çökmüş veya devamının taraflardan beklenemeyecek ölçüde değişikliğe uğramış olması halinde tek taraflı irade beyanıyla sona erdirebilmesi imkanını ifade eder (Seliçi, 1976: 156; Oğuzman, 1955: 36; Altınok Ormancı, 2011: 112; Göktaş, 2020: 78; Alpagut, 2006: 72). Taraflara bu tür bir fesih hakkının tanınmasının temeli bir görüşe göre MK. m. 2'dir. Bu görüşe göre taraflardan biri açısından sözleşme ilişkisinin devamını beklemek dürüstlük kuralına aykırılık oluşturuyorsa, bu taraf sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebilecektir (Dürüstlük kuralına dayalı tanım için bkz. Süzek, 2020: 691; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 601; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal; 2011: 705 vd; Savaş, 2012: 30; Göktaş, 2020: 78)

Bu görüş özellikle yasada açıkça haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmemiş sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshedilebilirliği bakımından ileri sürülmüştür. Hakkın temelinde MK m. 2'nin yer aldığı kabul eden görüşe göre, tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshedilebilmesi mümkündür. Bu görüşe göre MK m. 2 hakkın temelini oluştururken, somut olgunun haklı neden olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tespitinde de dürüstlük kuralı devreye girecektir. Dürüstlük kuralı gerektiriyorsa bir sözleşme haklı nedenle sona erdirilebilir ve haklı nedenle fesih kurumu MK m. 2'nin özel bir görünümüdür (Seliçi, 1976: 202). Bir diğer görüş ise haklı nedenle fesih hakkını MK m. 23 hükmüne dayandırır. Hükümle somutlaşan “kişilik hakkından vazgeçilememesi” ilkesi, borçlar hukukunda hayat boyu yükümlülük altına girememe ve sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirme yetkisi olarak ortaya çıkar (Bucher, 1993: ZGB Art. 27 Rn. 200). İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadında da, “Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshinde, yeni anlayışa göre ZGB md. 27 çerçevesinde kişiliğin korunması önemli bir rol oynar. Sözleşme ilişkisine devam etmek, taraflardan birinin kişilik hakkının aşırı derecede sınırlandırılması anlamına geleceği için, ilgili taraf yükümlülüklerinden kurtulabilmelidir” ifadesiyle, haklı sebeple feshin temelinde kişiliğin korunması düşüncesinin yattığı kabul edilmiştir (ATF 128 III 428, JdT 2005 I 285, s. 289). Türk hukukunda da haklı nedenle feshin temelini MK 23'de bulunduğu, haklı nedenin varlığı durumunda sözleşme ilişkisinin sürdürülmesinin taraflardan birinin kişilik hakkının aşırı sınırlandırılmasını oluşturacağı ve bu nedenle sözleşmenin derhal feshi imkanının tanındığı savunulmuştur. Bu görüşe göre, dayanılan olgunun bir haklı fesih nedeni olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tespitinde MK m.2 devreye girecektir (Altınok Ormancı, 2011: 117).

Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi TBK m. 435, İŞK m.24, 25, Deniz İş Kanunu m. 14, Basın İş Kanunu m.11 hükümlerinde özel olarak düzenlendiğinden kurumun dayandığı temel, teorik tartışma dışında hakkın içeriği ve uygulama koşullarının belirlenmesi bakımından önem taşımamaktadır. Aşağıda ele alacağımız TBK m. 435 hükmünde dürüstlük kuralı haklı fesih nedeninin tespiti bağlamında ele alınmıştır. İş kanunlarında haklı fesih nedenleri kazuiistik olarak sayılmış olup yine yasakoyucunun bu nedenlerin oluşturulmasına dürüstlük kuralına göre “beklenmezlik” oluşturan halleri esas aldığı söylenebilir. Kuşkusuz kazuiistik olarak belirlenen bu nedenlerin olması gereken hukuk açısından bir haklı fesih nedeni ağırlığı taşıyıp taşımadığı tartışmaya açıktır (Haklı nedenle fesih hakkına ilişkin yapının ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirilmesi için bkz. Ugan Çatalkaya,D. 2019: 496 vd)

Genel olarak hukuk sistemlerinde haklı nedenle fesih hakkı genel bir ifade ile yer bulmuştur. Bu tür bir düzenlemenin gerekçesi, hukuk uygulayıcılarına somut olayın koşullarını değerlendirmek suretiyle bir hareket serbestisi sağlamaktır. Hakim somut olayın özelliklerini ve taraf menfaatlerini dikkate alarak haklı nedenin varlığı hususunda MK m. 4 uyarınca takdir yetkisini kullanacaktır (Gauch, P. 1968: 171; Seliçi, 1976: 193).

Alman Hukukunda BGB § 626 uyarınca, iş ilişkisi taraflardan birince haklı nedenle feshedilebilir. Haklı neden somut olayın tüm koşulları ve her iki tarafın çıkarları dikkate alınarak bir taraf için bildirim süresinin bitimine veya kararlaştırılan sürenin sonuna kadar ilişkiye devamın beklenmez olduğu durumlarda mevcuttur. Haklı nedenle feshin geçerliliğinin değerlendirilmesi iki aşamada gerçekleşir. İlk aşamada dayanılan olgunun somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın bir haklı neden niteliğinde kabul edilip edilemeyeceği incelenir. İkinci aşamada somut olayın özellikleri ve taraf menfaatlerinin değerlendirilmesiyle feshin haklı olup olmadığı belirlenir. Bu iki aşamalı değerlendirme hukuk güvenliği bakımından genel olarak haklı neden sayılabilecek olguların sistematik şekilde belirlenmesine imkan verirken, beklenmezlik noktasında somut olayın özelliklerini ve tarafların menfaatlerini dikkate alır (Niemann, 2022 : BGB § 626 Rn. 14)².

İsviçre Hukukunda OR m. 337 hükmünde önelsiz fesih başlığı altında yer alan düzenlemede, iş ilişkisinin önemli (haklı) nedenlerle işveren veya işçi tarafından her zaman derhal feshedebileceği kabul edilmiştir. Madde uyarınca haklı sebep, doğruluk ve güven ilkesine göre varlığı halinde fesheden tarafın iş ilişkisine devamını beklenmez kılan haller olarak tanımlanmıştır. Taraflar arasındaki

² Yazar “haklı neden” kavramının içeriğinin belirsizliği nedeniyle düzenlemenin Anayasa hukuku bakımından bir takım sorunlar ortaya çıkardığını, zira tarafların yapılan feshin geçerli olup olmadığı konusunda güvenilir bir bilgiye sahip olmayabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, hukuki güvenlik gereği hangi hallerin bir haklı fesih nedeni oluşturacağına ilişkin mesele gruplarının oluşturulması gerekir.

güven ilişkisinin kesin olarak zedelendiği hallerde beklenmezliğin varlığı kabul edilir. Somut olayda haklı nedenin hem objektif hem de sübjektif bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekir (Staehelein, 2014 :OR 337 Rn. 2 vd.; BGE 138 III 304). Objektif değerlendirme aynı şartlar altında bulunan makul bir insanın o şartlar karşısında sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkının bulunup bulunmayacağına yöneliktir. Dolayısıyla sadece sözleşme tarafı için çekilmezlik kuralı yeterli değildir. Dürüstlük kuralı kapsamında yapılan değerlendirme sonucunda söz konusu olgu tek başına fesih için yeterli kabul edilebilirse fesih nedeninin mutlak ağırlıkta olduğu, tek başına yeterli olmadığı durumlarda ise nispi ağırlık taşıdığı kabul edilmektedir. Federal mahkemeye göre nispi ağırlık taşıyan bir olgunun ihtara rağmen tekrarlanması, nisbi ağırlıkta başka bir sebeple bir araya gelmesi durumunda haklı fesih mümkün olabilecektir (Altınok Ormancı, 2011: 146). Sübjektif değerlendirme ise mevcut koşulların, ortaya çıkan olgunun sözleşme tarafına etkisinin belirlenmesine yöneliktir. Eğer sözleşme tarafı için bu koşullar beklenmezliği ortaya çıkarmıyorsa bir haklı nedenle fesih hakkının doğmadığından söz etmek gerekir. Kural olarak objektif değerlendirme sonucunda makul bir kişi için beklenmez nitelik taşıyan olguların sübjektif olarak da beklenmez olduğu kabul edilir. Ancak somut olayda kişinin bu olgular karşısındaki tutumu farklı bir yoruma imkan verebilir. Fesih nedeni olarak dayandırılan olgunun üzerinden uzun zaman geçmesine rağmen sözleşmenin feshedilmemiş olması veya sözleşmenin derhal fesih yerine süreli fesihle sona erdirilmesi artık bu olguların fesheden tarafından haklı neden olarak kabul edilmediğini ortaya koyar.

Borçlar Kanunu m. 435 mehz İsviçre Borçlar Kanununa paralel olarak haklı nedenle fesih hakkını düzenlemiştir. TBK m. 435 uyarınca “Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır.

Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.”

Haklı neden çoğunlukla karşı tarafın sözleşmeye aykırılığında kaynaklanır. Ancak sözleşmeye aykırılık dışında bir neden de fesih için haklı neden oluşturabilir. Öte yandan karşı tarafın kusurunun bulunması şart olmadığı gibi, kusurun varlığı da her durumda bir haklı fesih nedeni oluşturmaz. Yine haklı neden teşkil edebilecek olgular genelde sözleşmenin karşı tarafının riziko alanından kaynaklanan olgular niteliği taşımakla birlikte, tarafların riziko alanı dışında kalan ancak sözleşme ilişkisini temelden etkileyen nedenler de olabilir. İstisnai bazı hallerde ise feshedenin alanından kaynaklanan nedenler de haklı feshetme imkan verebilir (Seliçi, 1976: 193, Gaier, 2020: BGB § 314, n. 10,17; Staehelein, 2014: Art. 337 Rn. 5)

4857 sayılı İş Kanunu m. 24 ve 25 hükümlerinde yasakoyucu genel olarak karşılaştırmalı hukuktan ve TBK m. 435’den ayrılarak haklı nedenleri belirli başlıklar altında sınıflandırmış ve kazuistik bir düzenlemeyi tercih etmiştir. Bu tür

bir düzenleme esasen haklı nedenin içerik olarak somutlaştırılmasında da bir takım farklılıkları beraberinde getirmiştir. Öyle ki, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 337 ve TBK m. 435 anlamında haklı nedenin tespitinde yer alan “beklenmezlik” yukarıda da belirtildiği üzere taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldıran bir durum olarak kabul edilmektedir. Güven ilişkisi bireysel iş ilişkisinde kişisel unsurdan kaynaklanır. Bu noktada fesih nedeninin öncelikle objektif olarak güven ilişkisini kati surette ortadan kaldırmaya uygun olması aranır. Ardından bu sebebin fesheden açısından fiili olarak bu etkiyi göstermesi aranır. Salt objektif veya salt sübjektif olarak olgunun ağırlığı haklı nedenle feshe imkan vermez. Ancak dava sırasında yapılan değerlendirmede objektif değerlendirme ön plandadır. Zira sübjektif olarak feshedenin fesih gerekçesi olgu karşısında beklenmezliği ispat için imkanı azdır. Bu noktada Borçlar Kanunu kapsamında haklı nedenin değerlendirilmesinde hakimın takdir yetkisi ön plandadır. Oysa İş Kanununun 24 ve 25. maddeleri kapsamında sayılan birçok halde fesih nedeni konusunda hakimın takdir yetkisini sınırlandırılmıştır (Alpagut: 2006, 73). Yasakoyucu bir anlamda sözleşmeye devamı çekilmez kılan halleri somutlaştırmıştır. Ancak hakimın İşK m. 4 ve 25 kapsamında yer alan nedenin somut olayda kullanımında, MK m. 2 kapsamında bir değerlendirme yapması mümkündür. Diğer bir ifadeyle haklı bir fesih nedeninin varlığı, bu hakkın MK m. 2’ye uygun olarak kullanımı noktasında bir denetimi engellemez.

