

Doç. Dr. Gülsevil ALPAGUT

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi

I. Genel Olarak

Sürekli borç ilişkisi olarak iş sözleşmesi tüm diğer borç ilişkileri gibi, taraflardan birinin tek yanlı irade beyanı ile sona erdirilebilir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde süreli fesih (feshi ihbar), hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinde haklı nedenle fesih kurumu: bünyesinde kendiliğinden sona erme özelliğini taşımayan, zaman içerisinde süregiden sözleşme ilişkisinin tek tarafı olarak sona erdirilebilmesi olanağını sağlarlar. Bu noktada fesih kural olarak bütün sürekli sözleşme ilişkilerinde, sözleşmelerin aksine anlaşma ile giderilemez yetkileri olarak kabul edilir¹. Genel olarak borçlar hukukunun felsefesi içerisinde süreli fesih herhangi bir nedenin varlığını gerektirmeyip, taraf iradesine bırakılmıştır. Haklı nedenle fesih ise, bireyin iradesinin yanı sıra "haklı neden" olgusunu gerektirir. Haklı nedenle fesih yetkisi, bütün sürekli borç ilişkilerinde, yasaca öngörülmemiş olsa bile varsayılmalıdır².

Süreli fesih yetkisinin herhangi bir nedene dayanılmaksızın kullanılabilmesi imkânı, özellikle taraflardan birinin korunması gereğinin bulunduğu hukuki ilişkilerde yasal düzenlemelerle sınırlandırılmıştır. Kira sözleşmesi gibi, iş sözleşmesinin feshi de bu noktada genel kural karşısında ayrık düzenlemelere konu olmuştur. İş sözleşmesinin işve-

ren tarafından süreli feshi için geçerli nedenlerin aranması, işin ve işçinin korunması gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim son yirmi-yirmibeş yılda yaşanan gelişim sonucu işverenin ve işsizlerin korunması düşüncesi ile fesih sınırlamaları sorgulanmakta ise de, bugün için işverenin fesih hakkını ancak bir nedene bağlı olarak kullanması gereği, yine iş hukukunun çekirdek unsurlarından birini oluşturmaktadır.

Süreli fesih için neden öngörülmesi ile beliren sorun; geçerli nedenlerin saptanması ve haklı neden ile ayrımın ortaya konulmasıdır. Hemen her hukuk sistemi için geçerli olan ayrım güclüğü, önce 4773 ve daha sonra 4857 sayılı Yasa ile iş güvencesi sisteminin kabulü sonucu Türk hukukunda da yaşanmaktadır. Anılan durum yargı kararlarına da yansımaktadır. Bu incelemede; her iki tür fesih nedenleri arasındaki ayrım temel esasları ile belirlenmeye ve Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin kararları değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. Süreli Fesih-Haklı Fesih Ayrımının Temeli

Süreli fesih ve haklı fesih kurumlarının temel ilişki noktası; aynı zamanda aranan nedenler ve bu nedenlerin niteliği bakımından önem taşımaktadır.

Sürelî fesih; belirsiz sürelî iş sözleşmesinde tarafların sözleşme ile bağlılıklarının kişisel özgürlüğe aykırılık oluşturacağı düşüncesine dayanır. Bu görüşe göre; hukukî ilişkinin taraflarından her biri er geç bir gün borçlarından kurtulabilmelidir.

Haklı nedenle fesih ise; ifayı bozan, sözleşmeye aykırılık oluşturan, taraflar arasında güven ilişkisini zedeleyen bir olgunun ortaya çıkması ile sözleşmeye devamın beklenmez hale gelmesi söz konusudur. Diğer bir ifadeyle; haklı nedenle feshe imkân veren olgular taraflar arasındaki kişisel ilişkiyi çökerten, bir taraftan sözleşmeye devamı beklemenin dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturduğu durumlarıdır⁴.

Haklı nedenle feshin özünde; dürüstlük kuralı ve beklenmezlik esasının yer alması⁵, aynı zamanda her iki fesih türünün farklı prosedüre tabi tutulmasını beraberinde getirmektedir. Sürelî fesih kural olarak bir neden aranmadığından, karşı tara-

fesih nedenleri dört başlık altında düzenlenmiş ve fesih nedenleri ayrıntılı olarak sayılmıştır. Sayım I, II ve IV. bentler bakımından sınırlı ve bağlayıcı içeriğe sahipken, maddenin II. bendinde "ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" konusunda bir sınırlama öngörülmemiştir. Nitekim, "...benzerleri" ifadesi ile belirtilen hallerin sınırlı olmadığı, benzeri hallerin de haklı fesih nedeni oluşturabileceği ortaya konulmuştur⁶. Esasen "ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırılık halleri" dürüstlük kuralları çerçevesinde her olay bakımından değerlendirmeyi gerektirir ve yapısı gereği tek tek saymak mümkün değildir. Yasanın düzenlemesi de bu görüşün yansımasıdır.

Karşılaştırmalı hukukta fesih nedenlerinin tespiti farklı yöntemler kabul edilmektedir. Bunlardan ilki; tıpkı 25. maddede olduğu gibi, nedenlerin Yasada ayrıntıları ile kazuistik olarak sayılması, ikincisi ise genel bir haklı fesih kavramı ile yetinil-

Haklı nedenle fesih, taraflar arasında güven ilişkisini zedeleyen bir olgunun ortaya çıkması ile sözleşmeye devamın beklenmez hale gelmesi söz konusudur.

fın korunması gereği ön plana çıkar. Bu koruma sözleşmenin aniden, sürpriz şekilde sona ermesine karşı bildirim sürelerinin tanınması ile gerçekleşir. Sürelî fesih için neden aranması durumunda da, işçinin ani feshine karşı korunmadaki menfaati değişmez. Haklı nedenle fesih ise, ortaya çıkan olgu o denli ağırdır ki, artık bununla karşılaşan taraftan bildirim süreleri zarfında sözleşmeye devamı beklenemeyecektir. Dolayısıyla haklı nedenle fesih maruz kalanın, fesheden karşısında bildirim süreleri bakımından korunmaya değer baskın bir çıkarı bulunmamaktadır.

Haklı nedenlerin normal borç ilişkisi çerçevesinde öngörülmemen ve ilişkiyi adeta çekilmez kılan niteliği, haklı nedenle feshin aynı zamanda "olağanüstü fesih", sürelî feshin ise "olağan fesih" olarak nitelendirilmesine neden olmuştur.

1. 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Ayrımın Ortaya Konulması

a. Haklı Nedenlerin Yasada Kazuistik Olarak Sayılmasının Ayrımında Ölçüt Oluşturması

İş Kanunu'nun 25. maddesinde haklı nedenle

mesidir. İlki İspanyol hukukunda, ikincisi ise Alman hukukunda görülmektedir. Fransız hukukunda ise, haklı fesih yasa kavramı olarak yer almakla birlikte, fesih nedeninin niteliği dikkate alınarak bildirim süresi verilmeksizin ve tazminatsız feshine ilişkin düzenleme, haklı nedenle feshi karşılamaktadır. Bu bağlamda, bu sistemde de Alman hukukundaki gibi sınırlı sayımın söz konusu olmadığı görülmektedir. Kuşkusuz aradaki başlıca fark; haklı nedenlerin yasa kazuistik olarak sayıldığı sistemlerin hakim takdir yetkisini sınırlamış olmasıdır. Bilindiği gibi; MK. mad. 4 "Kanunun haklı sebebe" yollama yaptığı hallerde hakime takdir yetkisi tanıdığı ve hükmünü hak ve nisfete göre vermesini emretmiştir. Haklı fesih nedeninin tayininde hakim takdir yetkisi, fesih nedenlerinin çok çeşitli ve her borç ilişkisi, her somut olay bakımından değişik olabileceği, dolayısıyla Yasada ayrıntılı olarak sayılabilmesinin güçlüğü nedeniyle kaynaklarıdır. Bu bağlamda Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeplerin içeriği hakkında genel bir tanım yapılmamış, çeşitli borç ilişkileri bakımından özel düzenlemelere yer veril-

miştir. Sayım esasına dayanmayan ve genel bir tanım vermeyen sistem bakımından amaç, katı bir hüküm koymaktan kaçınılarak, hakime olaydan olaya geçişecek, olayı çevreleyen bütün şartları, taraflar arasındaki menfaat dengesini dikkate alarak karar verme olanağının tanınmasıdır. Bu ise, hakim takdir yetkisi çerçevesinde gerçekleşir". Hakim her olay, her bir borç ilişkisinin niteliği ve özellikleri bakımından haklı fesih nedeninin oluşup oluşmadığı konusunda hak ve nısfet esasları çerçevesinde değerlendirme yaparak hüküm verecektir.

