

Nağme N. HOZAR, LL.M.\*

MESS Müşavir Avukatı

## Alman Hukukunda Şüphe Feshi

### FEDERAL ALMAN İŞ MAHKEMESİ<sup>1</sup>

**Esas No** : 2 AZR 961/06  
**Tarihi** : 13.03.2008

Federal Alman İş Mahkemesi'nin içtihatlarına göre; sadece kesinleşmiş suçlar değil aynı zamanda ağır suç unsuru oluşturabilecek fiillerin veya diğer ağır görev ihlallerinin şüphesi de haklı feshin için önemli bir nedeni oluşturabilir.

İşveren, çalışanın iş sözleşmesini feshetmeden önce yönelttiği şüphe konusunda ifadesini almalıdır. İfade alınırken çalışana savunma yapabileceği şekilde bilgi vermelidir.

Çalışanın, işverenin suç şüphesine sahip olduğunu bilmesi halinde, işveren, çalışanın tahkikat dosyasını görmesini beklemeden ifadesini alabilir.

Federal Alman İş Mahkemesi'nde görülen davada işveren, çalışanın iş sözleşmesini çalışma arkadaşlarının araç lastiklerini 11 olayda kesmiş olabileceği şüphesine dayanarak feshetmiştir.

Şikayet üzerine polis, kamera kayıt sistemi ile kontrol gerçekleştirmiştir. Diğer çalışanlar olay hakkında ihtiyatla bilgi vermişlerdir. Kayıtları in-

celeyen çalışanlar, şüpheli kişiyi video görüntülerinde tanıdıklarını ileri sürmüşlerdir. Suç isnat edilen çalışan, konu hakkında herhangi bir açıklama yapmak istememiştir. Federal Alman İş Mahkemesi hakimleri bu şartlar altında yapılan feshin yerinde olduğuna karar vermiştir. Ancak çalışan, olay ile ilgili olarak hakkında açılmış ceza davasında mahkeme tarafından delil yetersizliğinden dolayı cezaya çarptırılmamıştır.

### FEDERAL ALMAN İŞ MAHKEMESİ<sup>2</sup>

**Esas No** : 2 AZR 355/94  
**Tarihi** : 26.1.1995

İşçi ile yapılan hizmet akdinde, gelecekte bu işçinin, işyerine karşı rekabet doğuracak bir faaliyette bulunmasını yasaklayan bir hükme yer verilmediği takdirde, işçi, çalışmakta olduğu işyeriyle gelecekte rekabet doğuracak faaliyetler için hazırlık çalışmaları yapabilir. İşçinin hizmet akdi sırf bu sebebe dayanılarak feshedilemez. İşçi, gelecekte faaliyet göstermek istediği işe yönelik bir mekan kiralayabilir veya rakip işyeriyle iş sözleşmeleri imzalayabilir.

Buna karşılık; işçinin müşterileri ve diğer çalışanları kendi işine çekmek, rakip işyerinde ek işte çalışmak ve işyerinin sırlarını ortaya çıkartmak gibi konularda şüphe uyandıracak davranışları, hizmet akdinin davranıştan kaynaklanan

feshi için geçerli nedenlerdir. Çalıştığı işyeriyle iş ilişkisini kesmek isteyen işçi dahi, hizmet akdinin sonlandırılacağı ana kadar, işverene zarar verecek her türlü davranıştan uzak durmak zorundadır.

## I. Kararlara Konu Olan Olaylar:

Federal Alman İş Mahkemesi'nin 13.03.2008 tarihli kararına konu olan olayda; çalışanın, çalışma arkadaşlarının araba lastiklerini 11 kez kesmiş olduğu şüphesi üzerine polis, kamera kayıt sistemi ile işyeri otoparkında kontrol gerçekleştirmiştir. Video kayıtlarını inceleyen çalışanlar, kayıtlarda görünen şüpheli kişinin işyerinde çalışan mesai arkadaşları olduğunu ileri sürmüşlerdir. Söz konusu çalışan, şüpheler üzerine kendisine isnat edilen bu suça ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır. Bunun üzerine işveren, çalışanın iş sözleşmesini feshetmiştir. Ancak olayla ilgili olarak açılan ceza davasında söz konusu çalışan delil yetersizliğinden ötürü bir cezaya çarptırılmamıştır. Federal Alman İş Mahkemesi'ne göre; sadece kesinleşmiş suçlar değil aynı zamanda ağır suç unsuru oluşturabilecek fiillerin veya diğer ağır görev ihlallerinin şüphesi de haklı fesih için önemli bir nedeni oluşturabilir.