Haklı nedenle fesih nedeninin içeriği bir yandan fesih hakkının doğması noktasında önemlidir. Somut olayda gerçekten bir haklı fesih nedeni oluşturacak olgu mevcut mudur? Diğer yandan konumuzla bağlantılı olarak hangi hallerde haklı nedenle fesih, sözleşmeyi fesheden tarafa bir tazminat talep hakkı verecektir?

Karşılaştırmalı Hukukta İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Talep Hakları

Alman Hukukunda Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı

Alman Medeni Kanunu (BGB) § 628 2 uyarınca, iş ilişkisinin olağanüstü feshine karşı tarafın sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyet vermişse, karşı taraf sözleşmenin sona ermesi nedeniyle ortaya çıkan zararı tazminle yükümlüdür. Belirtmek gerekir ki madde hem işçi hem de işveren tarafından yapılan fesihleri kapsamına alır. Hükmün genel bir hukuk ilkesinin ifadesi olduğu ve tüm sürekli borç ilişkilerinde uygulama alanı bulacağı kabul edilir (Ascheid/Preis/Schmidt, 2021: BGB §628, Rn.27). Bu noktada düzenlemenin, borca aykırılık nedeniyle zararın giderimi sorumluluğuna ilişkin BGB § 280 hükmünün iş ilişkisi bakımından özel bir görünümü olduğu belirtilir. Ancak BGB § 628 2 tarafından kapsanmayan zararlar

bakımından § 280 uygulama alanı bulur (MüKoBGB/Henssler, 2020: BGB §628, Rn. 59).

Madde uyarınca bir tazminat talep hakkının doğumu için öncelikle bir haklı fesih nedeninin varlığı gerekir. Fesih bir nedene dayanmakla birlikte haklı neden ağırlığında değilse tazminat talep hakkı doğmaz. Öte yandan her haklı nedenle fesih madde uyarınca bir tazminat talep hakkı vermez. Haklı neden karşı tarafın sözleşmeyi kusurlu ihlalinden kaynaklanıyorsa bir tazminat talep hakkının varlığından söz edilebilir (Müller-Glöge, 2022 :BGB §628 Rn. 14 vd., MüKoBGB/Henssler, 2020: § 628, Rn. 73 vd. ; BAG 14.2.2011,NJW 2012, 1900; 22.01.2009, NZA 2009, 547). Bu içeriği ile madde sözleşmenin pozitif ihlalini düzenlemektedir.

Maddede açıkça fesihden söz edilmekle birlikte, Federal İş Mahkemesi hükmü geniş yorumlamıştır. Buna göre tazminat talep hakkının doğumu için sözleşmenin mutlaka bir haklı fesihle sona erdirilmesi zorunlu değildir. Sözleşmeye aykırılık niteliğinde bir haklı neden, kusur, zarar ve nedensellik bağının varlığı şartıyla sözleşmenin bir başka yolla örneğin ikaleyle sona erdirilmesinde de tazminat talep hakkının varlığı kabul edilir. Federal İş Mahkemesi sözleşmenin işçi tarafından kusurlu ihlalini değerlendirdiği bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: sözleşmeyi haklı nedenle fesih imkanı varken, işçinin menfaatini dikkate alarak ikale vasıtasıyla sözleşmeyi sona erdiren işverene tazminat talep hakkının tanınmaması adil değildir (BAG 10.05.1971, AP BGB § 628 Nr. 6; 11.02.1981, AP KschG 1969 § 4 Nr.8). Ancak bu olasılıkta tazminat talep hakkının kullanılabilmesi için sona erdirmeye sözleşmesinde hakkın açıkça saklı tutulması şarttır (MüKoBGB/Henssler, 2020: BGB § 628, Rn. 80, Ascheid/Preis/Schmidt, 2021: BGB § 628 Rn.48). Yine haklı bir fesih nedeninin varlığı şartıyla, sözleşmenin bildirim süresi verilerek feshi de tazminat talep hakkına engel oluşturmaz (BAG 08.08.2002, NZA 2002, 1323). Dolayısıyla tazminat talep hakkı bakımından sözleşmenin sona erme biçimi önemli olmayıp, sona ermeye sebebiyet veren olgunun niteliği belirleyicidir. Ancak sözleşmenin olağanüstü fesih dışında sona erdirildiği hallerde hakkın saklı tutulması gerektiği gibi tazminat talep hakkının haklı nedenle fesih hakkının kullanımı için BGB § 626 II 1'de düzenlenen iki haftalık süre içinde ileri sürülmesi aranmaktadır (MüKoBGB/Henssler, 2020: BGB § 628, Rn. 80, Ascheid/Preis/Schmidt, 2021: BGB § 628 Rn.48).

İş sözleşmesinin haklı nedenle veya haklı nedenin varlığı şartıyla ikale veya diğer bir şekilde sona erdirilmesi halinde talep edilebilecek tazminatın kapsamı bakımından normun koruma amacı dikkate alınır. Normun koruma amacı sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi nedeniyle ortaya çıkan tazminidir. Bu amaç dahilinde, uygun nedensellik bağı içerisinde ortaya çıkan zarar tazminatın kapsamını oluşturur. Talep hakkı ifa çıkarına yönelir ve alacaklının sözleşmenin ifasındaki yararı esas alınır. Sözleşme bu şekilde sona erdirilmemiş olsaydı kusurlu

olmayan tarafın elde edebileceği yararlar tespit edilir (BAG 20.11.1996, AP BGB § 611, Nr. 11; Ascheid/Preis/Schmidt, 2021: BGB § 628, Rn. 50) ve zarar fark metoduna göre hesaplanır. Fiili olarak bulunulan durum ile zarar verici durum (borca aykırılık nedeniyle sözleşmenin sona ermesi) olmasaydı bulunulacak malvarlığı durumu arasındaki fark zararı oluşturur (Ascheid/Preis/Schmidt, 2021: BGB § 628, Rn. 52) . Ancak her durumda tazminat talep edenin sözleşme ilişkisinin normal olarak tasfiye edilmesi halinde elde edebileceğinden daha fazlasına hükmedilmemesi esastır (ErfK/Müller-Glöge, 2022: BGB §628 Rn. 22).

İş sözleşmesinin işçi tarafından sona erdirildiği hallerde zararın tespiti bakımından zamansal sınır olarak belirsiz süreli iş sözleşmesinde bildirim süresi esas alınır. Bu noktada varsayımsal bir işveren feshinde işçinin bildirim süresi içinde elde edebileceği ücret ve hakları zararı oluşturur. Belirli süreli iş sözleşmesinde ise sözleşmenin süresinin bitimine kadar elde edilebilecek ücret ve diğer haklar zararı belirler. Bu kabuldeki hareket noktası işverenin sözleşmenin türüne göre ilişkiyi sona erdirebileceği, ilişkiden sıyrılabileceği en yakın ana kadar hukuki ilişkiyle bağlı tutulabilmesidir. Bu süre genel olarak belirsiz süreli iş sözleşmesinde bildirim süresi, belirli süreli sözleşmede ise kararlaştırılan sürenin bitimidir (MüKoBGB/Henssler, 2020: BGB § 628, Rn. 89). İşçinin ücret talebine ücret ekleri de dahildir. Ayrıca fesih nedeniyle ortaya çıkan giderlerin tazminine hükmedilir. Süresinden önceki fesih nedeniyle yeni bir iş bulmak için yapılan giderler, sözleşmenin ihlali nedeniyle zorunlu olarak ortaya çıkan taşınma masrafları da zarar kapsamında değerlendirilir. BGB § 628 2 manevi tazminatı kapsamaz. Şartları mevcut olduğu takdirde işçinin genel hükümler uyarınca manevi tazminat talep hakkı mevcuttur.

İş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından bildirim süresinin zararın tazmini bakımından zamansal sınır oluşturması konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira iş güvencesinin kapsamı dışında kalan bir işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirim sürelerine uyularak feshi kural olarak mümkündür. Ortaya çıkacak zarar da salt bu süreye ilişkindir. Ancak doktrinde ve Federal İş Mahkemesi kararlarında, Feshe Karşı Koruma Kanununun kapsamındaki işçiler bakımından salt bildirim süreleri dikkate alınarak bir zamansal sınırlamanın kabul edilemeyeceği benimsenmektedir (ErfK/Müller-Glöge, 2022: BGB §628 Rn. 24; MüKoBGB/Henssler, 2020: BGB §628 Rn 91 vd.; Schreiber/Schulze, 2021: BGB § 628, Rn, 3). İş güvencesi ile işverenin fesih hakkı sınırlandırılmış ve geçerli bir neden bulunmaksızın sözleşmenin feshi imkanı ortadan kaldırılmıştır. İş sözleşmesini, işverenin kusurlu sözleşmeye aykırılığı nedeniyle haklı nedenle fesheden işçi aynı zamanda iş güvencesi hükümlerinin getirdiği korumadan yoksun kalır. Dolayısıyla ortaya çıkan ekonomik zarar salt bildirim süresi içinde hak edilecek ücret ve diğer haklarla sınırlı değildir. Feshe karşı korumanın kaybı da dikkate alınarak ortaya çıkan zararın uygun biçimde denkleştirilmesi gerekir (Ascheid/Preis/Schmidt, 2021: BGB § 628, Rn. 60).

İş güvencesinin getirdiği korumanın kaybının BGB § 628 II kapsamında dikkate alınması ve denkleştirme tazminatının belirlenmesinde Feshe Karşı Koruma Kanunu §§ 9, 10'da yer alan tazminat hükmüne dayanılmaktadır (Ascheid/Preis/Schmidt, 2021: BGB § 628, Rn. 60). Alman Hukukunda fesih için geçerli veya haklı neden bulunmadığının mahkeme tarafından tespitinin hukuki sonucu feshin geçersizliği ve hukuki ilişkinin devamıdır. Ancak işçinin mahkemeye KSchG § 9 uyarınca sözleşmenin devamının kendisi açısından beklenmez olduğunu ve sona erdirilmesini içeren bir talepte bulunması mümkündür. Mahkeme talep üzerine inşai bir kararla sözleşmenin sona ermesine ve işverenin işçiye uygun bir tazminat ödemesine karar verir. Belirtmek gerekir ki aynı madde uyarınca sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin talebin işveren tarafından yapılması da mümkündür³. KSchG § 10'da tazminatın miktarı düzenlenmiştir⁴. Doktrinde tazminat talebinde aynı zamanda KSchG § 13 hükmüne de atıf yapıldığı tespit edilmektedir (MüKoBGB/Henssler, 2020: BGB § 628, Rn. 93, 99; Hau/Poseck, 2021: BGB § 628 Rn. 15). “Olağanüstü, ahlaka aykırı ve diğer fesihler” başlığını taşıyan madde, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshinde feshin geçersizliğinin ileri sürülebilmesine ilişkindir. İşçinin haklı nedenle feshe karşı açtığı davada, mahkeme feshin geçersizliğini tespit ederse, sözleşmeye devamın beklenmez olduğunu ve bir tazminat karşılığında sözleşmenin sona erdirilmesini talep edilebilir. Mahkeme sözleşmenin sona ermesiyle birlikte § 10'da öngörülen tazminata hükmeder.

Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, sözleşmeye kusurlu aykırılığı ile iş sözleşmesinin işçi tarafından sona erdirilmesine neden olan işveren, sözleşmeyi haklı/geçerli neden olmaksızın fesheden işverenden daha avantajlı bir duruma gelmemelidir. Esasen sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçinin durumu, sözleşmesi işveren tarafından feshedilen ancak feshe karşı koruma davasında sözleşmeye devamın beklenmezliği iddiasıyla sözleşmenin sona erdirilmesi yolunda talepte bulunan işçi ile aynıdır. Dolayısıyla, iş sözleşmesini işverenin kusuru nedeniyle olağanüstü fesihle sona erdiren işçinin BGB § 628 II uyarınca talep edebileceği tazminatın belirlenmesinde KSchG § 10'un kıyasen uygulanması benimsenmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre haklı nedenle sözleşmeyi fesheden işçinin iş güvencesi tazminatından yararlandırılmaması durumunda, işverenin haksız

³ İşveren, işyerinin amacına hizmet eden bir birlikte çalışmanın beklenemeyeceğini ileri sürerek sözleşmenin mahkeme tarafından sona erdirilmesine karar verilmesini talep edebilir.