İş Kanunu çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede belirleyici ilk husus; Borçlar Kanunu'nun genel sistematüğinden, Alman ve Fransız hukukundan farklı olarak İş Kanunu'nda haklı nedenle fesih nedenlerinin kazustik olarak sayılmış olmasıdır. Bu durumun en önemli sonucu ise; haklı nedenler konusunda çoğu kez hakimin takdir yetkisine yer bırakılmamış olmasıdır.

Haklı feshe imkân veren olguların açıkça tüm yönleri ile tespit olduğu noktada; hakimin görevi ve yetkisi bu olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi ile sınırlıdır.

İşK. mad. 25 hükmü kural olarak hakimin takdir yetkisini doğrudan dışlamaz, ancak olguların herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak tarzda haklı neden olarak tanımlandığı hallerde bu yetkinin kullanımına olanak tanımaz. Haklı feshe imkân veren olguların açıkça tüm yönleri ile tespit olduğu noktada; hakimin görevi ve yetkisi bu olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi ile sınırlıdır. Olgunun varlığı durumunda hakim, ayrıca somut ilişki bakımından anılan durumun sözleşmeyi haklı nedenle fesih için yeterli görülüp görülmeceği konusunda bir değerlendirmeye girmeyecektir. İşK. mad. 25/II bu açıdan ele alındığında; "işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması" (25/II-c), "işçinin işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi" (25/II-f), "işçinin, işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi" "...işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli

altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması" (25/II-ı) takdir yetkisine yer bırakmayan tipik hallerdir. Anılan durumlarda hakim; cinsel tacizin bulunup bulunmadığını, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlenip işlenmediğini, işyerine ait makine veya eşyalarda ortaya çıkan zararın miktarını dikkate alarak, bunun tespiti ile feshin haklı olup olmadığı konusunda karar verecektir. Yine devamsızlık olgusu bakımından, salt devamsızlığın "haklı bir sebebe" dayanıp dayanmadığı noktasında "haklı sebep" bakımından takdir yetkisine sahiptir. Devamsızlığın haklı nedene dayanmadığı hallerde ise, hakimin olayın diğer şartlarını dikkate alarak mevcut fesih işlemini haksız fesih olarak nitelendirmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, 25/II'de açıkça tüm yönleri ile kapsamlı olarak düzenlenen fesih ne-

denleri bakımından, artık işçinin önceki davranışları, kıdemli, yası vs. unsurlar çerçevesinde bir menfaat değerlendirmesi mümkün olmayıp, olguların varlığı işverence gerçekleştirilen feshin haklı fesih niteliğini taşıması için yeterli olacaktır. Dolayısıyla hakim, kıdemli bir işçinin veya o güne kadar çok başarılı işçinin iki günlük devamsızlığının haklı fesih yerine, geçerli fesih nedeni oluşturduğu yolunda bir takdir yetkisi de kullanamayacaktır.

Oysa genel bir haklı fesih kavramına yer veren hukuk sistemlerinde haklı fesih nedeninin varlığı bakımından beklenmezlik, çekilmezlik ölçüt olarak kullanılmaktadır. Beklenmezlik ölçütü MK. mad. 2'den doğar, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde, bildirimli feshinde ve haklı-geçerli fesih ayırımında, yani her üç halde de işleve sahiptir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere; olguların, somut olayın koşulları çerçevesinde karşılıklı çıkarların dikkate alınması suretiyle değerlendirilmesini mümkün kılar. Nitekim, Alman hukuku bakımından örnek verecek olursak; hakim önüne gelen uyuşmazlıkta önce haklı neden oluşturabilecek bir

olgunun mevcut olup olmadığını değerlendirir. Haklı neden niteliğinde bir olgu mevcutsa bu takdirde somut ilişki bakımından koşulları dikkate alarak bu olgunun feshi haklı kılıp kılmayacağını tespit eder. Bu bağlamda, kazuistik sayım ve tüm yönleri ile olguların belirlenmiş olması bir yandan hakime kolaylık sağlamakta, hukuki güveni beraberinde getirmekte iken, diğer yandan somut olayın koşullarının değerlendirilmesine imkân vermemek noktasında katı olarak değerlendirilebilir.

Haklı fesih nedenlerinin Yasada kazuistik olarak belirlenmiş olması karşısında; Türk hukuku bakımından, haklı-geçerli fesih nedenleri ayrımındaki ilk ölçütün haklı nedenle feshe ilişkin 25. maddede olduğu söylenmelidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, olguların herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit olduğu hallerde ortaya çıkan olgu bakımından nitelendirme sorunu bulunmamaktadır. Zira, artık hakimin olguların sabit ol-

fesih nedeni olarak kabulünün isabetli olmadığı söylenebilir. Bu ayrı bir tartışma konusudur.

İŞK. mad. 25/II'de yer alan fesih nedenlerinin ortak özellikleri; sözleşmeden doğan borca, sadakat yükümüne aykırı, güven ilişkisini zedeleyen ve genelde kusura dayanan olgulardır⁷. Bu noktada özellikle İŞK. mad. 18'de yer alan işçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih nedeni ile paralellik ortaya çıkmaktadır ki, ayırım zorluğunun yoğunlaştığı çekirdek alanın sınırları da bu yolla belirlenmektedir⁸. Zira, davranışlardan kaynaklanan geçerli fesih nedenleri çoğu kez borca aykırılık niteliğinde, genelde kusura dayanan ve işyeri düzenini bozan nedenlerdir. Alman hukukunda da; davranışa bağlı nedenler kapsamında akla, sözleşmenin feshi için BGB § 626 anlamında haklı neden⁹ ifade etmeye "uygun olan" nedenlerin geldiği bunların aynı zamanda KSchG § 1 II 1 anlamında davranışa bağlı neden oluşturduğu ifade edilmekte-

Hakimin olguların sabit olduğu durumda haklı fesih hakkının doğmadığı veya haklı fesih yerine geçerli fesih hakkının doğduğu yönünde bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

duğu durumda haklı fesih hakkının doğmadığı veya haklı fesih yerine geçerli fesih hakkının doğduğu yönünde bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Nitelendirme sorunu; Kanunda genel kavram olarak yer verilmiş (sataşma gibi), yorumu gerektiren dolayısıyla hakimin takdir yetkisini kullanabilmesine imkân tanıyan haller ve II. bentte atıf yapılan "benzeri haller" bakımından söz konusu olabilecektir.

b. Ayrımda Sorunlu Alan: Davranışlardan Kaynaklanan Fesih ile Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri

İŞK. mad. 25 hükmü incelendiğinde I. bentte sayılan sağlık sebeplerinin mutlak ve köşeli ifadelerle sınırlarının tespit olduğu, III. ve IV. bentlerinde herhangi bir duraksamaya yer bırakmayacak açıklıkta düzenlemeler oluşturduğu görülmektedir. Bu bağlamda her üç bent bakımından haklı-geçerli neden ayrımı ve tartışması söz konusu olmayacaktır. Kuşkusuz mevcut düzenleme olması gereken hukuk bakımından eleştirilebilir. Karşılaştırmalı hukuk dikkate alındığında bazı hallerin haklı

dir"¹⁰. Bu hukuk sisteminde davranıştan kaynaklanan nedenlerin genel olarak sözleşmeye aykırılık hallerini ifade ettiği kabul edilmektedir. Kuşkusuz vurgulanmak istenen şekli olarak olguların özdeş olabilmesidir. İçerik veya somut ilişki bakımından ortaya çıkan özellikler ise ayrımı ortaya koymaktadır.