Federal Alman İş Mahkemesi'nin 26.1.1995 tarihli kararına konu olan olayda ise; işçinin müşterileri ve diğer çalışanları kendi işine çekmek, rakip işyerinde ek işte çalışmak ve işyerinin sırlarını ortaya çıkartmak gibi konularda şüphe uyandıracak davranışları vuku bulmuştur. Federal Alman İş Mahkemesi'ne göre; işveren ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin herhangi bir hüküm olmadığından işçi, çalışmakta olduğu işyeriyle gelecekte rekabet doğuracak faaliyetler için hazırlık çalışmaları yapabilir. Örneğin, işçi, gelecekte faaliyet göstermek istediği işe yönelik bir mekan kiralayabilir veya rakip işyeriyle iş sözleşmeleri imzalayabilir. Ne var ki işçinin, işverene karşı her türlü zarar verici hareketten uzak durması, kısacası iş sözleşmesinin devamı süresince sadakat borcuna riayet etmesi gerektiğinden, işçinin müşterileri ve diğer çalışanları kendi işine çekmek, rakip işyerinde ek işte çalışmak ve işyerinin sırlarını ortaya çıkartmak gibi şüphe uyandıra-

cak davranışları, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi sonucunu doğuracaktır.

## II. Yargıtay Tarafından Konuya İlişkin Verilen Kararlar:

Şüphe feshi, Türk hukukunda olmayan bir kavram olmakla birlikte Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2007 tarih, 2007/16878 Esas ve 2007/30923 Karar sayılı Kararı<sup>3</sup> ile birlikte Türk hukukuna kazandırılmıştır.

Yargıtay kararına konu olan olayda; davacı işçi hakkında 1985 yılında ... örgütüne yardımcı olmak ve yataklık yapmak suçlarından soruşturma açılmıştır. Söz konusu işçi hakkında daha sonra bu suçlara ilişkin olarak takipsizlik kararı verilmiştir. Fakat işçi, sonra yasadışı ... örgütü üyesi olmak suçundan 1994 tarihinde tutuklanarak hakkında kamu davası açılmış ve Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 1995 tarihli kararı ile 3 yıl 9 ay ağırlaştırılmış hapis cezası ile cezalandırılmış, 3 yıl süre ile de kamu hizmetlerinden yasaklanmıştır. İşverenin Güneydoğu Anadolu Bölgesinde demiryolu ulaşımına ilişkin işyerinin bulunması ve son dönemde özellikle Güneydoğu Anadolu Bölgesinde terör olaylarının artması ve hedefler arasında demiryolu ulaşımının bulunmasından ötürü, işveren, söz konusu işçi hakkında arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması yapmak istemiştir. Yapılan bu araştırmalar neticesinde ise işveren, davacının geçmişten gelen sabıkası ve yasadışı örgütle bağlantısı nedeniyle güvenlik önlemi olarak işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir. İlk derece mahkemesi, işçinin geçmişte sabıkasının bulunmasının doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak kabul edilemeyeceği, bu güne kadar belirtilen nedenlerle sözleşmenin feshedilmediği, uzun süre sonra sözleşmenin feshinin de iyiniyet ve hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesiyle davayı kabul etmiştir.

Yargıtay'ın olayda vardığı sonuç şöyledir:

"... Bu fesih, Alman Hukukunda ve Alman Fe-

deral Mahkemelerinde şüphe feshi olarak adlandırılmaktadır. Böyle bir fesihte, işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır. İşverenden katlanması beklenmeyecek bir şüpheden dolayı, işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebeptir. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi işçinin yeterliliğine ilişkin bir fesih türü olarak gündeme gelecektir. Davacının geçmişte yasadışı örgüt üyesi olması, davacının görev yaptığı bölgede terör olaylarının artması ve demiryolu ulaşımının da hedefte bulunması, davalı işveren açısından iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsıldığı, elverişli objektif olay ve vakıalara dayanan güçlü bir şüphenin bulunduğu anlamına gelmektedir. Davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenle yapıldığı kabul edilmelidir...”