⁴ KSchG § 10 uyarınca hükmedilecek tazminat oniki aya kadarki kazançla (nakdi ve aynı ödemeler) sınırlanmıştır. Ancak işçi 50 yaşını doldurmuş ve iş ilişkisi en az onbeş yıldır sürmekte ise tazminatın tutarı onbeş aya kadarki kazançla, işçi 55 yaşını doldurmuş ve iş ilişkisi en az yirmi yıldan beri sürmekte ise tutar onsekiz aya kadar kazançla sınırlı olarak belirlenir. Ancak işçinin yasal emeklilik yaşına ulaşması durumunda artırılmış tazminat tutarı uygulanmaz.

bir fesih nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalmamak için sözleşmeye aykırılıkta bulunarak, işçiyi sözleşmeyi haklı nedenle feshetmeye zorlaması mümkün olabilecektir (BAG, 26.07.2001-8 AZR 739/00, NJW 2002, 1593 vd.). Temel ücret ve ücret ekleri dikkate alınarak belirlenecek tazminat tutarından işçinin iş ilişkisinin sona ermesi nedeniyle tasarruf ettiği miktar ile başka işten kazandığı veya kazanmaktan kasten kaçındığı tutarların indirimi gereklidir.

Tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak bir diğer husus, işverenin haklı neden niteliğindeki sözleşmeyi ihlalinde işçinin birlikte kusurunun bulunup bulunmadığıdır. Örneğin, işverenin sözleşmeyi kusurlu ihlali, işçinin işvereni kışkırtması nedeniyle gerçekleşmişse tazminattan indirimde gidilebileceği gibi tazminatın tümüyle reddi de söz konusu olabilir (Ascheid/Preis/Schmidt, 2021: BGB § 628, Rn. 62).

İşveren iş sözleşmesini işçinin sözleşmeye kusurlu aykırılığı nedeniyle sona erdirirse, iş sözleşmesinin bildirim süresine uyulmaksızın veya sürenin bitimi beklenmeksizin feshi neticesinde ortaya çıkan zararlarının tazminini talep edebilir. Zararın kapsamı bakımından zamansal sınır belirli süreli iş sözleşmesinde bakiye sözleşme süresi, belirsiz süreli sözleşmede ise bildirim süresi dikkate alınır. Bu zarar kapsamında öncelikle işçinin yerine yeni bir işçi bulunması nedeniyle yapılan giderler yer alır. Yeni bulunan işçinin daha yüksek ücretli olması durumunda aradaki fark zarar kalemini oluşturacağı gibi işçinin ayrılması nedeniyle işin sürdürülmesi için ödenen fazla çalışma ücreti de bu kapsamdadır. İşçinin ayrılması ile üretimin durması söz konusu ise üretim olmaksızın yapılan sabit giderler, kazanç kaybı hatta bu işçinin yerine bir başka birimden zorunlu işçi temini söz konusu ise bu nedenle ortaya çıkan kazanç kaybı da zararı oluşturur (ErfK/Müller-Glöge, 2022: BGB § 628 Rn. 34 vd.; Ascheid/Preis/Schmidt, 2021: BGB § 628 Rn. 55 vd.).

Fransız Hukukunda Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı

Fransız hukukunda işverenin iş sözleşmesini ağır ihlali nedeniyle işçinin iş sözleşmesini feshetmeye zorlandığı hallerde, işçi sözleşmenin sona ermesine ilişkin bir bildirimde bulunabileceği gibi mahkemeden sözleşmenin sona erdirilmesini de talep edebilir. Ancak her iki durumda da sözleşmenin sona ermesine, işveren tarafından gerçek ve ciddi neden bulunmaksızın yapılan feshetmeye bağlanan sonuçlar uygulanır. Diğer bir ifadeyle, gerçekte fiili bir işveren feshi bulunmamakla birlikte hukuki sonuçlar bakımından varsayımsal bir işveren feshinin varlığı kabul edilir.

İşçinin iş sözleşmesini feshetmeye zorlandığı hallerde başvurabileceği ilk yol sözleşmenin sona erdirildiğine ilişkin bildirimde bulunmasıdır (prise d'acte de la rupture⁶). Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi, 25.06.2003 tarihinde verdiği bir dizi kararlar, işverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarını ciddi bir şekilde ihlal ettiği hallerde işçinin yapacağı bir bildirim sonucunda sözleşmenin sona erdiğini kabul

etmiştir (Teyssié / Cesaro / Martinon, 2014: Knr. 1451, s. 744; Géa, 2019: Knr. 30). Sosyal Daire'ye göre, “İşverenden kaynaklanan sebeplerden ötürü işçi, sözleşmeyi sona erdirmeye yönünde eyleme geçtiğinde bu girişim, kimi zaman gerçek ve ciddi sebebin olmadığı bir işveren fesbi gibi, kimi zaman ise işçinin fesbi gibi sonuçlarını doğurur” (Sosyal Daire T. 25.06.2003, No: 01-42.679; T. 25.06.2003, No: 01-42.335). Belirtmek gerekir ki, bu bildirim işverenin sözleşmeyi ihlali niteliğindeki olguları ve sözleşmenin bu suretle sona erdirildiğine ilişkin beyanları içermelidir.

Sözleşmenin “yeterince ağır” ihlalinin ileri sürülmesi yoluyla sona erdirilmesi bildirim, yargı içtihatları ile kabul edilmiş bir sona erdirmeye türüdür. Sözleşmeye aykırılığı ileri sürerek tek taraflı sona erdirmeye ile işçinin veya işverenin sözleşmeyi feshinden farklı olarak, hukuki sonuçların karşı tarafa yüklenmesi imkanı tanınmıştır. Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır (Auzero / Baugard /Dockès, 2019: Knr. 409, s. 511).

İşçinin sözleşmeye aykırılığı ileri sürerek sözleşmenin sona ermesini sağladığı bu durumda bildirim doğrudan işverene yapılmalıdır. İşçi, işverenin sözleşmeyi ağır bir şekilde ihlal ettiği ve iş sözleşmesine devamın beklenmez olduğu hallerde, işi bırakır ve sözleşmenin borca aykırılık nedeniyle işveren tarafından sona erdirilmiş sayıldığına ilişkin bildirimde bulunur. Sözleşmeye aykırılığı ileri sürme, şekil şartına bağlı değildir (Teyssié / Cesaro / Martinon, 2014: Knr. 1452, s. 744) ve tek taraflı bir irade beyanı olarak sonuçlarını derhal doğurur ((Auzero / Baugard /Dockès, 2019: Knr. 411, s. 516). Dolayısıyla işçinin bildirimini geri alması mümkün olmadığı gibi (Teyssié / Cesaro / Martinon, 2014: Knr. 1454, s. 746; Géa, 2019: Knr. 89-91) bildirimden ardından işveren tarafından yapılacak fesih bildirimini geçersizdir (Favannec -Héry / Verkindt, 2016: Knr. 625, s. 461) .

Sözleşmeye aykırılığı ileri sürerek tek taraflı sona erdirmeye, Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi tarafından adım adım şekillendirilmiştir (Favannec-Héry / Verkindt, 2016: Knr. 625, s. 460). Kural olarak sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan hallerde bu bildirim yapılabilir. Sosyal Daire'ye göre sona erdirmeye sebep olabilecek davranışları işyeri dışında veya çalışma saatleri haricinde de oluşabilecektir (Sosyal Daire T. 23.01.2013, No: 11-20.356). Sona ermenin işverenin ağır nitelikte bir borca aykırılığına dayandığı ve bu nedenle sözleşmeyi sona erdirmenin haklı olduğuna ilişkin ispat yükü işçidedir.

Fransız içtihadında hangi hallerin ağır bir borca aykırılık oluşturduğuna ilişkin kriterler geliştirilmiştir. Örneğin sözleşmede belirlenen asgari ücrete uyulmaması, koruma altındaki işçilerin çalışma koşullarının tek taraflı değiştirilmesi, iş sağlama yükümlülüğüne aykırılık, işçinin fiziksel ya da ruhsal bütünlüğüne zarar verilmesi, ayrımcılık gibi haller ihlal olarak kabul edilir. Ancak doktrinde bu kriterler tek başına öngörülebilirliği sağlamaya yeterli bulunmamıştır. Ayrıca affi mümkün bulunabilecek bir eyleme rağmen, işçiye sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı getirilmesinin, sistemi zedeleyebileceği eleştirisi getirilmiştir (Flores, 2014: s. 447).

İlk olarak 26.03.2014 tarihinde verdiği kararlarla (Sosyal Daire, T. 26.03.2014, No:12-35.040; No: 12-21.372; No: 12-23.634) başlayan süreçte Sosyal Daire değerlendirmeyi yöntemini değiştirerek işverenin sözleşmeye aykırı davranışı ile eylemin iş sözleşmesinde doğurduğu sonuçları birbirinden ayırmıştır. Bu yeni eğilimin sonucu olarak şu değerlendirme yapılmıştır; sözleşmeye aykırılığın doğası ne olursa olsun, söz konusu ihlal sözleşmenin devamını engellemelidir. Yüksek Mahkeme bir değerlendirme hatasını önleyebilmek amacıyla artık değerlendirmede dikkatini eyleme değil, onun etkilerine ve ağırlığına yöneltmektedir. Dolayısıyla bu tarihe dek ortaya konulan karineler zayıflatılarak, daha “hafif” bir denetim yapılmaya başlanmıştır (Flores, 2014: s. 447; Géa, 2019: Knr. 104).

Fransız İş Kodu’na 2014 yılında eklenen 1451. maddede sona erdirme hakkı doğrudan tanımlanmamakla birlikte işverene atfedilebilecek sebeplerden ötürü işçinin sözleşmeyi sona erdirme yönünde irade beyanında bulunması üzerine, bu beyanın nitelendirilmesi talebiyle doğrudan iş mahkemesine gidilebileceği, mahkeme tarafında uyuşmazlığın bir ay içinde hükme bağlanacağı kabul edilmiştir.

Yüksek Mahkeme’ye göre bildirim hukuki sonuçları kural olarak işverenin gerçek ve ciddi sebep olmaksızın feshine bağlanan hukuki sonuçlar olacaktır (Favannec-Héry / Verkindt, 2016: Knr. 625, s. 462). Belirtmek gerekir ki, taraflar eğer kusura dayanmayan bir hali sözleşme hükmüyle aykırılık olarak tanımlamışlarsa, bu durumda yüksek mahkemeye göre ilgili hükme geçerlilik tanınmalı ve işverenin kusuru olmaksızın sözleşmeye aykırılık ileri sürülebilmedir.

İşveren tarafından sözleşmenin ağır ihlali karşısında işçinin başvurabileceği ikinci yol “iş ilişkisinin mahkeme tarafından sona erdirilmesi” (La résiliation judiciaire) talebinde bulunmaktır. İşçi, işverenin borca aykırılığı nedeniyle iş sözleşmesine devamın beklenmez olduğu hallerde iş mahkemesine başvurarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesini talep edebilir. Bu durumda işçi sözleşmenin sona erdiğine ilişkin bir bildirimde bulunmaz, sona erme mahkeme kararı ile gerçekleşir. Mahkeme’ye sona erdirme talebi ile başvurulduğu andan mahkemenin kararına kadar sözleşme ilişkisi devam eder, işçi iş görme borcunu ifa eder. Mahkeme tarafından işverenin borca aykırılığı ve sözleşmeye devamın beklenmezliğinin tespiti durumunda, karar tarihi itibarıyla iş sözleşmesi sona erer. Sona erme sözleşmenin haksız feshi sonuçlarını doğurur. İşçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin talebinin mahkeme tarafından reddi halinde ise sözleşme ilişkisi devam eder.