Türk hukuku bakımından Yasanın gerekçesinde davranıştan kaynaklanan geçerli fesih nedenleri kapsamında verilen örnekler konuyu çarpıcı şekilde ortaya koymaktadır. Yasanın gerekçesinde "işçinin işini uyarılara rağmen, eksik, kötü ve yetersiz olarak ifası" geçerli fesih nedeni olarak belirtilmişken, İŞK. mad. 25/II-h'de işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" haklı fesih nedeni sayılmıştır. Bu bağlamda: somut olayda işin kötü ifası bir haklı fesih nedeni mi, yoksa geçerli fesih nedeni mi oluşturacaktır?

Yine gerekçede sık sık işe geç gelmek geçerli fesih nedeni olarak sayılırken; bu aynı zamanda haklı fesih nedeni olarak da değerlendirilebilir. Ni-

tekim, Yargıtay'ın 1475 sayılı Yasa döneminde verdiği bir kararda işveren tarafından çeşitli kereler ihtarda bulunulmasına rağmen işçinin işe geç gelmesi, haklı fesih nedeni kabul edilmiştir¹¹.

Gerekçede; işçinin arkadaşlarını işverene karşı kışkırtması geçerli fesih nedeni olarak belirtilmişken, bu durum somut olay çerçevesinde sadakat borcuna aykırılık olarak nitelendirilmeye ve haklı fesih nedeni oluşturmaya da elverişlidir. Aynı olasılık; işçinin amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermesi, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girmesi halinde de söz konusudur. Kuşkusuz örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Yukarıda da belirtildiği gibi; ayrım sorunu salt Türk hukukuna özgü olmayıp hemen her hukuk sisteminde aynı yaşanmaktadır. Türk hukuku bakımından ayrımın önemi her iki fesih türüne bağlanan hukuki sonuçlar arasındaki ciddi farklılıktadır. Çoğu hukuk sisteminde kıdem tazminatı kurumu mevcut olmadığından veya en azından Türk hukuku karşısında oldukça düşük miktarlarda bulunduğu hukuki sonuç bildirim sürelerinin tanınıp tanınmayacağı noktasında önem taşımaktadır. Oysa Türk hukukunda bildirim süreleri veya uyulmaması durumunda ihbar tazminatının yanı sıra, kıdem tazminatı ve işçinin işsizlik sigortasından yararlanması fesih nedeninin ve dolayısıyla feshin nitelendirilmesine bağlıdır.

2. Karşılaştırmalı Hukukta

Benimsenen Ölçüt: Beklenmezlik

Haklı nedenle fesih hakkının yasada, salt bir tanım olarak düzenlendiği Alman hukukunda BGB § 626'ya göre: "Hizmet ilişkisi, somut olayın tüm koşulları ve her iki tarafın çıkarlarının değerlendirilmesi sonucu fesheden taraftan fesih önelinin sonuna kadar veya kararlaştırılan sürenin bitimine kadar ilişkiye devam etmesini beklenemez kılan olguların varlığı halinde, önemli (haklı) nedenle bildirim süresine uyulmaksızın sona erdirilebilir". Görüldüğü gibi, bu hukuk sisteminde haklı fesih nedenleri ayrıntılı, kazuistik olarak sayılmamıştır¹². Madde hükmü hakime yollama yapan, düzenleyici bir kloz niteliğindedir¹³. Dolayısıyla haklı-geçerli fesih nedenleri bakımından yapılacak bir değerlendirme hakimnin yetkisindedir. Ayrım mahkeme kararları ile gerçekleşmektedir. Haklı nedenle feshi imkân veren hüküm daima bir çıkar değerlendirmesini gerektirir¹⁴.

Yasal düzenlemeden nitelendirme bakımından ayrıca şu sonuçlar çıkarılmaktadır: Haklı fesih hakkı istisnai, süreli fesih hakkı ise önceliklidir. Haklı fesih hakkında derhal sona erdirmeye zorunluluğu söz konusudur ki, bu durum özel bir yoğunlukta güven veya sözleşme ilişkisinin zedelenmesinden kaynaklanır. Haklı fesih nedenleri öncelikle sözleşmesel yükümlerin ağır şekilde ihlali niteliğini taşırlar. Ancak ihlal geleceğe yönelik ve olumsuz olarak iş ilişkisini zedelediği takdirde, haklı nedenle fesih nedeni oluşturur. Zira, fesih bir ceza niteliğini taşımaz¹⁵.

Tipik olgular çerçevesinde, bu hukuk sisteminde çoğu kez aynı nedenlerin hem haklı hem de geçerli fesih nedenleri altında değerlendirilebildiği görülmektedir. Kısaca mahkeme kararları ile ortaya çıkan örneklere bakıldığında; işçinin işe sık sık geç gelmesi kural olarak bir geçerli fesih nedeni oluşturur. Ancak uyarılara rağmen bu durumun sürdürülmesi artık bir haklı fesih nedeni oluşturacaktır. İşçinin iş görme edimini kusurlu olarak yerine getirmekten kaçınması kural olarak bir davranıştan kaynaklanan geçerli fesih nedenidir. Kaçınmanın ısrarlı bir biçimde ortaya konması, yani bilinçli ve sürekli olması haklı fesih nedeni oluşturmaktadır. Bu noktada işverenin talimat yetkisi çerçevesinde verilen talimata bir kere aykırılık değil, yoğun bir şekilde iradenin ortaya konması aranmaktadır. Önceki uyarı bu konuda yeterlidir. Uyarıya rağmen işin ifasından kaçınma veya talimatlara aykırılık haklı fesih nedeni oluşturur. İşçinin kendiliğinden izne çıkması, izin süresini uzatması ise, haklı fesih nedeni niteliğindedir. İşçinin işverene ve amirlerine karşı ağır olarak nitelenebilecek aşağılayıcı, taciz edici davranışları haklı fesih nedeni oluşturmakla birlikte, bu davranışların daha hafif ölçüde ortaya çıktığı veya diğer işçilere yöneldiği hallerde -işletme barışını bozması koşuluyla- davranıştan kaynaklanan fesih nedeni de oluşturabilir. İşçinin işyeri telefonu ve interneti izinsiz olarak özel işler için kullanımı kural olarak geçerli fesih nedeni oluştururken, önceden uyarının bulunması ve çalışma saatlerinin bu yolla harcanması durumunda haklı fesih nedeni olarak değerlendirmeye de imkân verebilmektedir. İşçinin işveren tarafından verilen temsil yetkisini aşması her iki fesih türü altında değerlendirilebilir. Özellikle bu durumun tekrarlanması, işçinin yetkiyi keyfi kullanması haklı fesih nedeni oluşturur. Cinsel taciz yine

kimi hallerde süreli fesih, kimi hallerde ise haklı fesih nedeni niteliğindedir¹⁶. Nihayet, hastalık kural olarak haklı fesih nedeni olmamakla birlikte, iyileşmeyen, uzun süreli hastalık istisnai olarak haklı fesih nedeni olacaktır¹⁷.