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından şüphe feshine ilişkin verilen bir diğer karar ise 28.04.2008 tarih, 2007/31288 Esas ve 2008/10450 sayılı Karar’dır. Olayda, .... isimli bir kredi müşterisi tarafından şube yönetimine, davacının kendisinden kredi parası adı altında 40 YTL aldığına ilişkin bir şikayet dilekçesi verilmesi üzerine müfettiş incelemesi başlatılmış, inceleme sırasında davacının isnadı yalanlamasına rağmen başka müşterilerden de aynı şekilde para aldığı, başka bir müşteri tarafından da kendisinden 30 YTL aldığına dair benzer bir dilekçe verildiği, şubede çalışan görevlilerin bir gün yurkarda bahsi geçen şahsın, davacının olmadığı sırada şubeye gelerek bu parayı davacıya ulaştırmaya çalışması üzerine, durumu yönetime yansıtıkları, davacının kredi kullanıcısı müşterilerden yetkisi olmamasına rağmen elden para aldığına belirlendiği anlaşılmış, .... isimli kişi daha sonra şikayetinden vazgeçmiş, duruşmada bu kişi ve diğer davacı tanığı olarak dinlenen müşteriler, davacının usulsüz işlemi olmadığını, yanlış anlama bulunduğunu ifade etmişlerdir. Şube çalışanı üç memur ise ilgilinin davacıyı arayarak para vermeye çalıştığı hususunu doğrulamıştır. Yargıtay’a göre; iş ilişkisinde işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmış, işveren-

den katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluk ortadan kalkmış ve söz konusu şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebep olarak ortaya çıkmıştır. Somut olayda, işveren tarafında ortaya çıkan, davacının kredi müşterilerinden yetkisi olmamasına rağmen kredi parası adı altında bir miktarın alındığı kuşkusu ve şikayet dilekçeleri, işyerinde çalışan diğer çalışanların beyanları ile doğmuş, işveren, davacı işçinin savunmasını almış ve durumu açıklığa kavuşturmak üzere müfettiş incelemesi yapılmıştır. Söz konusu olayda, yerel mahkemece, davacının işverenin güvenini kötüye kullanmak suretiyle menfaat temin ettiği yönünde ve işverenin meslek sırlarını ortaya koyarak doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar sergilediğine ilişkin davalıyı haklı kılacak bir bulgu elde edilemediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak Yargıtay, bankanın güven kurumu olma niteliğinden ötürü, ilgili teftiş raporunda belirlendiği üzere davacı işçinin davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açmış olduğu, bu durumun haklı fesih nedeni olmamakla beraber geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilerek, davanın reddine karar verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

### III. Kararların İncelenmesi:

Her iki Federal Alman Mahkeme Kararına konu olan olayda, işveren, işçinin iş sözleşmesini duyduğu “şüphe” üzerine feshetmiştir.

Alman hukukunda şüphe feshine itiraz edenlerin en önemli dayanakları Anayasa’daki suçsuzluk karinesidir. Bu görüştekilere göre; hiç kimse suçlu olduğu ispatlanmadan cezalandırılmaz.<sup>4</sup>

Alman hukukunda işveren tarafından yapılan şüphe feshine itiraz edenlere karşı; işçinin cezayı gerektirir bir davranışından şüphe duyulmasının işçinin temel haklarını ihlal etmediği, feshin geçerliliği veya haklılığında iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsılması ve zedelenmesinin büyük rol oynadığı keyfiyeti göz önüne alınacak olursa, aynı güven zedelenmesi ve sarsılmasının işverenin işçisi hakkında kendisi aleyhine cezalandırılmayı gerektiren eylemlerde bulunduğu hususunda önemli şüpheler duyması halinde de söz konusu olduğu ileri sürülmektedir.<sup>5</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması”

başlıklı 15. maddesinin ikinci fıkrasında, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı 38. maddesinin dördüncü fıkrasında da suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılamayacağı düzenlenmektedir. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)'nin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesinin ikinci fıkrası da "Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır." hükmünü içermektedir.