Fransız hukukunda gerek işçinin işverene yaptığı bildirim gerekse mahkemedan sona erdirme talebinde bulunarak sözleşmenin sona erdiğinin tespiti halinde bağlanacak hukuki sonuçlar şu şekildedir:

İş sözleşmesinin, işverenin sözleşmeyi ağır ihlali nedeniyle sona erdiğinin tespiti durumunda, sözleşmenin feshi “işveren tarafından gerçek ve ciddi bir sebep olmaksızın yapılan fesih” (haksız fesih) olarak hüküm doğurur. Bu durumda işçi, yasada düzenlenen (L.1234-9 uyarınca aynı işveren nezdinde aralıksız en az

sekiz ay çalışmış işçinin, sözleşmesi ağır kusuru olmaksızın işverence feshedilirse ödenecek kıdem tazminatı veya L. 1226-12 uyarınca iş kazası veya meslek hastalığına uğrayan işçiye, sağlık durumuna uygun yeni iş teklifine dair yükümlülüklerle uyulmaksızın sözleşmesinin feshi halinde ödenecek tazminat) yahut sözleşmeyle tarafların kararlaştırdığı tazminat miktarı ile birlikte ihbar tazminatına da hak kazanacaktır (Géa, 2019: Knr. 147-148).

İşçinin iş güvencesi kapsamında bulunması durumunda (iki yıllık kıdem ve işyerinde en az onbir işçinin çalışması koşuluyla), işverenin feshinde gerçek ve ciddi sebebin yokluğu halinde L 1235-3 uyarınca işçi veya işverenin işe iade yerine talep edebilecekleri tazminat tutarı da talep edilebilir (Géa, 2019: Knr. 140). Bu noktada farklı hukuki yapı ile Alman Hukuku gibi Fransız Hukukunda da iş sözleşmesinin işverenin haklı fesih nedeni niteliğindeki borca aykırılığı nedeniyle sona erdirilmesinde işçinin zararının tespitinde iş güvencesi hükümlerinin dikkate alındığı tespit edilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Alman Hukukuna benzer şekilde işçinin emeklilik talebinde bulunmasının gerekçesi işverenin borca aykırılığı olduğu veya sözleşmeyi süreli fesihle sona erdirmekle birlikte fesih bildiriminde borca aykırılığı belirttiği durumlarda da feshin işveren tarafından yapıldığı kabul edilir.

İngiliz Hukukunda Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı

İngiliz İstihdam Hakları Yasası m. 95(1) c uyarınca işçi, iş sözleşmesini işverenin sözleşmeyi ihlali nedeniyle feshederse sözleşme işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Esasen fesih işçi tarafından yapılmakla birlikte bu olasılıkta bir varsayımdan yola çıkılmakta ve işveren tarafından yapılan bir fesih olarak nitelendirilmektedir (constructive dismissal). Bu kabul bakımından işçinin sözleşmeyi olağan veya olağanüstü fesih yoluyla sona erdirmesi fark yaratmaz. İşçi tarafından yapılan feshin işverenin feshi olarak kabulü, mevzuatta işverenin feshine bağlanan hüküm ve sonuçlarının uygulama alanı bulmasına imkan verir.

İşverenin sözleşmeyi ihlali nedeniyle iş sözleşmesinin işçi tarafından feshinin bir işveren feshi olarak kabulünün gerekçesi, işverence işçinin sözleşmeyi feshe zorlanması ve bu yolla feshe karşı koruma hükümlerinin dolanılmasının önlenmesidir (Neufeld, 2005: 563).

İşçi tarafından yapılan feshin işveren feshi olarak varsayılması için gerekli şartlar: işverenin sözleşmeyi kusurlu ihlali, feshin işçi tarafından bu kusurlu ihlal nedeniyle yapılması, ihlalin esaslı olması ve işçinin, işverenin bu davranışı karşısında fesih hakkından vazgeçmemiş olmasıdır (Amschler, 2014 : 343).

Sözleşmenin ihlali iş sözleşmesindeki unsurları içerdiği gibi İngiliz hukukuna göre her bir sözleşme tipine göre içtihat vasıtasıyla mahkemeler tarafından varlığı zımnen kabul edilen hükümler, yasa ve toplu iş sözleşmesi hükümleri de bu

kapsamda değerlendirilir. İşverenin sözleşmeyi ihlali farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Ancak her türlü ihlal bu tür bir fesih bakımından yeterli olmayıp, ihlalin esaslı olması gerekir. Esaslı olma ile kusurlu davranışın sözleşmenin temeline (esaslı unsurlarına) ilişkin olması, bu şekilde işverenin sözleşmenin bir veya birkaç esaslı koşulu ile bağlı kalmama yönündeki iradesini ortaya koymuş olması aranır. Değerlendirmede objektif bakış açısı esas alınır ve işverenin bilinçli olarak aykırılıkta bulunması veya bunu hesaba katıp katmaması önem taşımaz. Somut olarak aykırılığın gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir. İşverenin yetkisi dışında sözleşmede belirlenen hükümleri tek taraflı olarak değiştirmesi kural olarak sözleşmenin ihlali niteliği taşır. İşçinin işyerindeki pozisyonunun düşürülmesi, işyerinin değiştirilmesi, ücret miktarının azaltılması, işin niteliğinin önemli ölçüde değiştirilmesi, çalışma sürelerinin artırılması veya düşürülmesi örnek olarak verilebilir. Yine işveren sözleşme hükümlerini tek yanlı olarak değiştirmemekle birlikte işçiyi sözleşmenin değiştirilmesine zorlaması sözleşmenin ihlalini oluşturur. Belirtmek gerekir ki, feshin işveren tarafından yapıldığının kabulü bakımından değişikliğin nedeni önem taşımaz. Örneğin ücretin düşürülmesinde bunun makul bir nedene dayanması veya azaltımın hangi ölçüde göre yapıldığına bakılmaz. Temel ücretteki azaltım kural olarak sözleşmenin ihlalini oluştururken, ücret eklerinin sözleşme ile öngörülmüş olması tek başına yeterli olmayıp indirim yapılan tutar dikkate alınarak somut olay bakımından değerlendirme yapılır. Bu noktada çalışma koşullarında esaslı değişiklik nedeniyle işçi tarafından yapılan feshin işveren feshi oluşturduğu tespit edilmektedir (Honeyball, 2014 : 151 vd; Amschler, 2014: 346, 349; Neufeld, 2005: 564).

Çalışma koşullarının tek yanlı esaslı değişikliği yanında işverenin sözleşmeden kaynaklanan borcu ihlali (çalışma koşullarının uygulanmaması) niteliği taşıyan diğer haller de işçiyi iş sözleşmesini fesih hakkı verir ve fesih işverenin feshi olarak kabul edilir. Örneğin iş sağlığı güvenliği önlemlerinin alınmaması, ücretin ödenmemesinde olduğu gibi. Yine karşılıklı güven ve kişiliğin gözetilmesine ilişkin zımni yükümlülüğün ihlali nedeniyle yapılan fesih de bu kapsamdadır. İşçiyi karşı ayrımcılık, manevi taciz, sırf zarar verme amacı güden davranışlar, herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın işçinin bir suçla itham edilmesi, psikolojik teste zorunlu tutulması, güven sarsıcı davranışlar bu kapsamda esaslı ihlal oluşturur (Amschler, 2014: 347).

İşçi tarafından yapılan feshin işveren feshi olarak kabulü için sözleşmeye aykırılığın yukarıdaki örneklerden de görüldüğü üzere, sözleşmenin temeline ilişkin ağır bir ihlal olması gerekir. Bu koşulun var olup olmadığı her bir somut olay bakımından değerlendirilir. Bu aykırılık tek bir olayla ortaya çıkabileceği gibi bazen işverenin sözleşmeyi esaslı ihlali zaman içerisinde de gerçekleşebilir. Esasen son olayda bir tek başına ağır ihlal bulunmamakla birlikte, işverenin önceki davranışları birlikte dikkate alındığında sözleşmenin sona erdirilmesi için bir haklı nedenin

varlığından söz edilebilir (last straw doctrine). Bu olasılıkta da işçi tarafından yapılan fesih yine işveren feshi olarak kabul edilir (Honeyball, 204: 149; Amschler, 2014: 349; Neufeld, 2005:564).

Sözleşmenin işveren tarafından esaslı ihlali sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurmaz. Bu durumda işçi iki şekilde hareket edebilir. İlk olasılıkta işçi yeni koşulları kabul eder ve bu koşullarla çalışmaya devam eder. İkincisinde ise değişiklik karşısında işçi iş sözleşmesini fesheder. İşçi tarafından yapılan feshin, işveren feshi olarak kabulü için feshin somut olayın özelliklerine göre kısa bir süre içinde yapılması gerekir. Fesih nedeni oluşturan ihlalin işçi tarafından öğrenilmesinden sonra çalışmaya devam, bir zımni kabul olarak nitelendirilebilecek uzunlukta ise artık yapılan ihlal ile fesih arasında nedensellik bağının bulunmadığı benimsenir. Ancak işçinin açıkça fesih hakkını saklı tuttuğu veya işverenin fesih hakkını kaybetmeksizin işçinin çalışmasına izin verdiği durumlarda yeni çalışma koşullarının zımnen onaylandığı sonucuna varılmaz (Amschler, 2014:356 vd).

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş sayıldığı hallerde iş güvencesinin kapsamında bulunan işçi haksız fesih iddiasıyla dava açabilir. Bu davada işveren feshin makul bir nedene dayandığını ve ölçülü (makul) olduğunu ispatla yükümlüdür. Feshin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesinde mahkeme normal bir işveren feshi için öngörülen kriterleri uygular ve makul bir işverenin davranış biçimini esas alır. Feshin haksız olduğunun tespiti üzerine işçinin talebine göre iş sözleşmesinin devamına veya yeniden işe alınmasına hükmedilir. Ancak bu tür fesihlerde işçinin genelde bir tazminat talep ettiği belirtilmektedir.

Türk Hukukunda İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı

Yukarıda da belirtildiği üzere TBK m. 437 ve İşK m. 26/2’de iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden tarafın tazminat talep hakkı düzenlenmiştir. Her iki kanunun uygulama alanı bakımından tazminat talep hakkının koşulları ve hükümleri ayrı ayrı incelenecektir.

İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshedenin Tazminat Talep Hakkı Bakımından Öngörülen Koşullar

TBK 437 Kapsamında Tazminat Talep Hakkının Koşulları

Fesih Nedeninin Karşı Tarafın Sözleşmeye Aykırılığından Doğması

TBK m. 437 uyarınca “Haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür.

Diğer durumlarda hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı sebeple feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirir.”

Madde hükmü 4857 sayılı İş Kanununun kapsamına girmeyen iş ilişkilerinde uygulama alanı bulacağı gibi 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanununda konuya ilişkin özel hüküm bulunmaması nedeniyle genel kanun hükmü tazminat talep hakkının dayanağını oluşturacaktır.

Madde, İsviçre Borçlar Kanunu m. 337 b hükmüne paralel olarak düzenlenmiş ve sözleşmeyi haklı nedenle feshedenin tazminat talep hakkı bakımından ikili bir ayrıma gidilmiştir. Ayrım haklı fesih nedeninin, sözleşmeye aykırılık veya diğer hallerden kaynaklanmasına dayanmaktadır. İsviçre doktrinine göre, her iki fıkra arasındaki fark haklı fesih nedeni oluşturan olguda karşı yanın kusurunun bulunup bulunmadığıdır. Buna göre, haklı fesih karşı tarafın sözleşmeye kusurlu aykırılığında kaynaklanıyorsa İBK 337 b/1 uygulama alanı bulacaktır (Stachelin, 2014: OR 337b Rn. 4).