Görüldüğü gibi, Alman hukukunda kimi hallerde hem haklı, hem de geçerli neden oluşturabilen durumlar bakımından ayırt edici kriter; "beklenmezlik"tir. Fesih nedeninin değerlendirilmesinde; öncelikle ileri sürülen nedenin bir haklı fesih nedeni oluşturmaya elverişli olup olmadığı, ardından kapsamlı bir çıkar değerlendirilmesi gerçekleştirilir. Somut olayın koşulları çerçevesinde ve taraf çıkarlarını dikkate alarak yapılacak bir değerlendirmede, ortaya çıkan olgu artık işverenden bildirim süresince iş sözleşmesinin devamını beklenemez kılıyorsa, haklı fesih nedeninin varlığı kabul edilmelidir.

Türk Hukuku bakımından ayırımın önemi, her iki fesih türüne bağlanan hukuki sonuçlar arasındaki ciddi farklılıktadır.

Yapılacak çıkar değerlendirmesinde sözleşme ilişkisi ile bağlantılı tüm koşullar dikkate alınmalıdır. Buna; sözleşme ihlalinin ağırlığı ve yoğunluğu, kusurun derecesi, bir kereye mahsus veya tekrarlanan nitelikte oluşu, özel bir güven ilişkisinin kötüye kullanılması, iş ilişkisinin süresi ve bildirim süresinin uzunluğu dahildir¹⁸. Bildirim süresi ne kadar kısa ise sözleşmenin süreli fesihle sona erdirilmesi de o ölçüde beklenir durumdadır.

Süreli fesih olduğu gibi, haklı nedenle fesih hakkının da ölçülülük (verhaeltnismassigkeit) ve feshin son çare olması ilkesi (ultima ratio) çerçevesinde kullanılması gereği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, işçinin farklı koşullarla çalıştırılması, ihtar¹⁹, süreli fesih imkânı daha yumuşak vasıtalar oluşturur²⁰. Bu bağlamda, mutlak olarak geçerli veya haklı fesih nedenlerinden söz edilememektedir²¹.

Haklı fesih nedenleri ayrıntılı olarak sayılmayan Fransız hukukunda, iş sözleşmesinin feshi için ciddi ve gerçek bir nedenin bulunması aranmaktadır. Ancak fesih için bildirim sürelerine uyulması gerekip gerekmediği işçinin davranışlarının ciddi kusur (faute grave) ağırlığına ulaşıp ulaşmadığına bağlıdır. "Ciddi kusur"dan ne anlaşılması gerektiği yasa da tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, doktrinde ve yargı kararlarında genel olarak kabul edilen bir

tanım geliştirilmiştir. Buna göre; işçinin iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırılık oluşturan ve bildirim süreleri içerisinde iş ilişkisinin devamını beklenmez kılan davranışları bildirim sürelerine uyulmaksızın ve tazminatsız fesih hakkı verir. Görüldüğü gibi ayırım bakımından Alman hukukuna paralel olarak beklenmezlik kriteri kabul edilmektedir. Hakim somut olayın koşullarını dikkate alarak bir haklı fesih nedeninin bulunup bulunmadığını belirler. Dikkate alınması gereken kriterler arasında; işçinin kıdem, yaşı, mesleki nitelikleri, şimdiye kadarki işletme düzenine uyan veya aykırılık oluşturan davranışları, işletmedeki konumu ve işçinin davranışının diğer işçiler veya üçüncü kişiler karşısında ortaya çıkardığı olası riskler bulunur. Özellikle, işletmedeki kidemin uzunluğu ve önceki çalışma süresinin ba-

şarılı olması münferit durumda aykırılığın ağırlığının tespitinde olumlu yönde etkide bulunur. Belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme belirli davranış biçimlerinin yapısı gereği kusurlu neden oluşturduğunu kararları ile ortaya koymuşsa da, uygulamada somut meselede bir ciddi nedenin mi, yoksa ciddi kusura dayanan bir nedenin mi (faute grave) bulunduğu tespitini güçlük arz etmektedir²².

Alman ve Fransız hukuk sistemlerinden farklı olarak haklı fesih nedenlerine yasa da kazuistik olarak yer verilen İspanyol hukukunda ise, yine işçinin ağır ve kusurlu olarak iş sözleşmesine aykırılık halleri haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Bunlar iş edimine, işyeri ve iş disiplinine, sadakat yükümüne aykırılık başlıkları altında toplanmaktadır²³. Yasa da sayılan somut nedenlerin özelliği aykırılığın kusurlu olması yanında ağır olmasını gerektirdiğinden, esasen ölçütün yukarıda incelenen diğer hukuk sistemlerinden fazla bir farklılık göstermediği söylenebilecektir.

III. Ayırmda Kriter Olarak Beklenmezlik ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

İşK. mad. 25/II'de herhangi bir değerlendirmeye, hakimin takdir yetkisine imkân bırakmayacak

tarzda düzenlenmiş fesih nedenleri dışında kalan ve aynı zamanda davranıştan kaynaklanan fesih nedenleri ile paralellik gösteren hallerde fesih nedeninin niteliğinin tespiti mahkeme kararı ile gerçekleşecektir. Bu konuda, Alman ve Fransız hukuk sistemlerinin yanı sıra birçok hukuk sisteminde benimsenen²⁴ ve genel olarak borçlar hukukuna tabi tüm sözleşme ilişkileri için uygulanabilirliğe sahip "beklenmezlik" kriteri Türk iş hukukunda da kriter oluşturacaktır²⁵. Yabancı hukuk sistemlerinde beklenmezlik kriteri "bildirim süresi içerisinde işçinin çalıştırılmaya devamının beklenip beklenemeyeceği" çerçevesinde şekillenmektedir. Kuşkusuz, anılan ifade sadece bir formül niteliği taşımaktadır. Sorun, işçinin bildirim süresi içinde işyerinde fiili olarak istihdam edilebilirliğinin değerlendirilmesi değildir. Zira, bu anlayış ihbar tazminatı verilerek iş sözleşmesinin sona erdirilmesi imkânı karşısında güçlülüğünü yitirir, savunulamaz hale gelir. Burada kastedilen, ilişkinin çekilmez hale geldiği, dürüstlük kuralları çerçevesinde işverenden ilişkiye devamı katlanılmaz, beklenmez kılan, güven ilişkisinin çöktüğü veya sarsıldığı²⁶ durumlarda hukuki ilişkiyi derhal sona erdirmeye gereğinin belirmesidir. Dolayısıyla beklenmezlik değerlendirmesinde somut olayın koşulları belirleyicidir.

Somut olayın koşulları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede; öncelikle işçinin borca aykırılık oluşturan davranışının ağırlığı dikkate alınmalıdır. Haklı fesih hakkının hukuki sonuçları bakımından süreli fesih karşısında istisna niteliğini taşıması, aynı zamanda fesih nedeni olgunun da ağır olmasını gerektirir. Bunun yanı sıra işçinin kusur derecesi, zararın türü ve yüksekliği, işyeri düzeni ve işyeri barışını, taraflar arasındaki güven ilişkisini ne ölçüde etkilediği veya etkileyebileceği dikkate alınmalıdır²⁷. Dolayısıyla; ilk planda davranışın özellikleri ve somut iş ilişkisine etkisi belirleyicidir.