Suçsuzluk karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren müeyyidelerin uygulanabilmesi kesin hükümle mahkum olmasına bağlıdır. Bir kişinin mahkum edilebilmesi için ise akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan her türlü şüphenin bertaraf edilmesi şarttır. Suçsuzluk karinesinden yola çıkarak ulaşılabilecek bir sonuç da suç isnadına hedef olan kişilere kendilerini savunma hakkının verilmesi zorunluluğudur.<sup>6</sup>

Kanaatimizce, şüphe feshi, suçsuzluk karinesiyle ters düşen bir husus değildir çünkü işçinin işlediği fiilin ceza hukuku bakımından bir suç teşkil etmesi başka, söz konusu fiilin ağır görev ihlali oluşturarak işverenin güveninin sarsılması başka bir şeydir.<sup>7</sup> Günümüzde, iş hukuku anlayışına göre; işçi ile işveren arasında borçlar hukukuna dayalı borç ilişkisinden öteye daha sıkı, daha yakın bir kişisel ilişkinin var olduğu kabul edilmektedir. Sadakat borcu da bu yakın ve samimi ilişkinin bir gereği olarak ortaya çıkar. Gerçekten de işçinin sadakat borcu, bir yönüyle işçiyi işverenin menfaatleri doğrultusunda bazı olumlu davranışlarda bulunma yükümlülüğü altına sokmakla birlikte, diğer yönü, işçinin işveren ve işyerine zarar verebilecek her çeşit davranıştan kaçınmasını emretmektedir.<sup>8</sup> Doğruluk ve bağlılığa uymayan her eylemin ayrıca suç olması gerekmez de bu husus, eğer işveren açısından işçinin iş sözleşmesinin devamını katlanılmaz kılıyorsa fesih sebebidir.

### 1) Şüphe feshinin geçerli olabilmesi için gerekli şartlar:

Şüphe feshi, özellikle işçinin işlediğinden şüphe duyulan suçlar açısından kullanılıp, suçsuzluk

karinesine aykırılık teşkil ettiğinden Alman yargısı tarafından son derece katı bir biçimde uygulanan geçerlilik şartlarına tabi kılınmıştır.<sup>9</sup>

#### a) Ortada güçlü bir şüphenin bulunması:

İşveren tarafından şüphe feshinin gerçekleştirilebilmesi için her türlü şüphe yeterli değildir. Ortada güçlü bir şüphe olması gereklidir.<sup>10</sup> Şüphe, objektif olaylara dayanmalıdır. Vakıalara ilişkin işverenin düşünceleri, subjektif görüşü önemli değildir.<sup>11</sup>

Şüphe, iş sözleşmesi açısından önemli olan bir cezayı gerektiren fiile veya sözleşmenin ağır ihlali anlamına gelebilecek bir davranışa ilişkin olmalıdır.<sup>12</sup> Şunu söylemek gerekir ki, işveren tarafından duyulan basit bir şüphe feshin gerçekleşmesi için yeterli olmayacaktır. Şüphe edilen husus, işverenin işçiye karşı duyduğu güveni sarsacak ve bunun sonucunda iş ilişkisinin devamını engelleyecek nitelikte olmalıdır.

İşçinin delil yokluğundan dolayı beraatine hükmedilmesi işverenin geçerli bir şekilde sözleşmeyi feshetmesine engel teşkil etmeyecektir. Aynı şekilde savcının takipsizlik kararı vermesi de şüphe feshinin geçerliliğini engellemeyecektir çünkü işçinin işlediği fiilin ceza hukuku bakımından bir suç teşkil etmesi başka bir şey, söz konusu fiilin işverenin güvenini sarsarak iş sözleşmesinin devamını imkansız kılması başka bir şeydir.<sup>13</sup>