Mehaz İBK md.337 b/1 hükmüne paralel olarak TBK m. 437/1'de de haklı fesih nedeninin “tarafardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuş” olması aranmaktadır. Dolayısıyla işveren tarafından yapılan fesihte fesih nedeninin işçinin sözleşmeye aykırılığında, işçi tarafından yapılan fesihte ise fesih nedeninin işverenin sözleşmeye aykırılığında kaynaklanması halinde, fesheden taraf karşı taraftan tazminat talep edebilecektir. Bu noktada her haklı nedenle feshin 437/1'e dayalı tazminat talep hakkı vermeyeceği, TBK m. 437/1'in kapsamının haklı nedenle fesih hakkından daha dar olduğu görülmektedir. Esasen düzenleme TBK m. 112'nin özel bir görünümüdür. TBK m. 112 karşısında özellik arzeden yanı ise aykırılığın bir haklı fesih nedeni ağırlığında olması ve fesih nedeniyle talep edilmesidir. Oysa TBK m. 112 kapsamında borca aykırılık nedeniyle bir zararın ortaya çıkması alacaklıya tazminat talep hakkı verirken, aykırılığın özel bir ağırlığa ulaşması önem taşımaz. Ancak genel olarak borca aykırılık nedeniyle tazminat talebi kusurun varlığına gerektirir. Bu noktada TBK m. 437/1 kapsamında tazminat talep hakkının varlığı için fesih için haklı neden oluşturacak bir sözleşme ihlalinin bulunması, bu aykırılığın kusura dayanması, sözleşmenin bu nedenle feshi ve fesih nedeniyle bir zararın ortaya çıkması gerekir.

Haklı Nedenle Feshin Sözleşmeye Aykırılık Dışında Bir Nedenle Doğması

TBK m. 437/1'de tazminat talebi bakımından haklı nedeni taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışının oluşturması öngörülmüşken, 437/2'de “Diğer bütün durumlarda hakim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı sebeple feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirir” hükmüne yer verilmiştir. Mehaz İsviçre Borçlar Kanununa paralel olarak, ilk fıkranın karşı tarafın sözleşmeyi kusurlu ihlalini düzenlemesi karşısında, “diğer bütün durumlarda” ifadesinin haklı nedenin “her iki tarafın da kusuruna dayanması” veya “her iki tarafın da kusursuz” olmasını ifade ettiği sonucuna varılmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi lisanslı futbolcunun lisansının iptalini her iki tarafın da fesihte kusursuz olduğu bir hal olarak 337b 2 kapsamında

değerlendirmiştir. Yine, haklı nedenle fesihle her iki taraf da kusurlu ise 337 b 2 uygulanacağı gibi haklı nedenle feshi mümkün kılan şüphenin varlığı halinde yapılan şüphe feshinin ardından ceza yargılamasında dayanılan olgu ispatlanamamışsa fıkra kapsamında talep hakkının bulunduğu kabul edilmiştir (Rehbinder/Stöckli, 2014: Art 337b. Rn.5; Streiff/von Kaenell/Rudolph, 2014: OR 337b Rn. 7; Emmel, 2016 :OR 337b, Rn.2).

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 437/1 ve 437/2 hükümleri arasındaki ayrımın hukuki sonucu tazminat miktarının belirlenmesi noktasındadır. Konu aşağıda tazminatın belirlenmesi başlığı altında ayrıca ele alınacaktır.

İş M. 26/2 Kapsamında Tazminat Talep Hakkının Koşulları

Feshin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılıktan Doğmuş Olması

İşK m. 26/1’de sözleşmenin İşK m.24/II ve 25/II uyarınca feshinde hak düşümü süresi düzenlenmiş, maddenin 2. fıkrasında ise “*Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkroda öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır*” hükmüne yer verilmiştir.

Düzenlemenin TBK m. 437’den farkı, öncelikle tazminat talep hakkının doğabilmesi için genel anlamda karşı tarafın borca aykırılığına dayanılmamış ve salt 24/II ve 25/II kapsamındaki fesihler bakımından talep hakkının kabul edilmiş olmasıdır. Bu noktada ortaya çıkan soru, TBK m. 437/1 ile İşK m. 26/2’nin tazminat talep hakkı bakımından öngördüğü koşulların paralel olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle İşK m. 24 ve 25’in diğer bentlerinde yer alan haklı fesih nedenleri arasında sözleşmeye kusurlu aykırılık halleri mevcut mudur? Öte yandan 437/2’de diğer fesih hallerinde hakim feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirir ifadesine paralel bir düzenlemeye İşK m. 26/2’de yer verilmemiştir. Bu hallerde İş Kanununa tabi işçinin TBK m. 437/2’ye dayalı bir talep hakkından söz edilebilecek midir?

İşK m. 24/II ve 25/II hükümleri temelde karşı tarafın kusuruna dayanan borca aykırılık halleridir. Öyle ki, 24/II a uyarınca “işverenin işçiyi yanıltması”, 24/II b uyarınca “işverenin şeref ve namusa dokunacak sözler söylemesi, cinsel tacizde bulunması”, 24/II c’de “işverenin sataşması, kanuna aykırı davranışa özendirilmesi, kışkırtması, hapsi gerektiren suç işlemesi, şeref ve haysiyet kırıcı asılsız isnad ve ithamda bulunması”, 24/II d uyarınca “işçinin cinsel tacize uğradığını bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması”, 24/II e’de “ücretin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmemesi veya ödenmemesi”, 24/II f’de “ücretin parça başı veya iş tutarı üzerinden kararlaştırılması ancak işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verilmesine rağmen eksik alınan ücretin karşılanmaması, çalışma şartlarının uygulanmaması” sözleşmenin kusurlu ihlali halleridir. Bu noktada işçiye tazminat talep hakkı veren İşK m. 26/2 hükmünün sözleşmenin kusurlu ihlalini düzenlemesi noktasında TBK m. 437/I ile uyumlu olduğu söylenmelidir.

İşK m. 24 ve 25'in diğer bentleri kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, 24/I a'da "İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa" işçi bakımından bir haklı fesih nedeni doğacaktır. Hüküm kapsamında fesih hakkı "işin niteliği" ile işçinin fiziksel veya biyolojik nedenlerle sağlık durumu bakımından işyerinde çalışmasının beklenemeyeceği bir durumu ifade etmektedir. İşçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olma işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamasından kaynaklanmakta ise fesih hakkı 24/II'ye dayanır. Dolayısıyla 24/I a'nın karşı tarafın (işverenin kusuruna dayanmayan) bir fesih nedeni oluşturduğu belirtilmelidir. İşK m. 24/Ib hükmü uyarınca "işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa" bu durum işçi için bir haklı fesih nedeni oluşturur. Burada da somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bulaşıcı hastalık geçici nitelikte ise ve işveren bu süre boyunca işçiyi gözetme borcu kapsamında gerekli önlemleri alarak işçinin sağlık ve güvenliğini koruyabilmesi mümkün olmasına rağmen önlem almamış ve işçi iş sözleşmesini feshetmişse sözleşmenin feshin İşK m. 24/II kapsamında gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak işverenin işçiyi gözetme borcunun ihlalden söz edilemeyen hallerde feshin 24/Ib kapsamına dahil olduğu ve işverenin kusuruna dayanmayan bir fesih nedeninin varlığından söz edilmelidir.

İşK m. 25/I hükmünde işverenin sağlık nedenleri ile fesih hakkı düzenlenirken, 25/Ia uyarınca "işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş işgününden fazla sürmesi" bir haklı fesih nedeni oluşturur. Burada işçinin iş görme borcuna aykırılığı kusura dayanır. Esasen TBK m. 437 kapsamında borca aykırılık zararın tazminine imkan verirken, İşK m. 26/2 hükmü bu olasılıkta tazminat talep hakkını dışlamıştır. Bu yapının Borçlar Hukukunun zararın tazminine ilişkin genel esaslarından sapma niteliği taşıdığı belirtilmelidir.

İşK m.25/Ib 'de "İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuunun Sağlık Kurulunca saptanması", "(a) bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar..." hükmü de kusursuz ifa imkansızlığı niteliğindedir. Bu zararın tazminine imkan vermeyen 26/2 hükmü ile 437/1 hükmünün paralel olduğu tespit edilmektedir.

İşK m. 24/III ve 25/III değerlendirildiğinde bir tarafa atfedilemeyen, kusura dayanmayan ifa imkansızlığının düzenlendiği tespit edilmektedir. İşK m.25/IV bakımından yapılan değerlendirmede ise borca aykırılığın işçinin kusuruna

dayanabileceği gibi kusursuz da olabileceği belirtilmelidir. İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanmasında kusurunun varlığı durumunda İşK m. 26/2 uyarınca zararın tazmininin öngörülmemiş olması yine Borçlar Hukukunun tazminata ilişkin ilkelerinden sapma oluşturmaktadır.

Sonuç olarak İşK m. 24/II ve 25/II hükümlerinin sözleşmenin kusurlu ihlalini oluşturduğu ve bu noktada TBK m. 112 ve 437/1 ile paralellik arzettiği, İşK m. 25/1a'da sözleşmenin kusurlu ihlalinin düzenlendiği, 25/IV'de ise kusurlu ihlalinin bulunabileceği dikkate alınmaksızın tazminat talep hakkının tanınmadığı tespit edilmektedir.

TBK m. 437/II hükmünde haklı nedenle fesihle her iki tarafında kusurlu olduğu veya her iki tarafın da kusursuz olduğu hallerde feshin sonuçlarının hakim tarafından tayin edileceği belirtilmiştir. Kanatımızca İş Kanununda yasakoyucunun feshin sonuçlarını özel olarak düzenlemiş olması karşısında İş Kanununun kapsamına giren iş ilişkileri bakımından TBK m. 437/II hükmünün uygulanabilirliğinden söz edilmemelidir.

Feshin Hak Düşümü Süresi İçinde Yapılması

İş sözleşmesini haklı nedenle fesheden tarafın fesih nedeniyle zararın tazminini talep edebilmesi için feshin hak düşümü süresi içinde yapılması gerekir. Hak düşümü süresi geçtikten sonra yapılan fesih bir haklı fesih niteliği taşımayacağı için tazminat talep hakkı da vermeyecektir.

Tazminatın Belirlenmesi

Borçlar Hukuku çerçevesinde tazminatın kapsamını maddi ve manevi zarar oluşturur. Sözleşmenin ihlalinden doğan maddi zarar alacaklının malvarlığının iki durumu arasındaki farktan ibarettir. Bu fark, alacaklının malvarlığının halen fiili durumu ile borca aykırı davranış olmasaydı göstereceği durum arasındaki farktır. Zararın miktarı, alacaklının borcun ifasındaki menfaattir (Eren, F, 2020: 1173).

TBK M. 437 Kapsamında Talep Hakkının İçeriği

Yukarıda da belirtildiği üzere TBK m. 437'nin birinci ve ikinci fıkralarında sözleşmeyi haklı nedenle feshedenin talep hakları düzenlenirken, ilk fıkrada feshin karşı tarafın sözleşmeye kusurlu aykırılığı, ikinci fıkrada ise her iki tarafında kusurlu veya her iki tarafın da kusursuz olması dikkate alınmak suretiyle bir ayrıma gidilmiştir. Bu ayrımın hukuki sonucu ise tazminatın kapsamının belirlenmesinde kendini göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, Borçlar Hukuku kapsamında tazminatın kapsamını maddi ve manevi zarar oluşturmakla birlikte, TBK m. 437 maddi zararın giderilmesine ilişkin bir hükümdür. Manevi zarar bakımından Borçlar Hukukunun genel hükümleri uygulama alanı bulur.