İkinci olarak, somut olayda işçinin özel konumundan kaynaklanan durumların dikkate alınıp alınmayacağı tartışılabilir. Örneğin davranışın tekrarlanmış olup olmadığı, işçinin daha önce uyarılıp uyarılmadığı, genel tutum ve davranışları gibi. Kanımca, ayırımda dürüstlük kuralından kaynaklanan beklenmezlik kriterinin benimsenmesi, hakimin takdir yetkisinin kullanılması, somut mesele adaletin sağlanması bakımından benzeri durumların dikkate alınmasına imkân vermektedir. Ancak,

kuşkusuz bu noktada iş ilişkisinin kişisel niteliği, iş ilişkisinin diğer sözleşme ilişkilerinden farklı olarak işyeri, işletme, iş ortamı unsurları ile işçi - işveren arasında güven ve barış ortamını gerektirdiği dikkate alınmalı ve bu unsurların değerlendirmede oldukça dikkatli kullanılmasına önem verilmelidir. Taraflar arasındaki ilişkinin devamını beklenmez, çekilmez kılan, güven ilişkisini çökerten, ilişkinin devamını adeta tahammül edilmez kılan ağırlıkta bir davranışın varlığı durumunda, işçinin önceki tutum ve davranışları son derece takdire değer olsa da, fesih için haklı neden niteliğinde kabul edilmelidir. Ağır kusurun ve beklenmezliğin açık olduğu fiziksel sataşmalarda olduğu gibi (25/II d). Nitekim, Alman Federal İş Mahkemesi hırsızlığı haklı fesih nedeni sayarak bu durumda işçinin kişisel nitelikleri, kıdemi ve hatta zararın miktarının önem taşımadığını kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre; işçinin işyerinden izinsiz olarak üç tane kivi alması, üç tane mektup zarfını evine götürmesi haklı fesih nedeni oluşturur²⁸. Sonuç olarak, olgunun niteliği bu yönde bir değerlendirmeyi açıkça dışlamadığı sürece; işçinin davranışının daha önce tekrarlanmış olup olmadığı, daha önce uyarılıp uyarılmadığı, kıdemi, önceki tutum ve davranışları, işyerindeki görevi kural olarak yapılacak değerlendirmede dikkate alınmalıdır.

Uyuşmazlığa konu olayın koşulları çerçevesinde yapılacak değerlendirme hakimin takdir yetkisine dayanır. Somut olayın koşullarını dikkate alan bu değerlendirme objektif, feshedenin fesih nedeni olarak ortaya çıkan olgu karşısındaki duygusal veya tepkisel tutumundan arınmış bir değerlendirmeyi gerektirir. Objektif değerlendirme sonucu fesih nedeni oluşturan davranış, dürüstlük kuralları gereğince bildirim süreleri boyunca iş ilişkisinin devamını beklenmez kılacak ağırlıkta kabul edilebiliyorsa, haklı fesih nedeninin bulunduğu kabul edilmelidir.

Ancak, mad. 25/II'de olguların açıkça tüm yönleri ile belirlendiği hallerde -tıpkı devamsızlıkta olduğu gibi- maddi olgu bakımından değerlendirme yapılabileceği, beklenmezlik değerlendirmesinin yapılamayacağı, zira bu noktada haklı nedenin varlığı yönünde bir varsayımın yasa koyucu tarafından öngörülmüş olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır. İşK. mad. 18'in gerekçesinde de; bu madde bakımından geçerli nedenlerin 25. maddede belir-

tilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüşünü etkileyen haller olduğu, özellikle İşK. mad. 25'de yer alan haklı fesih olgusunu, geçerli fesih için aranan sebeplerden ayırma ve aradaki farkların ortaya konulmasının yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanacağı belirtilmiştir.

Bu açıdan örneklendirecek olursak, işçinin sık sık işe geç kalmasının mutlak bir geçerli fesih nedeni olarak kabulü mümkün değildir³⁹. İşçinin uyarılara rağmen, kusurlu şekilde işe geç gelmesi haklı fesih nedeni de oluşturabilecektir. Kuşkusuz bu noktada hakimin takdir yetkisi devreye girebilecektir. Kıdemli ve o güne kadar iş görme borcunu düzenli olarak yerine getiren bir işçinin devamsızlık oluşturmayan hastalığı nedeniyle belirli bir dönem işe geç kalması ya da belediye otobüs seferlerindeki geçici aksama nedeniyle devamsızlık kimisi durumda geçerli fesih nedeni oluşturabileceken, saat kurmayı unutması, gece geç saatte uyu-

Doktrinde, ayırım sorununa değinilerek 25. maddede yapılacak düzenleme ile bu konuda somut ölçütlerin getirilmesi ve nedenler arasındaki farklılıkların belirgin hale getirilmesi gerektiği⁴⁰, mevcut düzenlemenin 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 11. maddesine aykırılık oluşturduğu savunulmaktadır⁴¹.

Öncelikle, yukarıda örnek olarak verdiğimiz hukuk sistemleri dikkate alındığında esasen yasal düzenleme ile bu yönde bir ayırım yapılmasının, 25/II bakımından kesin sınırların çizilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Zira, MK. mad.2'de temelini bulan beklenmezlik, bu yönde bir sınıflandırmaya ve mutlak ayırma imkân vermemektedir. Her olayın somut şartları belirleyicidir⁴².

158 sayılı Sözleşme ile uyum bakımından değerlendirme yapıldığında 25/II'nin genel yapı ve temel teşkil eden düşünce itibarıyla 158 sayılı Sözleşme'yle paralel olduğu söylenebilir. Bildirim süresine ilişkin 11. madde hükmüne göre; "hizmet

Sorun, fesih nedenlerinin Yasada açıkça düzenlenmesi değil, iş güvencesinin kabul edildiği sistemde kıdem tazminatının yeniden ele alınması gereğidir.

ması gibi özensiz, ihmali ve hatta kasti olarak geç kalmanın geçerli fesih nedeni olduğu söylenemeyecektir. Bu durumda bir haklı fesih nedeninin bulunduğu kolaylıkla kabul edilebilecektir.

İşçinin işverene sataşması yine değerlendirmeyi gerektirir. Sataşma kuşkusuz fiziki olabileceği gibi, sözlü de olabilir. Dolayısıyla, somut olayın koşulları çerçevesinde işçinin işyerindeki tartışmalarının, geçimsizliklerinin ortaya çıkardığı sonuçlar haklı fesih veya geçerli fesih nedeni olarak nitelendirilebilmesini mümkün kılacaktır. Bu bağlamda; gerekcede yer alan "amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça tartışmaya girmek" yine mutlak bir geçerli fesih nedeni olarak benimsenemez. İşyeri, iş akışı veya şirket politikası ile ilgili olarak eleştiri, görüş ayrılıkları kural olarak işyeri düzeni içerisinde olağan olarak karşılanabilir. Ancak, tüm bunların dışında iş akışını, işyeri ortamını, beraber çalışmayı olanaksız kılan durumlarda, tartışmanın boyutu haklı feshede de imkân verebilecektir.

ilişkinine son verilecek işçi, ciddi bir hizmet kusuru yani işverenin kendisini bildirim süresi zarfında çalıştırmaya devam etmesini istemenin makul sayılamayacağı türden bir hizmet kusuru atfedilmedikçe, makul bir bildirim süresine veya onun yerine bir tazminata hak kazanacaktır". Bir anlamda beklenmezlik kriterini dikkate alan düzenleme ciddi hizmet kusurunu öngörmektedir. 25/II bakımından yapılacak bir değerlendirmede anılan nedenlerin kusura dayandığı ve aynı zamanda bu kusurun ağır kusur niteliğinde olduğu söylenebilecektir. Nitekim, işçinin sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında işvereni yanıltması, şeref ve namusa dokunan sözler sarfetmesi, cinsel taciz, sataşma, güvenin kötüye kullanılması, hırsızlık, suç işleme, görevlerin hatırlatıldığı halde yapılmaması, istek veya savsama ile işin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi hallerinde ağır kusurun varlığı kabul edilmelidir. İşçinin haklı bir neden olmaksızın devamsızlığı (25/II-g) halinin ağır kusur koşulu karşısında yerindeliği tartışılabilir. Burada da bizzat haklı

nedenin takdiri noktasında hakimın takdir yetkisinin varlığının, kusur bakımından değerlendirme imkânı verdiği söylenebilir. 25/II kapsamında yer alan tüm nedenlerin "hizmet kusuru" oluşturup oluşturmayacağı tartışılabilir. Ancak sadakat borcuna aykırılık oluşturan hallerin doğrudan görülen hizmet ile bağlantısı olsun veya olmasın haklı fesih nedeni oluşturması gerektiği, bu noktada geçerli nedenin kabul edilemeyeceği açıktır.