İşveren, karşılaştığı olaya önyargı ile başlamamalı, duyduğu şüpheyi güçlendirecek yeterli delili toplamalıdır. İşverenin, somut olayın aydınlatılması için kendisinden beklenebilecek çabaları göstermesine rağmen işçinin cezayı gerektiren bir eylemi işlemesinin veya yükümlülüklerini ihlal etmesi ihtimalinin çok büyük olması halinde şüphe önemli olarak kabul edilecektir.<sup>14</sup>

Nitekim Federal Alman İş Mahkemesi'nin 13.03.2008 tarihli kararında çalışan, olay ile ilgili olarak delil yetersizliğinden dolayı cezaya çarptırılmamıştır. Ne var ki yukarıda da belirtildiği üzere, şüphe feshinin yapılabilmesi için söz konusu olayın ceza hukuku bakımından cezayı gerektiren bir fiil olması gerekmez. Olayda; işyerinde çalışanlar, tespit edilen kamera kayıtlarında, arabaların lastiklerini kesen kişiyi işyerindeki bir çalışana benzetmişlerdir. Kamera kayıtlarından yola çıkarak çalışanların, söz konusu olay ile ilgili olarak aynı kişi-



yi işaret etmesi, ortada güçlü bir şüphenin var olduğunun kanıtıdır. Eğer ki işveren kamera kayıtları olmadan sadece işyerinde çalışanların sözleriyle hareket ederek feshi gerçekleştirmiş olsaydı, bu durumda ortada güçlü bir şüphe olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktı. Ancak kamera kayıtları, işveren tarafından duyulan şüpheyi güçlendirmek için yeterli delil teşkil etmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2007 tarihli Kararında da, işçi hakkında, ... örgütüne yardımcı olmak ve yataklık suçlarından yapılan bir soruşturma sonrası verilmiş takipsizlik kararı, daha sonra yasadışı ... örgütü üyesi olmak suçundan Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin tarafından verilmiş ağırlaştırılmış hapis cezası ile 3 yıl süre ile kamu hizmetlerinden yasaklanma cezaları bulunmaktadır. Her ne kadar işveren, burada geleceğe yönelik olarak bir güvenlik tedbiri mahiyetinde işçinin iş sözleşmesini feshediyorsa da işverenin işinin bulunduğu yer ve son dönemde yaşanan olaylar neticesinde güveninin ciddi bir şekilde sarsıldığını söylemek mümkündür. Görüldüğü üzere, bu olayda da işverenin ileriye yönelik duyduğu şüphe, aksi ispat edilemeyecek güçlü dayanaklarla (savcılık tutanakları, DGM Kararı gibi) desteklenmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.04.2008 tarihli Kararı'nda da, kredi müşterilerinden yetkisi olmasına rağmen kredi parası adı altında bir miktarın alındığı kuşkusunu, şikayet dilekçesi, çalışanların beyanları ve diğer bir müşterinin de ... müşterisi gibi para verdiğini beyan etmesi neticesinde bankanın bir güven kurumu olma özelliğinden ötürü artık işverenden işçisine karşı duyduğu şüphe ile iş ilişkisini devam ettirmesi beklenmeyeceğinden iş sözleşmesinin şüphe nedeniyle feshi yoluna gidilmiştir.

Ne var ki; Federal Alman İş Mahkemesi'nin 26.1.1995 tarihli karar özetinden; işçinin müşterileri ve diğer çalışanları kendi işine çekmek, rakip işyerinde ek işte çalışmak ve işyerinin sırlarını ortaya çıkartmak gibi konularda şüphe uyandıracak davranışlarının işverence nasıl tespit edildiği ve bu konuda kendisinden savunma istenip istenmediği anlaşılamamaktadır.