TBK m. 437 /1 kapsamında zarar müsbet zararı oluşturur ve iş sözleşmesinin süresinden önce feshi ile uygun nedensellik bağı içerisinde bulunan tüm zararı içerir. Madde sözleşmenin süresinden önce feshin nedeniyle ortaya çıkan zararın tazminini düzenlediğinden, bizzat fesih nedeni olgudan kaynaklanan zararın tazmini genel hükümlere veya somut durum için öngörülen özel hükümlere tabidir. Örneğin iş sözleşmesinin işçinin işverene ait araca zarar vermesi nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle feshinde araca verilen zararın tazmini TBK m. 437/1'e değil, TBK m. 400'e dayalı olarak talep edilebilir. Yine, işçinin rekabet etmeme borcuna aykırılığı halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirirken, rekabet yasasına aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini TBK m. 446'ya dayanacaktır. İş sözleşmesinin işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almaması, psikolojik veya cinsel taciz nedeniyle sona erdirmesinde ise doğrudan bu olgular nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmininde TBK m. 417 ile TBK m. 112 uyarınca zararın tazminini talep hakkı doğacaktır. Fesih nedeni oluşturan olgunun bir haksız fiil oluşturması durumunda TBK m. 49 vd. hükümleri uygulama alanı bulur.

TBK m. 437/1'in sözleşmenin süresinden önce feshi nedeniyle uğranılan zararın giderimine yönelik olması zamansal sınırlamayı da beraberinde getirir. Bu noktada sözleşmenin karşı yan tarafından en erken sona erdirilebileceği zaman parçası dikkate alınır. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde bildirim süreleri, belirli süreli iş sözleşmesinde ise bakiye sözleşme süresi bu süreyi oluşturur.

TBK m. 437/2 haklı fesih nedeni oluşturan olguda her iki tarafın da kusurlu veya her iki tarafın da kusursuz olduğu halleri düzenlemektedir. Birinci fıkradan farklı olarak feshedenin uğradığı bütün zararın tazmini öngörülmemiştir. Düzenleme ile hakkaniyet temelinde dayalı bir tazminatın öngörüldüğü kabul edilmektedir. Hakim, şartları ve durumu değerlendirip, feshin malvarlığına ilişkin sonuçlarını kendi takdir yetkisine dayanarak belirleyecektir (Altınok Ormancı, 2011: 249). Hakim takdir yetkisini kullanırken kusur dışında iş ilişkisinin süresi, ücretin miktarı, haklı nedenin içeriği ve tarafların ekonomik durumlarını da dikkate alacaktır (Streiff/ von Kaenell/Rudolph, 2014: OR 337b, Rn. 10). Fesihte her iki taraf da kusurlu ise zarar kusur oranına göre paylaşılır. Yine her iki tarafın da kusurlu olmadığı hallerde zararın paylaşılmasına gidilir ancak fesih nedeni kendi alanında veya şahsında doğan tarafın veya sözleşmenin sona ermesinde çıkarı bulunan tarafın zarara daha büyük oranda katlanması gerektiği kabul edilir (Stahaelin, 2014: OR Art 337b, Rn. 11; Etter/Stucky, 2021: OR Art 337b, Rn. 13; Rehbindler/Stöckli, 2014: OR 337b, Rn. 5; Streiff/von Kaenell/Rudolph, 2014: Or 337b, Rn. 11). Fesihte her iki tarafın da kusurunun bulunmadığı hallerde tazminat talep hakkının gerekçesi feshin taraflardan biri açısından doğurabileceği ağır sonuçların dengelenmesidir (Altınok Ormancı, 2011: 251).

Sözleşmenin İşçi Tarafından Haklı Nedenle Feshinde TBK M. 437/1 Uyarınca Tazminatın Belirlenmesi

Sözleşmenin işçi tarafından işverenin sözleşmeye aykırılığına dayalı olarak haklı nedenle feshinde zarar miktarı işçinin sözleşmenin ifasındaki çıkarı dikkate alınarak belirlenir. Yukarıda da belirtildiği üzere ifa çıkarı belirsiz süreli iş sözleşmesinde bildirim süresi, belirli süreli iş sözleşmesinde ise bakiye sözleşme süresi ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle fesheden, sözleşme en yakın bildirim süresinin bitiminde sözleşme sona erseydi veya belirli süreli iş sözleşmesi sürenin bitimi ile sona erseydi elde içinde bulunacağı maddi duruma getirilmelidir. Bu noktada işçi, belirsiz süreli iş sözleşmesinde bildirim süresi içinde gerçekleşecek ücreti ve diğer hakları talep edebilecektir. Ancak talep konusu ihbar tazminatı değildir. Zira, ihbar tazminatı zararın varlığına bağlı olmayan götürü tazminat niteliğindedir. Bu noktada ihbar süresi içinde uğranılan uğranılan zarar talep edilebilecektir. İşçinin haklı fesih sonucu bir zarara uğramamış olması olasılığında tazminat talep hakkından söz edilemez. İsviçre hukukunda çıplak ücretin yanında kara katılma, ikramiye, bahşişlerin ve hatta işçinin mevcut yerleşim yerinde bir iş bulamaması halinde taşınma giderlerinin de tazminatın hesabında dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir (Streiff/von Kaenell/Rudolph, 2014: OR 337b, Rn. 9; Stahelin, 2014: OR 337b, Rn. 9). İşçinin yeni bir iş bulması için yaptığı masraflar haklı fesih nedeniyle uğranılan zarar olarak nitelendirilmez. Zira sözleşmenin süreli fesihle sona erdirilmesi durumunda da işçi bu masrafları yapacaktır (Stahelin, 2014: Art 337b, Rn. 9).

Belirli süreli iş sözleşmesinde ise bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarında tazminat, talep hakkının içeriğini oluşturur. Bu noktada sözleşmenin işveren tarafından haksız feshine bağlanan hukuki sonuçlar (TBK m. 438, İBK 337c) ile özdeştir (BGE 133 III 657; Rehbinder/Stöckli, 2014: OR 337b, Rn. 4). İsviçre hukukunda haksız feshin hükümlerini düzenleyen İBK m. 337c hükmünde TBK m. 438'e paralel bir düzenleme yer almakla birlikte işçinin zararı azaltma yükümü çerçevesinde sözleşmenin sona ermesinden dolayı işçinin tasarruf ettiği miktar ile başka işten kazandığı veya kazanmaktan kasten kaçındığı tutarın indirilmesine ilişkin hükmün hem belirli hem de belirsiz süreli sözleşme bakımından uygulama alanı bulması kabul edilmiştir (Rehbinder/Stöckli, 2014: OR 337b, Rn.4) . Türk Hukukunda ise yasakoyucu indirimi TBK m. 438/II'de salt belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesiyle sınırlamıştır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda işçinin belirsiz süreli sözleşmeyi haklı nedenle feshi halinde de tazminattan bu değerlerin indirilmesi gerektiği öngörülürken (Etter/Stucky, 2021: OR 337b, Rn. 14), TBK m. 437/1 uyarınca belirlenecek tazminatın hesabında indirim söz konusu olmayacaktır.

İsviçre hukukunda tartışılan bir diğer husus, İBK 337c f.3 (TBK 438/son) uyarınca sözleşmenin işveren tarafından haksız feshi için öngörülen tazminatın, işçinin iş sözleşmesini haklı feshi halinde de uygulanıp uygulanmayacağıdır. İsviçre doktrininde haksız fesih tazminatının kıyasen uygulanmasını savunan yazarlar olduğu gibi (Rehbinder, 2002: Nr. 362 S. 171; Aubert, 1999, : 89; Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, 2005:Art 337b N. 1) aksi görüş de savunulmuştur (Etter/Stucky, 2021: OR 337b, Rn. 25; Rehbinder/Stöckli, 2014: 337b Rn. 4; Streiff/von Kaenell/Rudolph, 2014: OR 337b, Rn. 5; Brühwiler, 1996, OR 337b n. 4). İsviçre Federal Mahkemesi haksız fesih tazminatının haksız fesihle kişilik haklarının zedelenmesine karşı cezai nitelikte bir yaptırım teşkil ettiğini, cezalandırıcı nitelikteki tazminatın İsviçre hukukuna yabancı olduğu ve sınırlı bir uygulama alanına sahip istisnai düzenleme olarak kabulü gerektiğini belirterek İBK m. 337b (TBK 437/1) kapsamında uygulanamayacağını kabul etmiştir. Federal Mahkeme ile aynı yönde görüş bildiren yazarlar ayrıca gerekçe olarak haksız fesih tazminatının iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın sona erdirilmesini önleme amacı taşıdığını, işçinin haklı nedenin varlığı durumunda sözleşmeyi sona erdirmeye konusunda serbestiye sahip olduğunu, kaldı ki işçinin genel hükümlere dayalı olarak manevi tazminat talep hakkının bulunması karşısında haksız fesih tazminatının uygulanmasına gerek bulunmadığını ileri sürmüşlerdir (Staehelin, 2014: OR 337b Rn. 10) .

İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshinde TBK M. 437/1 Uyarınca Tazminatın Belirlenmesi

İşveren iş sözleşmesini işçinin haklı neden ağırlığında bir sözleşmeye aykırılık nedeniyle feshederse, tazminatın belirlenmesinde işverenin sözleşmenin ifasındaki çıkarı dikkate alınır. Diğer bir ifadeyle sözleşme işçi tarafından bildirim süresine uyularak veya sözleşme süresinin bitimi ile sona ermiş olsaydı bulunacağı malvarlığı değeri ile fesih nedeniyle ortaya çıkan malvarlığı değeri arasındaki fark zararı oluşturacaktır. Bu bağlamda süresinden önce fesih nedeniyle ortaya çıkan zarar kalemleri, işçinin yerine bulunan işçi nedeniyle ortaya çıkan maliyet, kazanç kaybı örneğin cirodaki azalma, uzman işçinin bulunamaması nedeniyle kazanç getiren bir siparişin kaybı, siparişin süresinde yerine getirilememesi nedeniyle müşterilere ödenen cezai şart, diğer işçilerin bu sebeple fazla çalışmaları sonucu ortaya çıkan maliyet bu kapsamdadır. Kural olarak yeni bir işçi aramak için yapılan giderler talep edilemez. Zira işçinin süreli fesihle sözleşmeyi sona erdirdiği hallerde de işverenin bu masrafı yapacağı kabul edilir. Ancak bir olası süreli fesihte bu masrafın yapılmayacağı ispatlanabilirse yeni işçi aramak için yapılan giderler zarar kapsamında değerlendirilir (Rehbinder/Stöckli, 2014: OR 337b RN.1; Etter/Stucky, 2021: OR 337b, 10,11; Streiff/von Kaenell/Rudolph, 2014: OR 337b, Rn. 4; Staehelin, 2014: OR 337b, RN: 7; Milani, 2016:OR 337b Rn. 2). Fesih

nedeniyle işverenin tasarruf ettiği ücret vb. değerler tazminat tutarından indirilir (Atabek, 1938 : 170).

İş Kanunu M. 26/2 Kapsamında Tazminatın Belirlenmesi

İşK m. 26/2 uyarınca iş sözleşmesini feshedenin tazminat talep hakkı, feshin İşK m. 24/2 ve 25/2'ye dayanması ve altı iş günlük hak düşümü süresi içinde yapılmasına bağlanmıştır.

İş Kanununun 26/2. maddesi Kanunun gerekçesinde de yer aldığı gibi 1475 sayılı İş Kanunu m. 18'den aynen aktarılmış ancak uygulamada işlerlik kazanmamıştır. Esasen 3008 sayılı İş Kanununun 17/2 maddesinde de benzer düzenleme mevcuttur⁵. Ancak 3008 sayılı Kanun m. 17/2 hükmünde “hakimin takdir edeceği miktarda tazminat” tan söz edilmektedir ki, bu noktada TBK m. 437/2 hükmüne yaklaşan bir düzenlemeden söz edilebilir. O dönemde Atabek tarafından 818 sayılı BK m. 345 ve ve 3008 sayılı İşK m. 17'ye ilişkin olarak yapılan açıklamalarda, her iki hükmün de sözleşme hükümlerine uymayarak diğer tarafı sözleşmeyi feshe zorlamak suretiyle zarar verenin ortaya çıkan zararı ne şekilde tazmin edeceğini tespit ettiği belirtilmiştir. İşçi veya işverenin fesihden doğan zararı tazminle yükümlü tutulabilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; 1) zararın gerçekleşmesi, 2) sözleşme hükümlerine aykırılık (sağlık ve zorlayıcı sebepler dışında), 3) zararın sözleşme hükümlerine aykırılıktan kaynaklanması yani uygun illiyet bağıdır (Atabek, 1938, 170).