Türk hukuku bakımından geçerli nedene bağlı feshin işçiye kıdem tazminatı talep hakkı sağlama-sı ve bu bağlamda geçerli-haklı fesih ayrımının 25. maddenin kapsamının daraltılarak yeniden düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır³³. Bu görüş doğrultusunda; istifa ettiği zaman kıdem tazminatı alamayacak işçi, kasti olarak işe geç gelmek suretiyle iş sözleşmesinin işverence feshine yol açarak kıdem tazminatı talep edebilecektir. Bu noktada eleştiriye katılmamak mümkün değildir. Ancak, sorun fesih nedenlerinin yasada açıkça düzenlenme-

neklere mutlak geçerlilik tanımak da isabetli olmayacaktır. Zira, Alman hukukundan örnekler alınırken bunların aynı zamanda bizzat bu hukuk sisteminde somut olay çerçevesinde haklı neden oluşturabileceği gözden kaçırılmamaktadır.

Haklı fesih nedenleri bakımından Yasanın benimsemiş olduğu kazuistik yöntem değerlendirildiğinde sistemin hukuki açıklık, hukuk güvenliği noktalarında önem taşıdığı ve yararlı olduğu söylenebilir. Sistem, en azından Yasada açıkça belirtilen durumlar bakımından tartışmayı önlemektedir. Haklı fesih bakımından genel ifadelere yer veren bir yapıda, niteleme ve ayırım sorunu daha belirgin olabilecektir. Bununla birlikte, bazı nedenlerin özellikle hakimın somut olayın koşullarını dikkate alan bir takdir yetkisi kullanımına imkân bırakmayacak tarzda sayılmış olması, belli ölçüde katı bir yapıyı da beraberinde getirmektedir. Bu durumun ortaya çıkarabileceği sakınca, esasen olayların büyük çoğunluğunda haklı nedenin varlığı yönünde

Haklı fesih bakımından genel ifadelere yer veren bir yapıda, niteleme ve ayırım sorunu daha belirgin olabilecektir.

si değil, iş güvencesinin kabul edildiği sistemde kıdem tazminatının yeniden ele alınması gereğidir. Geçerli fesihte kıdem tazminatı talep hakkı öngörüldüğü sürece, nedenler bakımından yapılacak düzenleme farklı bir sonucu ortaya çıkarmayacaktır. Geçerli fesih nedenlerinin işçinin kusuruna dayanması durumunda kıdem tazminatı hakkının doğumu, bunun yerindeligi ayrı konudur.

Sonuç olarak, güven ilişkisini ağır surette zedeleyen hırsızlık, rekabet oluşturacak davranışlar, amirlere ve işverene hakaret veya bir başka işçiye cinsel taciz ya da diğer işçilere sözlü veya fiili saldırı gibi açıkça haklı neden oluşturan durumlar dışında, haklı ve geçerli fesih nedenlerinin benzeşmesi ve hatta örtüşmesinin doğal ve her hukuk sisteminde kabul edilen esaslar olduğu belirtilmelidir.

Varılan bu sonucun önemli bir sonucu; gerek gerekcede, gerekse mahkeme kararları ve doktrinde geçerli neden olarak belirtilen durumların birer örnek oluşturduğu, ancak hiçbir şekilde her olay bakımından mutlak kabul edilmemeleri gerektiğidir. Dolayısıyla; Alman hukukundan nakledilen ör-

mahkeme kararlarının oluşmasıdır. Oysa, Yargıtay'ın aşağıda yer verilen kararlarında görüldüğü gibi, içtihatlar tam aksi yönde gerçekleşmiş, haklı neden olarak nitelenebilecek birçok durumda Yüksek Mahkeme geçerli nedenin varlığına hükmetmiştir. Öte yandan II. bentte sayılan nedenler yabancı hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında nedenlerin ağırlıklı olarak paralellik arzettiği söylenmelidir.

Sağlık nedenleri bakımından konu ele alındığında; genelde yabancı hukuk sistemleri ile farklılığın bu noktada yaşandığı, kusura dayanmayan hastalığın işyerinde olumsuzluğa sebebiyet vermesinin yabancı sistemlerde kural olarak geçerli fesih nedeni olarak kabul edildiği, ancak istisnai durumlarda hastalık nedeniyle haklı feshine başvurulabileceği görülmektedir. Nitekim, doktrinde de İşK. 25/I-b de yer alan askı süresinden sonra haklı nedenle feshine imkân veren düzenlemenin isabetli olmadığı savunulmaktadır³⁴. Sağlık nedenleri ile yapılan fesihte işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı dikkate alındığında Türk hukuku bakımın-

dan sorun, bildirim süresinin tanınmamasıdır. Kuşkusuz bu noktada bir değişiklik gereği tartışmaya açıktır.

IV. Haklı-Geçerli Fesih Ayrımı ve Yargıtay Kararları

İş güvencesi sisteminin kabulünden sonra Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları değerlendirildiğinde dikkati çeken husus; haklı fesih nedeni olarak nitelenebilecek birçok durumda Yüksek Mahkeme'nin geçerli fesih nedeninin bulunduğu hükmetmesidir. Kararlar incelendiğinde bazı karar metinlerinde "feshin geçerli nedene dayandığı" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Bu noktada tereddüt yaratan husus; bu ifadenin genel anlamda feshin geçerli olduğunun belirtilmesi için mi kullanıldığı, yoksa İşK. mad. 18 anlamında geçerli neden içeren bir fesih işleminin mi bulunduğu? Zira, işçi tarafından İşK. mad. 20 uyarınca açılan davada talep "feshin geçerli nedene dayanmadığının tespiti ve işe iade" dir. Yüksek Mahkeme talep karşısında feshin geçerliliği ve talebin reddine ilişkin olarak mı geçerli fesih nedeninden söz etmektedir? Belirtmek gerekir ki, kararlardan bu hususun anlaşılması mümkün değildir.

Gerçekte haklı neden bulunmakla birlikte, feshin geçerli nedene dayandığı yönünde oluşturulacak kararlar bakımından çıkacak sonuç önemlidir. Zira, kararda varılan "geçerli nedenle fesih" olduğu yolundaki hüküm daha sonra açılan ihbar ve kıdem tazminatı davasında "kesin hükmün kesin delil etkisi" çerçevesinde feshin niteliğinin tartışılmasına imkân tanımayacaktır⁴⁵. Dolayısıyla, "geçerli fesih" veya "geçerli nedene dayanan fesih" olarak hükmün oluşturulduğu hallerde işçi ihbar ve kıdem tazminatı talep edebileceği gibi, işsizlik sigortasından da yararlanacaktır. Bu noktada, Yüksek Mahkeme'nin kararlarında ayrımın açıkça ortaya konulması gerekliliği açıktır.

Yargıtay'a göre; işçinin işten çıkarılan taşeron işçilerini desteklemek amacıyla iş saatinin bitiminde işyerinden ayrılmayarak iş arkadaşlarını işverene karşı kışkırtması ve işyerinde huzursuzluk çıkarması, üretimin engellenmemesi nedeni ile haklı fesih nedeni oluşturmamakla birlikte, geçerli fesih nedeni oluşturmaktadır⁴⁶. Karara konu olayda değerlendirilmesi gereken husus, işçilerin davranışlarının İşK. mad. 18 anlamından işçinin davranışından kaynaklanan bir geçerli sebep mi? Yoksa İşK. mad. 25/II anlamında güvenin kötüye kullanılması veya sadakat borcuna aykırılık niteliğinde bir haklı fesih nedeni mi oluşturmaktadır? Karara konu olayın özellikleri bilinmemekle birlikte, Yüksek Mahkeme'nin bizzat işyerinde "huzursuzluk çıkarma" ve "iş arkadaşlarını işverene karşı kışkırtma" olgularını tespit ettiği dikkate alındığında, bu davranışların haklı fesih nedeni olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir⁴⁷. Nitekim, taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyen, sadakat borcuna aykırı davranışların haklı fesih nedeni oluşturmasında üretimin engellenip engellenmemesi başlıbaşına önem taşımayacaktır.