### **b) İşçinin dinlenmesi:**

İşveren şüphe duyduğu olayın aydınlatılması için kendisinden beklenebilecek bütün çabaları

göstermelidir. Bu nedenledir ki, olayla ilgili olarak işçiyi dinlemeli ve savunmasını almalıdır. İşçinin dinlenmesi, şüphe feshinin geçerliliği için şekil şartıdır.<sup>15</sup> İşçinin dinlenmesi ve konuyla ilgili kendisine savunma hakkı verilmesi işçinin, şüphe sebeplerini bertaraf edebilecek veya çürütebilecek bazı tezler ileri sürebilmesi içindir. İşçinin savunmasının alınmasına ilişkin bir şekil şartı yoktur. Ancak savunması alınırken, işçiye şüphenin dayandığı bütün sebepler hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi, işçi bütün şüphe sebepleri hakkında kendi görüşlerini açıklayabilmelidir.<sup>16</sup> Savunma süreci ve içeriği, detaylı bir şekilde protokole bağlanmalıdır.<sup>17</sup>

Örneğin Federal Alman İş Mahkemesi'nin 13.03.2008 tarihli kararında işveren, kamera kayıtlarında tespit edilen işçiden isnat edilen suç ile ilgili savunmasını almak istemiş, ancak çalışan konu hakkında herhangi bir açıklama yapmak istemiştir. İşveren, somut olayda şüphe feshinin geçerliliği için gerekli olan çabayı göstermiş, kamera kayıt sistemi ile kontrol gerçekleştirmiş, tespit edilen görüntülerle ilgili olarak çalışanların ifadelerine başvurmuş ve son olarak da "işçiye kendisini savunma hakkı verilmesi" şartını yerine getirmiştir.

Ne var ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2007 tarihli kararına konu olan olayda olduğu gibi işçinin emri altında çalıştığı işverenine karşı iş sözleşmesini ihlal edici bir hareketi olmamakla birlikte geçmişte karıştığı olaylar ve sabıkası yüzünden içinde bulunduğu şartlar nedeniyle işverenin güveni sarsılmışsa işçiden gene de savunma almak gerekli midir? Kanaatimizce Yargıtay'ın kararına konu olan olayda, işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur. Zira, fesih sebebi, savcılık tutanakları ve DGM Kararı'na dayanıyor olup söz konusu belgelerin aksinin ispatı mümkün olmayacaktır. Bu durumda da güvenlik mahiyetinde ileriye dönük gerçekleştirilen bir fesihle işçiden savunma almak somut durumu değiştirmeyecektir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.04.2008 tarihli Kararı'nda da, işverence müfettiş incelemesi başlatılmış, şube çalışanlarının ve kredi kullanıcı müşterilerinin ifadelerine başvurulmuş ve davacı işçiye kendisini savunması için imkan tanınmıştır. Burada da, söz konusu olayın aydınlatılması için işveren tarafından tüm çabaların sarf edildiği görülmektedir.

## 2) Şüpheli feshi: Yeterlilikten mi yoksa davranıştan kaynaklanan bir fesih mi?

Alman doktrininde ortaya çıkış itibarıyla şüpheli feshi, §626 BGB kapsamında bildirimsiz fesih olarak değerlendirilmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi'nin şüpheli feshine ilişkin içtihadının önemli bir bölümü haklı neden oluşturan olaylardan ibarettir.<sup>18</sup> Ancak haklı nedenin bulunduğu her halde işverenin bildirim sürelerine uyararak da sözleşmeyi feshedebileceği esastan hareketle şüpheli feshinin haklı nedenle, derhal veya bildirimli fesih biçiminde gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir.<sup>19</sup> Bildirimli fesih gerçekleştirilecekse, şüphelinin, işçinin davranışlarından kaynaklanan bir fesih mi yoksa kişiliğine bağlı bir fesih türü olarak mı değerlendirileceği hususunda Alman hukukunda da tartışmalar devam etmektedir. Ne var ki, şüphelinin geçerli neden kabul edilerek sözleşmenin bildirimli fesihle sona erdirilmesi için gerekli koşullar, haklı nedenle fesih için gerekli olanlardan daha hafif değildir. Haklı nedenle şüpheli feshi için gerekli tüm koşullar bildirimli fesih yapmak için de geçerli olacaktır. Alman hukukunda şüpheli sözleşmeye devamı katlanılamaz hale getirdiğinden haklı nedenle bildirimsiz fesih yapılacakken, sözleşmeye devam bildirim süreleri dolduktan sonra beklenilemez hale gelmişse sözleşme geçerli nedenle bildirim sürelerine uyularak sona erdirilecektir.<sup>20</sup>