İş sözleşmesini “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” ne dayanarak fesheden tarafın tazminat talep hakkı kapsamında yine fesheden tarafın ifadaki yararı dikkate alınır. Belirli süreli iş sözleşmesinde ifa yararı sözleşme süresi ile sınırlı olarak değerlendirilirken, belirsiz süreli iş sözleşmesinde sözleşmenin süreli fesihle sona erdirilebileceği en yakın zaman parçası olarak bildirim süresi esas alınır.

İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından İşK M. 25/II Uyarınca Feshi

Belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından İşK m. 25/II uyarınca feshi halinde işverenin zararı bakiye sözleşme süresi içinde ortaya çıkacak zarar tutarıdır. Bu noktada TBK m. 437 kapsamında yapılan değerlendirme İşK m. 26/2 bakımından da aynen geçerlidir.

⁵ 3008 sayılı İşK m. 17 uyarınca “ On beş ve on altıncı maddeler mucibince ahlâk veya hüsnü niyet kaidelerine uymayan haller dolayısıyla işçi veya işveren için tanınmış olan akdi derhal feshetme salâhiyeti, iki taraftan her hangi birinin bu kabil hareketlerde bulunduğuna diğer tarafın utula hâsıl ettiği günden itibaren altı iş günü geçtikten sonra kullanılamaz.

İşbu hallerden dolayı işçinin yahut işverenin iş akdini yukarıki fıkranın mühleti içinde derhal feshetmesi takdirinde, haklı olan taraf ayrıca dava açarak haksız çıkan taraftan, hâkimin tayin edeceği miktarda, tazminat dahi alır.”

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından İşK m. 25/II uyarınca feshinde ise işverenin ifadaki yararı bildirim süresi ile sınırlı olup, zararın tespitinde zamansal sınır olarak bildirim süresi içinde ortaya çıkabilecek zarar kalemleri dikkate alınır. Ancak ihbar tazminatı zararın kapsamında dikkate alınmaz. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere ihbar tazminatı götürü bir tazminat olarak belirlenmiş olup zararın varlığına bağlı değildir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde zararın tespitine ilişkin esaslar konusunda da TBK m. 437 kapsamında yapılan açıklamalar geçerlidir.

İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından İşK M. 24/II Uyarınca Feshi

Belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından İşK m. 24/II uyarınca feshi halinde işçinin ifadaki yararı bakiye sözleşme süresi ile sınırlıdır. Bu noktada TBK m. 437 kapsamında da incelendiği üzere TBK m. 438'de belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshine bağlanan bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarında tazminat zararın kapsamını oluşturur. Ancak, tazminat alacaklısının zararı azaltma yükümü kapsamında TBK m. 438/2'de düzenlenen "...işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir" hükmü kıyasen uygulanır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından İşK m. 24/II uyarınca feshinde ifa yararı kural olarak bildirim süresinde ortaya çıkacak zarar ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle işveren tarafından bildirim süresine uyularak sözleşme feshedilseydi işçinin elde edebileceği yararlar dikkate alınır. Belirsiz süreli sözleşmenin işveren tarafından süreli fesihle sona erdirilmesinde bildirim süresine uyulması gerekir. Bildirim süresine uyulmamasının yaptırımını olarak İşK m. 17'de ihbar tazminatı öngörülmüştür. Bununla birlikte İşK m. 26/2 zararın tazminini öngörmektedir ki, işçi tarafından yapılan fesih nedeniyle bir tazminat talep hakkından söz edilebilmesi için yukarıda da belirtildiği üzere "zarar" ın ortaya çıkması gerekir. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere ihbar tazminatı zararın varlığına bağlı olmayan maktu bir tazminat niteliğindedir. Dolayısıyla işçi tarafından İşK m. 24/II uyarınca yapılan fesihte ifa yararı bildirim süresine ilişkin ücret ve diğer haklar olmakla birlikte ancak bu zararın gerçekleşmesi halinde bir talep hakkından söz edilebilir. Diğer bir ifadeyle talep konusu ihbar tazminatı olmayıp, ihbar önelleri içerisinde gerçekleşecek ücret ve diğer hakların tazminidir (Oğuzman, 1991: 97; Oğuzman, 1992: 8485; Ekonomi 1991: 107; Kutal, M. 1992: 96; Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca: 2021: 708vd.). İşçinin hiçbir zarara uğramadığı, örneğin derhal yeni bir iş bularak aynı veya daha fazla haklar elde ettiği hallerde tazminat talep hakkında söz edilemeyecektir.

Hukuk sistemimiz bakımından değerlendirilmesi gereken husus, iş güvencesi hükümlerine tabi işçiler bakımından zararın tazmininde iş güvencesi hükümlerinin dikkate alınıp alınmayacağıdır. İş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından

işveren tarafından iş sözleşmesinin bildirim süresine uyularak feshedilebileceği dikkate alındığında, zararın salt bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklarla sınırlı tutulması konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak İşK m. 26/2 hükmünün temelinde sözleşmeyi kendisi feshetmeyerek karşı tarafı feshe zorlamak suretiyle karşı tarafın uğradığı zararın giderilmesi düşüncesinin yer aldığı dikkate alındığında, iş güvencesine tabi işçiler bakımından salt bildirim süresi içinde gerçekleşecek zararlarla sınırlı bir tazminat talep hakkının isabetli olmayacağı belirtilmelidir. Karşılaştırmalı hukuk kapsamında yaptığımız açıklamalarda da yer aldığı üzere, işveren işçiyi feshe zorlamak suretiyle iş güvencesi hükümlerini ve bu hükümlerle işçiye sağlanan korumayı bertaraf edebilmektedir. İş hukukunun kendi koruyucu niteliği dışında, genel olarak borçlar hukukunun borca aykırılığın hukuki sonuçlarına ilişkin temel ilkeleri değerlendirildiğinde iş güvencesinin kaybının zarar kapsamında değerlendirilebileceği açıktır.

İşK m. 24/II uyarınca yapılan fesihle zarar kapsamının belirlenmesinde iş güvencesi hükümlerinin dikkate alınması gerektiği görüşüne karşı görüş olarak hukuk sistemimizde gerek süreli gerekse haklı feshin sonuçlarının belirlenmiş olduğu, iş güvencesi hükümlerinin sözleşmenin işveren tarafından süreli fesihle sona erdirilmesi haline özgülendiği ileri sürülebilir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken husus İşK m. 26/2 kapsamında iş güvencesi hükümlerinin dikkate alınmasının bir doğrudan uygulama olmayıp salt zararın belirlenmesinde bir zarar kalemi olarak hesaba katılmasıdır. Haklı fesih nedenlerinin esasen sözleşmeye devamı beklenmez kılan, aksi kararlaştırılmayan, temelini kişilik hakları ve dürüstlük kuralında bulan nedenler olduğu dikkate alındığında kusurlu olarak feshe sebebiyet veren işverenin zararı tazmini borca aykırılık veya haksız fiile dayalı bir sorumluluğun görünümü olarak belirir. İşverenin bu tip davranışları ile işçiyi feshe zorlaması ve iş güvencesi hükümlerinin bertarafı durumunda bu nedenle ortaya çıkan zararın tazmini konusunda iş kanununun sisteminin engel oluşturduğundan söz edilemez.

Karşılaştırmalı hukuk kapsamında incelediğimiz üç hukuk sisteminden İngiliz hukukunda, işverenin borca aykırılığı nedeniyle işçi tarafından yapılan fesih yasa ile açıkça işveren feshi olarak nitelendirilmiş ve işçinin işe iade dahil iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılması kabul edilmiştir. Açık yasal düzenlemenin varlığı nedeniyle İngiliz hukuku, hukuk sistemimiz bakımından örnek olarak kabul edilemeyecek olmakla birlikte, temel düşüncüyü yansıtmada noktasında önemlidir. Alman ve Fransız hukuk sistemleri ise açık yasal bir düzenlemeye dayanmamaktadır. Alman hukukunda BGB § 628/II uyarınca tazminat talep hakkı düzenlenmiş, doktrin ve yargı içtihatları ile sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçinin aynı zamanda iş güvencesi ile getirilen korumadan yararlanamaması zarar kapsamında dikkate alınmıştır. Bu hukuk sisteminde fesih yine işçi tarafından yapılan fesih olarak kabul edilmekte ancak zararın kapsamının belirlenmesinde iş güvencesi hükümleri dikkate alınmaktadır. Fransız hukuk

sisteminde ise Yargı içtihatları ile sistem şekillendirilmiştir. İşverenin ağır bir borca aykırılığı nedeniyle sözleşmenin sona erdiğinin işçi tarafından bildirildiği veya talep üzerine sözleşmenin mahkeme tarafından sona erdirildiği hallerde sona erme işverenin feshi olarak nitelendirilmektedir. Bu olasılıkta işçinin işe iade talebinde bulunamayacağı ancak zararın giderimi noktasında iş güvencesi için öngörülmuş tazminatın dikkate alınacağı kabul edilmektedir.

Alman ve Fransız hukuk sistemleri ile yapılacak karşılaştırma bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus her iki hukuk sisteminde işe iade davası sırasında işe iade yerine tazminat talep edilebilmesi olanağının Yasa ile öngörülmuş olmasıdır. Dolayısıyla bu hukuk sistemlerinde yasal sistem açıkça belirli durumlarda işe iade yerine tazminat talep hakkı tanımıştır. İşçi tarafından yapılan haklı nedenle fesih sonucu uğranılan zararın tespitinde de, esasen geçerli/haklı bir neden bulunmaksızın yapılan fesih nedeniyle işçinin açacağı davada talep edebileceği iş güvencesi tazminatı dikkate alınmaktadır. Oysa 4857 sayılı Kanun kapsamında işe iade yerine tazminat talep hakkı bulunmamaktadır. İş güvencesi tazminatı ise işçinin işe iade kararı üzerine işverene başvurması ve işverenin işe başlatmaması halinde uygulanmaktadır. Bu noktada sistemin iş güvencesi hükümlerinin dikkate alınmasını engellediğinden söz edilebilecek midir? Zira, iş güvencesi tazminatı feshin geçersizliğinin tespiti üzerine, işçinin işe başvurması ancak işveren tarafından işe iadenin gerçekleştirilmemesi durumunda uygulama alanı bulur.

İşverenin kusurlu olarak sözleşmeyi ihlali niteliğindeki 24/II'deki davranışları ile sözleşme ilişkisini beklenmez kıldığı ve bizzat sözleşmeyi kendisi feshetmek yerine işçiyi bu yolla sözleşmeyi feshe zorladığı durumlarda, işçinin işe iade davası açma hakkını ortadan kaldıran bizzat kendisidir. Türk hukukunda iş güvencesinin sonuçlarının farklı belirlenmiş olması, diğer bir ifadeyle dava sırasında taraflara işe iade yerine tazminat talep hakkının tanınmamış olması zararın giderimi talebini engellememelidir. Zararın tazmini konusunda TBK m. 50/2 uygulanmalıdır. Madde uyarınca “Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler”. Hakim zararın miktarını belirlemede İŞK m. 21’de öngörülen hukuki sonuçları dikkate alarak hüküm vermelidir. Bu noktada iş güvencesi tazminatından değil, iş güvencesinin kaybı nedeniyle bir denkleştirmeden söz edilebilecektir.

Sonuç

1. Sürekli borç ilişkisi olarak iş sözleşmesinin sona erme hallerinden birini sözleşmenin haklı nedenle feshi oluşturur. Haklı nedenle fesih hakkı karşı tarafın sözleşmeye aykırılığından kaynaklanabileceği gibi tümüyle her iki tarafa da atfedilemeyen veya bizzat fesheden tarafın riziko alanından kaynaklanan nedenlere de dayanabilir.