Yargıtay'ın yine benzer bir olaya ilişkin olarak verdiği kararda; işverenin bazı işçileri işten çıkarması üzerine, davacı işçinin de aralarında bulunduğu yaklaşık 40 işçinin işten çıkarılanları ve kendisinin de işten çıkarılıp çıkarılmadığını öğrenmek üzere işverenin açıklama yapması için mesai saatinin bitiminden saat 20.20'ye kadar yemekhane de toplanması nedeniyle yapılan feshin "geçerli nedene dayandığı"na hükmedilmiştir⁴⁸. Kararda işyerinin normal yürüyüşünün aksadığı ve bu davranışın işyerinde olumsuzluklara yol açtığı belirtilmiştir.

Yargıtay'a göre; eğitim vermekle yükümlü olan davacının, birden çok kez uyarıldığı halde seminer tarihinden iki gün önce rapor alması, önceden haber vermemesi, durumdan seminerin yapılması gereken gün geçtikten sonra işvereni bilgilendirmesi, savunma vermemesi "davranıştan kaynaklanan geçerli sebeptir"⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, tüm ayrıntıları ile olay incelendiğinde davacı işçinin seminer vermek istemediği, bu konuda iradesini açıkça ortaya koyduğu, defalarca kendisine durumun hatırlatılıp, gün seçiminin kendi ihtiyarına bırakıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, işçinin davranışının İşK. mad. 25/II -h uyarınca haklı nedenin bulunduğu kabul edilmelidir⁵⁰.

Yüksek Mahkeme işyerinde satış elemanı olarak çalışan davacı işçinin işyerinin amiri olan satış müdürüne "sen benim çocuğum yaşındasın, bana müdürlük mü yapıyorsun" sözlerini sarf ettiği elini müdüre doğru salladığı, ancak isabet ettiremediği için darp eylemini gerçekleştirmediğini tespit ettikten sonra bunu geçerli fesih nedeni olarak kabul etmiştir⁵¹. Olayın ayrıntıları bilinmemekle birlikte, amirin tahrik niteliğinde davranışları bulunmadığı

takdirde, işçinin davranışı İşK. mad. 25/II d kapsamında "işçinin...işverenin başka işçisine sataşması" olarak nitelendirilebilir.

Yargıtay'ın bir diğer kararında güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin işyerini terk edip personel odasında televizyon seyretmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı belirtilmiştir¹². Yine, benzer bir olayda gece vardiyasında kanapede uyurken yakalanan koruma görevlisinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli fesih oluşturduğuna karar verilmiştir¹³. Oysa her iki olayda borca aykırılık söz konusu olup, bu aykırılık davacı işçilerin yapmakla yükümlü oldukları iş dikkate alındığında ağır niteliktedir. Kuşkusuz, somut olayın özellikleri çerçevesinde; aynı durumun tekrarlanmış olup olmadığı, işçinin daha önceki tutum ve davranışları, kıdemi dikkate alınabilir ve beklenmezlik kriteri çerçevesinde yapılacak değerlendirmede bildirim süresi içerisinde işçinin işyerinde çalışmaya devamının işverenden beklenip beklenemeyeceği değerlendirilir. Ancak, işyeri güvenliğinin söz konusu olduğu olayda, varılacak sonuç kural olarak bir haklı fesih nedeninin varlığı olmalıdır. Meğer ki, somut olayın özellikleri istisnai bir değerlendirmeyi haklı kılsın.

Bir başka kararda işçinin işyerine ait bilgisayarı kullanarak çalışma saatleri içinde aynı yerde çalışan başka bir hanım arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli fesih nedenine dayalı olduğu kabul edilmiştir¹⁴. Belirtmek gerekir ki olayın koşulları, işçinin davranışının İşK. mad. 25/II-c uyarınca "işverenin bir başka işçisine cinsel tacizde bulunması" veya 25/II-d uyarınca "...işverenin başka işçisine sataşması" kapsamında değerlendirilmesine de imkân verebilmektedir. Kuşkusuz öncelikle davranışın ağırlığı, davranışa maruz kalan işçiye ve işyerindeki diğer işçilere etkisi bu konuda belirleyicidir.

Yargıtay'a göre; alkollü olarak işyerine ait aracı kullanarak maddi hasarlı kaza yapmak, İşK. mad. 18 anlamında geçerli fesih nedenidir¹⁵. Şoför olarak çalışan işçinin 8/8 kusurlu hareketi ile sebep olduğu trafik kazası sonucu araçta hasar meydana gelmesi ve yaralamanın vukuu geçerli fesih nedeni oluşturmaktadır¹⁶. İşçinin çalışma saatleri içinde işvereni muhatap alan uygunsuz ifadeler içeren e-maili müdürünün bilgisayarına göndermesi, akabinde okunmasını engellemek maksadı ile izin almaksızın müdürün masasına giderek e-maili silme-

si Yüksek Mahkeme tarafından geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmiştir¹⁷.

Yine bir başka kararda; işçinin ard arda üç gün işe gelmediği, bu tarihlerde hasta olduğunu ileri sürmesine rağmen rapor ibraz etmediği, gelmediği günler gelmiş gibi gösterilerek ücretlerini aldığı hususları tespit olunduktan sonra "işverenin feshi geçerli nedene dayanmakta" hükmüne varılmıştır¹⁸. Anılan durumun hem devamsızlık, hem de güvenin kötüye kullanılması çerçevesinde haklı nedenle fesih nedeni oluşturduğu kabul edilmelidir. Ancak burada Yüksek Mahkeme'nin işe iadenin reddi açısından mı feshin geçerli nedene dayandığı ifadesini kullandığı anlaşılabilir.

Tüm bu örnekler bir yandan haklı-geçerli neden ayrımının güçlüğünü ortaya koyduğu gibi, diğer yandan Yargıtay'ın haklı fesih nedenlerini oldukça dar yorumlama eğiliminde olduğunu da göstermektedir.

V. Sonuç

Genel olarak mevcut sistem karşılaştırmalı hukuk ışığında değerlendirildiğinde:

1. Türk hukukunda yaşanan ayırım sorununun diğer hukuk sistemlerinde de yaşandığı, bunun haklı ve geçerli fesih nedeni kavramlarının özünden kaynaklandığı ve doğal olduğu, ayırım için kriterlerin öncelikle mevcut İşK. mad. 25 ve MK. mad. 2 çerçevesinde ortaya konulabileceği, yasal düzenleme ile somut düzenlemelerin getirilmesinin olanaklı olmadığı görülmektedir. Nitekim, yabancı hukuk sistemlerinde de, ayırım yasa hükümleri ile değil, mahkeme kararları ile gerçekleştirilmektedir.

2. Ayırım sorunu esasen iş güvencesi sisteminin kabulüne özgü değildir. Türk hukukunda süreli feshin kıdem tazminatına hak kazandırdığı dikkate alındığında, 1475 sayılı Yasa döneminde de nitelenmenin önemli olduğu kuşku dışıdır. Doktrinde özellikle 25/II'nin kapsamının daraltılmamasının sorunu ortaya çıkardığı savunulmaktadır. Kapsamın geniş olmasının ortaya çıkarabileceği olası sonuç; birçok olayda haklı fesih nedeninin varlığının kabul edilmesidir. Ancak, uygulama tam tersi yönde gerçekleşmekte ve Yargıtay içtihatları haklı fesih olarak nitelenebilecek birçok halde geçerli fesih nedeninin varlığı yönünde şekillenmektedir. Bu açıdan bakıldığında, 1475 sayılı Yasa döneminde tam tersi bir eğilimin söz konusu olduğu söylenebilir.