Alman hukukunda hakim olan görüşe göre şüpheli feshi her ne kadar işçinin yeterliliğine ilişkin bir fesih sebebiyse<sup>21</sup> de kanaatimizce bunun kimi zaman işçinin davranışlarından kaynaklanan bir fesih sebebi kimi zaman ise işçinin yeterliliğinden kaynaklanan bir fesih sebebi olarak düşünmek daha yerinde olacaktır. Zira, işçinin yeterliliğinden kaynaklanan sebepler, işçinin kişiliği ile ilgili olan sebeplerdir. Davranıştan kaynaklanan fesih ise işçinin hatalı davranışlarının bir sonucudur.

Ancak işçinin davranışlarından kaynaklanan şüpheli, iş sözleşmesinin ağır bir şekilde ihlaline sebebiyet veriyorsa (Federal Alman Mahkemesinin 13.03.2008 ve 26.1.1995 tarihli kararlarında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar mevcuttur), o takdirde iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi de mümkün olmalıdır ki zaten 13.03.2008 tarihli Federal Alman Mahkeme Kararı'nda işçinin iş sözleşme-

si haklı nedenle feshedilmiştir. Ne var ki Federal Alman Mahkemesi'nin 26.1.1995 tarihli Kararı'nda iş sözleşmesinin davranıştan kaynaklanan sebeplerden ötürü feshedildiği belirtilmektedir. Söz konusu bu kararda, haklı neden varken neden iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshine gidildiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Alman hukukunda şüphelinin bildirimli feshi konu olması, özellikle haklı nedenle fesih için gerekli hak düşümü süresinin kaçırılması veya taraflar arasındaki güven ilişkisinin çökmesine rağmen taraflardan en azından ihbar sürelerinin sonuna kadar iş ilişkisini sürdürmelerinin beklenebildiği hallerde söz konusu olmaktadır.<sup>22</sup>

Ne var ki; Yargıtay tarafından şüpheli feshine yönelik 22.10.2007 tarihinde verilen karara konu olayda ise; işçi, işverenin emri altındayken işverene karşı sözleşmenin ihlaline sebebiyet verecek herhangi bir davranış sergilememişse de geçmişte karıştığı olaylar ve sabıkası, işverenin içinde bulunduğu şartlar ile birlikte düşünüldüğünde işverenin açısından iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsılması sonucunu doğurmuş ve söz konusu bu durum da işçinin iş sözleşmesinin yeterliliğine ilişkin bir geçerli sebep olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar işçinin geçmişteki davranışları ve aldığı cezalar yüzünden işverenin güveni sarsılmışsa da, buradaki fesih sebebini davranıştan kaynaklanan bir fesih sebebi olarak görmek doğru olmaz çünkü olayda işverenin güveninin sarsılmasına neden olan olay işçinin geçmişte karıştığı olayların ve mevcut sabıkasının, hali hazırdaki görünümünü ifası için yeterli olmayışıdır.

## IV. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER:

Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2007 tarih, 2007/16878 Esas ve 2007/30923 Karar sayılı Kararı'na ilişkin yapmış olduğu incelemede; "Alman hukukunun son yıllarda çok tartışılan konularından birini oluşturan şüpheli feshi, özünde işverene olası tehlikelere karşı kendini ve işletmesini koruyabilmesi amacıyla tanıyan bir fesih biçimidir. Ancak yapısı itibarıyla işçinin menfaatlerini ciddi biçimde tehlikeye sokmaktadır. Bir yanda işverenin objektif olaylara dayalı güçlü şüphesi, diğer yandan şüpheli feshi alışık olunmayan bir biçimde işçinin özel alanına müdahale biçimini alarak, onur kırıcı bir karakter kazan-

maktadır. Suçsuzluk karinesi ihlal edilerek, ispatlanmamış bir şüphe işçinin işini kaybetmesine yol açmaktadır. Hukukumuzda şüphe feshi adı altında bir kuruma gerek olup olmadığı sorusunun yanıtının araştırılması bu incelemenin sınırlarını aşar. Ancak Yüksek Mahkemenin kararında şüphe feshinin, Alman Hukukundakinden çok daha geniş, Alman Hukukunda mevcut geçerlilik şartları aranmaksızın uygulandığı görülmektedir.” dedikten sonra şüphe feshiyle tehlikeye atılan işçi menfaatleri dikkate alındığında Yüksek Mahkemenin kararına katılmadığını belirtmiştir.<sup>23</sup>

Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu da, 2008 yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri'nde sunmuş olduğu Tebliğ'inde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2007 tarihli kararında işçinin geçmişteki birtakım davranışları işyerinin bulunduğu mekan bakımından tehlikeli addedilip bir güvenlik önlemi olarak feshe tevessül edildiğinin kabul edildiği, işçinin geçmişteki durumunun hali hazırdaki iş ilişkisinin hangi somut olgu ya da olgularla etkilediği konusunda kararda hiçbir gerekçeye yer verilmemiş olduğunu ifade etmektedir. Narmanlıoğlu, Yüksek Mahkeme'nin kararında, feshi güvenlik önlemi olarak meşru kabul ettiğini ancak bu önlemlerin hangi somut tehlikelere, davranışlara veya fiillere dayandırıldığına değinilmediğini, bir soyut endişenin feshe dayanak yapıldığını, somut olaydan anlaşıldığı üzere, işyerinde otuz yılı aşkın bir süreden beri çalışan davacı işçinin sözleşmesinin feshini haklı ve meşru kılacak somut bir olgu ve kanıt olmaksızın, sadece geçmişteki davranışlarından duyulan bir şüphe üzerine fesih işlemini gerçekleştirmek istemesinin feshe ilişkin pozitif düzenlemelelere olduğu kadar hakkaniyete de uygun düşmediğini ve bu sebeplerle Yargıtay kararına katılmadığını belirtmiştir.<sup>24</sup>

## V. SONUÇ:

Şüphe feshinin ağır şartlara bağlanmasının altında yatan en önemli sebep suçsuzluk karinesidir. Zaten, duyulan bir basit şüpheden ötürü işçinin iş sözleşmesinin işverence sona erdirilmesi menfaat dengelerine de ters düşer. Ne var ki, işçi ile işveren arasında borçlar hukukuna dayalı borç ilişkisinden öteye daha sıkı, daha yakın bir kişisel

ilişki vardır. İspatı zor olmakla birlikte eğer işverenin duyduğu şüphe kuşku götürmeyecek kadar açık ve kuvvetliyse, işverenden iş sözleşmesine devam etmesini beklemek doğru olmaz. Pek tabidir ki, şüphe feshi için gerekli olan zorunluluklara uyulmadan gerçekleştirilecek bir fesih, geçerli kabul edilmeyecektir.

## DİPNOTLAR

\* Hukuk yüksek lisans derecesi

- 1 Karar için bakınız <http://www.mahnerfolg.de/urteile/index.php/anhoeerung-arbeitnehmers-verdachtskuendigung/>
- 2 Karar için bakınız MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi D211/002.
- 3 Çalışma ve Toplum, Sayı 17, 2008/2, 338-340.
- 4 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç.Dr. Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, Mart 2007, dipnot 371, 107.
- 5 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç.Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 372, 107.
- 6 Dr. Metin Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi: Kavram hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1999-48-01-04/AUHF-1999-48-01-04-Feyzioğlu.pdf> , dipnot 15.
- 7 Aynı yönde görüş için bknz. Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 392 ve 393, 110.
- 8 Av. Kazım Yücel Dönmez, İşçinin Borçları, 2000, 160-161.
- 9 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, Sicil, Eylül'08, Sayı:11, 68.
- 10 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 385, 109.
- 11 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 386, 110.
- 12 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 377, 109.
- 13 Bakınız dipnot 7.
- 14 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 387, 110.
- 15 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 403, 112.
- 16 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 16, 68.
- 17 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 18, 68.
- 18 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 21 ve 22, 69.
- 19 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 23, 69 .
- 20 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 28, 70.
- 21 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 374, 107.
- 22 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 26, 69.
- 23 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, age. 71 ve 72.
- 24 Prof.Dr. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 2008.