2. Haklı fesih nedenleri bir tarafın sözleşmeye devamını beklenmez kılan hallerdir. Bu niteliği ile bildirim sürelerine uyulması gerekmeksizin fesheden tarafa tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşme ilişkisini sona erdirme hakkı verir.

3. Karşılaştırmalı hukuk kapsamında yer verdiğimiz hukuk sistemlerinde, sözleşmenin karşı tarafın sözleşmeyi kusurlu ihlali nedeniyle sona erdirilmesi halinde fesheden tarafa tazminat talep hakkı tanındığı tespit edilmektedir. Tazminat talep hakkının özü, kendi kusurlu davranışı ile iş sözleşmesine devamı beklenmez kılan, karşı tarafı sözleşmeyi feshe zorlayan tarafın, bu sebeple ortaya çıkan zararı gidermesidir. Hatta Alman Hukukunda sözleşmenin sona erdirilme türüne bakılmaksızın ikale veya süreli feshin karşı tarafın haklı neden ağırlığında bir sözleşme ihlaline dayandığı durumlarda zararın giderimine ilişkin yasal hükmün uygulanabileceği kabul edilmektedir. Sözleşmenin gerek işçi gerekse işveren tarafından haklı nedenle feshinde tanınan zararın giderimini talep hakkı esasen temelini borçlar hukukunun genel ilkelerinde bulur. Ancak bir kısım hukuk sistemlerinde iş sözleşmesi bakımından bu konuda özel hüküm kabul edilirken bir kısım hukuk sistemlerinde ise talep hakkı özel hukuk ilkelerinin uygulanması ve uyarlanması yoluyla yargı kararları ile vücut bulmuştur.

4. Hukuk sistemimizde TBK m. 437 ve İşK m. 26/2 ile haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmiş olmakla birlikte uygulamada işlerlik kazandığından söz edilememektedir. Haklı nedenle fesheden tarafın talep hakkı temelde sözleşmenin pozitif ihlaline dayanır ve amaç fesheden tarafın sözleşmenin ifasındaki yararın sağlanmasıdır. Bu yararın tespitinde zamansal sınır olarak belirli süreli iş sözleşmesinde sürenin bitimi, belirsiz süreli iş sözleşmesinde ise bildirim süresinin sonu esas alınır. Zira, sözleşme esasen karşı tarafça bu sürenin sonunda sona erdirilebilir. Dolayısıyla bu süre zarfında gerçekleşecek zarar tazminatın kapsamını belirler. Belirtmek gerekir ki, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde talep konusu ihbar tazminatı değil, ihbar öneli içinde ortaya çıkan zarardır.

5. Zararın tazmini bakımından zamansal sınır olarak belirli süreli iş sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin bitimi, belirsiz süreli sözleşmede ise bildirim sürelerinin sonu dikkate alınmakla birlikte iş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmesinin salt bildirim süresine uyularak feshi mümkün değildir. Sözleşmenin kusurlu ihlali nedeniyle işçinin feshe zorlandığı hallerde zararın bildirim süresiyle sınırlı tutulması, işverene bu yolla iş güvencesi hükümlerini bertaraf edebilme imkanı verebilecektir. Karşılaştırmalı hukukta da işçinin uğradığı zararın belirlenmesinde iş güvencesi hükümlerinin dikkate alındığı tespit edilmektedir. İngiliz Hukukunda feshin işveren tarafından yapıldığı kabul edilerek işçinin işe iade davası açma hakkı öngörülürken, Fransız Hukukunda yine aynı esastan hareket edilmekte ancak sadece tazminat talep hakkı tanınmaktadır. Alman hukukunda ise feshin işveren tarafından yapıldığı kabul edilmekle birlikte iş güvencesi tazminatı zarar kapsamında değerlendirilmektedir.

6. İşK m. 24/II'de yer alan haklı fesih nedenlerinin kullanımında işçinin işveren tarafından sözleşmeyi feshetmeye zorlanması söz konusu olup 26/2 kapsamındaki tazminat talep hakkının kapsamında iş güvencesi tazminatının kaybı dikkate alınmalıdır. Bu noktada TBK m. 50/2 uygulama alanı bularak hakim somut olaya göre tazminatın miktarını belirleyebilecektir.

Extended Summary

The Right of the Party Terminating the Contract of Employment with Just Cause to Claim Compensation

Termination with a just cause constitutes one form of the termination of the contract of employment as a continuous liability relation. It is regulated in the Article 435 of Turkish Code of Obligations and the Articles 24 and 25 of Labour Act. In cases where the continuation of the contract cannot be expected by one party to the fixed-term or permanent contract of employment, it is possible to terminate the contract with just cause. The right to terminate with just cause has been included in Turkish Code of Obligations in a general statement. The judge exercises discretion in each dispute to determine if there is a just cause. As for the Labour Act No.4857, the legislator diverging from comparative law and Turkish Code of Obligations, has preferred a casuistic regulation by categorising just causes into specific headings.

In the Article 437 (1) of Turkish Code of Obligations, the right of the party terminating the contract of employment to claim compensation due to the non-compliance of the other party with the contract is regulated. The paragraph regulates the culpable breach of the contract and total compensation of the loss is prescribed. In the Article 437 (2) of Turkish Code of Obligations, the cases where the termination with just cause is not based on the culpability of the other party or the cases where both parties are culpable are regulated. Under the Article, the judge evaluates the pecuniary consequences of the termination with just cause, considering all the circumstances and conditions. Since there is no special provision in the Maritime Labour Act and Press Labour Act regarding the issue, the Article 437 of Turkish Code of Obligations applies in terms of both Acts.

The employee or employer terminating the contract of employment with just cause has the right to claim compensation under the Article 26 (2) of Labour Act. In accordance with the provision, it is required to terminate the contract based on the causes regulated in the Article 24 (2) and 25 (2) of Labour Act to claim compensation. The other condition is that the notice of termination is made within the time limit.

In comparative legal systems, it is also observed that the right to claim compensation is conferred on the party who terminates the contract of

employment due to the non-compliance of the other party with the contract. In fact, these regulations are the appearance of the principles of general law of damages in labour law. Temporal limitation regarding the right to claim compensation is the ending of the date agreed in the fixed-term contract of employment. In other words, the benefits that the party terminating the contract with just cause would have gained if the contract ordinarily expired at the end of its term are considered. As for the permanent contract of employment, the period of notice constitutes the temporal limitation. The benefits which can be gained in case of the termination of the contract with notice are considered in the determination of the compensation.

In comparative law, it is determined that the right of the party terminating the contract of employment with just cause to claim compensation is adopted by law or precedent. In English law, if the employee terminates the contract of employment due to the non-compliance of the employer with the contract, the contract is deemed to be terminated by the employer in accordance with the Article 95 (1) (c) of Employment Rights Act. However, the employer's breach of the contract is required to be substantial for the validity of this assumption. The evaluation is based on an objective point of view. In this case named "constructive dismissal", it is of no importance whether the employee terminates the contract with notice or just cause. The employee within the scope of the job security can sue with the claim of unjust termination, where the contract of employment is deemed to have been terminated by the employer. The employer must prove that the termination is based on a reasonable cause and proportionate. If it is determined by the court that the termination is unjustified, the continuation of the contract of employment or the re-employment of the employee is ruled in accordance with the demand of the employee.

In French law, when the employee is compelled to terminate the contract due to the employer's culpable breach of the contract, the employee has recourse to two ways. In the first case, the employee makes a notice of termination. The second option for the employee is to claim the termination of the contract from the court. In both cases, the legal consequences regarding the employer's termination of the contract of employment without a real or significant cause apply. In this case, the employee is entitled to the severance pay or the contractual compensation amount as well as the notice pay. If the employee is within the scope of the job security, the employee cannot file a re-employment lawsuit. However, the employee can claim job security compensation instead of re-employment in case of the employer's termination of the employment contract without a real and significant cause.

In German law, if the termination of the contract of employment with just cause is caused by the non-compliance of the other party with the contract, the other party must compensate for the damage caused by the termination of the contract under BGB § 628 (2). The German Federal Labour Court considers the termination of the contract based on the non-compliance of the other party with the contract to be adequate for the compensation. It is possible to claim compensation, in cases of the termination of the contract with mutual rescission agreement or notice. As in French law, it is also accepted in German law that the employee can claim the job security compensation if the employee is within the scope of the job security.

To conclude, regarding the employee's termination of employment contract with a just cause in Turkish law, the job security provisions should be considered in relation to the compensation of the loss suffered by the employee, who is compelled to terminate the contract as in comparative law.

Beyan

Araştırmacıların Katkı Oranı Beyanı: Araştırmacıların katkı oranı beyanı bulunmamaktadır.

Destek ve Teşekkür Beyanı: Dr. Olgü Özdemir'e Fransız hukuku konusunda yardımları nedeniyle teşekkür ederim.

Çıkar Çatışması Beyanı: Çıkar çatışması beyanı bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA:

- Altınok Ormancı, P. (2011) Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul
- Alpagut, G. (2006) “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Sicil Dergisi
- Amschler, S. (2014) “Fiktion einer Arbeitgeberkündigung (“constructive dismissal”) im Englischen Arbeitsrecht”, EuZA
- Ascheid/Preis/Schmidt (2021) Kündigungsrecht, 6. Auflage
- Atabek, (1938) İş Akdinin Feshi, İstanbul
- Aubert (1999) Jurisprudence sur la résiliation du contrat de travail, in Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, p. 89
- Auzero / Baugard / Dockès, (2019) Droit du travail, 32e éd., Paris, Dalloz.
- Bucher, E. (1993) Berner Kommentar, Band I, 2. Abteilung, 2. Teilband, Bern 1993
- Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, (2005) Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht
- Çelik N./Caniklioğlu N./Canbolat T./Özkaraca E İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, İstanbul 2021
- Ekonomi, M. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1991, (Genel Görüşme)
- Emmel, F. (2016) Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG
- Eren, F. (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara
- Etter/Stucky, (2021) Staempflis Handkommentar, Arbeitsvertrag, OR 337, Staempfli Verlag AG
- Favanec-Héry / Verkindt, (2016) Droit du travail, 5e édition, Paris:Dalloz
- Flores, P. (2014) “Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat de travail: les nouveaux atours de la jurisprudence”, Revue de droit du travail, 2014, s. 447.
- Gaier, (2019) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage
- Gauch, P. (1968) System der Beendigung von Dauervertraegen, Freiburg
- Géa, F. (2019) “Prise d'acte de la rupture”, Répertoire de droit du travail
- Göktaş, S. (2020) Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2020
- Hau/Poseck-Plum (2021) BeckOK BGB, 59.Aufl. 2021
- Henssler, M. (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage
- Honeyball, S. (2014) Honeyball & Bowers' Textbook on Employment Law, 14 th Edition, Oxford
- Kutal, M. “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994
- Milani, D. (2016) Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG
- Mollamahmutoğlu H./Astarlı M./Baysal U., İş Hukuku, 4. Bası, Ankara 2011

- Müller/Glöge, (2022) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 22. Auflage
Niemann, (2022) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,
Neufeld, “Constructive dismissal im englischen Recht-ausserordentliche
Arbeitnehmerkündigung, nicht Aenderungskündigung”, (2005) NZA
Oğuzman, M.K. Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin
Feshi, İstanbul 1955
Oğuzman, M.K. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1991,
(Genel Görüşme)
Oğuzman, M.K. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992,
(Genel Görüşme)
Rehbinder, (2002) Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern
Rehbinder/Stöckli, (2014) Berner Kommentar, Staempfli Verlag AG
Savaş, F.B. (2012) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul
2012
Schreiber, C.-Schulze, (2021) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Auflage
Seliçi, Ö. (1976) Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç
İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul
Stahelin, A. (2014) Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zürcher
Kommentar, Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Schulthess
Juristische Medien AG
Streiff/von Kaenell/Rudolph, (2014), Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-
362 OR
Teyssié / Cesaro / Martinon, (2014) Droit du travail, Relations individuelles, 3e éd.,
Paris