3. Türk hukukunda yaşanan çelişkilerin nedenlerinden biri: 18. madde gerekçesinde Alman hukukundan alınan örneklere yer verilmiş olmasıdır. Ancak bunların bizzat bu hukuk sisteminde kimi hallerde haklı fesih nedeni oluşturduğu, dolayısıyla mutlak anlam verilmemesi, birer örnek teşkil edebileceği dikkatten kaçırılmamalıdır.

4. Ayrımın gerçekleştirilmesinde beklenmezlik kriteri ve somut olayın koşulları çerçevesinde yapılacak değerlendirme belirleyicidir. Süreli fesih hakkının geçerli nedene bağlanmış olması, haklı nedenler konusunda farklı bir ölçütün kabulünü gerektirmez. Haklı nedenin varlığı; yani ilişkiyi tahammül edilmez, beklenmez, çekilmez kılan ağırlıkta bir borca aykırılık veya güven ilişkisinin çökmesi söz konusu olduğu durumlarda esasen süreli fesih için yasada neden öngörülmüş olması fark yaratmaz. Yasa yeni bir haklı neden kavramı getirmektedir. Esasen getirilmesi de mümkün değildir.

5. Her iki fesih nedeni bakımından paralellik bulunduğu hallerde, niteleme öncelikle işçinin kıdem tazminatına hak kazanması bakımından önemlidir ki, bu özellik 1475 sayılı Yasa döneminde de mevcuttur. Dolayısıyla, iş güvencesi sisteminin haklı nedenlerin daha dar yorumlanması gereğini beraberinde getirdiğini söylemek isabetli olmayacaktır. İş güvencesi sistemi feshin geçerliliği ve işe iade bakımından önemlidir. Oysa sözleşmeyi sona erdirmeye yeterli bir neden bulunduğu takdirde bunun geçerli veya haklı neden olarak nitelendirilmesi, iş güvencesi sisteminin dışında kıdem ve ihbar tazminatının ödenip ödenmeyeceği sorundur. Haklı fesih kurumunun sonuçları bakımından ağır olması ve bu nedenle genel bir ifadeyle olguların sözleşmeyi devamı beklenmez kılacak ağırlıkta olması gerekliliği, hakimin takdir yetkisini kullanırken -iş güvencesi sistemi olsun veya olmasın- dikkate alması gereken öncelikli unsur niteliğindedir.

DİPNOTLAR

- 1 M. K. OĞUZMAN, Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 164-165; R. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, 121-122.
- 2 SEROZAN, 122; Ö. SELİÇİ, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 202.
- 3 SELİÇİ, 156.
- 4 K. TUNÇOMAĞ/T. CENTEL, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, 200.
- 5 M. EKONOMİ, İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, 201.

- 6 SELİÇİ, 186.
- 7 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. S. ODAMAN, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003. Yazar 1475 sayılı Yasa'nın 17-II bendi ile ilgili değerlendirmesinde, düzenlemenin sadakat borcunun ihlalinin yaptırımını düzenlediğini belirtmektedir, 85.
- 8 Ö. EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Dergisi, MESS, Temmuz 2003, 138.
- 9 Alman hukukunda haklı neden yerine "önemli neden" (Wichtige Grund) ibaresi kullanılmakla birlikte, haklı neden kavramını tercih etmemiz kavram birliğinin sağlanması açısındandır.
- 10 R.ASCHEID/U.PREIS/I.SCHMIDT-DÖRNER, Kündigungsgesetz Grosskommentar zum gesamten Recht der Beendigungen Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl., München 2004, § 1 KSchG, RdNr. 265; U. PREIS, Neuere Tendenzen im Arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, DB, Heft 28, 1988, 1447.
- 11 Y.9.HD., 08.03.2000, E. 1999/109.K. 2000/2876. Tühis, Kasım 2000-Şubat 2001, S. 4-5, 59.
- 12 Kazuistik sayımın tercih edilmemesi, olası ihtimallerin yasa dışı tespitinin mümkün bulunmayışı bu yüzden esnek bir düzenleme gereğine dayandırılmıştır. Alman hukukunda özellikle, Feshe Karşı Koruma Yasası'nın kabulünden sonra haklı-geçerli fesih ayrımı konusunda zorluklar yaşanmış ve ayrımın somutlaştırılmasına çalışılmışsa da, bu ayrımın hakim tarafından belirli bir somut davranış, özellik veya olgu bakımından her olayda ortaya konulabileceği gerek doktrin, gerekse yargı içtihatları tarafından benimsenmiştir. (H. GALPERIN, Der Wichtige Grund Zur Ausserordentlichen Kündigung, DB 1964, Nr. 31/31, 1114).
- 13 Alman hukukunda gerek Feshe Karşı Koruma Yasası çerçevesinde geçerli fesih nedenlerinin, gerekse BGB § 626'da düzenlenen haklı fesih nedenlerinin yasal düzenlemede yer almasının adeta bir görünüşte yanılma oluşturduğu, her iki düzenlemede de nedenlerin genel kloz halinde yer alması nedeniyle, esasen bir hakim hukukunun söz konusu olduğu ileri sürülmüştür (B. RUTHERS, Arbeitsrecht und ideologische Kontinuität, NJW 1998, 1433).
- 14 ASCHEID/PREIS/SCHMIDT -PREIS, Grundlagen, RdNr. 38.
- 15 BROX RUTHERS HENSSLER, Arbeitsrecht, 16. Auflage, Stuttgart 2004, 175.
- 16 G.SCHAUB/U.KOCH/R.LINCK-LINCK, Arbeitsrecht Handbuch, 11. Aufl. München 2005, 1331 vd.; A.BUSEMANN/H.SCHAEFER/F.BLEISTEIN, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. Berlin 2002, RdNr. 362 vd.; F. GAMILLSCHEG, Arbeitsrecht I, 8. Auflage, München 2000, 555 vd.; SCHWERDTNER, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil II, 3. Auflage, Band 4, §§ 607-704, 969 vd.
- 17 BAG, 18.10.2000, AP Nr.9 zu § 626 BGB Krankheit= DB 2001, 338.
- 18 SCHWERDTNER/ Münchener Kommentar, 959 vd.
- 19 BGB § 314'de 2002 yılında yapılan değişikliklerle sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshine ilişkin genel bir hüküm kabul edilmiş ve fesihten önce ihtarı yapılması koşulu kabul edilmiştir. İş ilişkisinde de, ihtarın yapılması gereği kabul edilmektedir. Ancak, ihtarın yapılmasının beklenemeyeceği, ağır sadakate aykırılık hallerinde böyle bir ihtar aranmaz.
- 20 BROX RUTHERS HENSSLER, 176.

- 21 SCHWERDTNER, 967.
- 22 M. AHRENDT, *Der Kündigungsschutz bei Arbeitsverhaeltnissen in Frankreich*, Baden-Baden 1995, 104 vd.; kusur ve hakimın takdir yetkisi için bkz. S. ODAMAN, *Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep Haklı Sebep Ayrımı*, *Çimento İşveren Dergisi*, Mayıs 2003, 25.
- 23 İş edimine ilişkin sebepler altında; tekrarlanan şekilde ve mazeretsiz olarak işe gelmeme veya geç gelme, yasa dışı greve katılma, hastalık nedeniyle devamsızlıkta hastalığın işverene bildirilmemesi, sürekli ve bilinçli olarak işi yükümlenilen çerçeve dahilinde ifadan kaçınma, işverenin talimat yetkisi çerçevesinde kalan talimatlarla ve işletme normlarına aykırılık, işveren veya işyerinde çalışan diğer işçiler ile ailelerine karşı taciz veya zor kullanım, işi olumsuz olarak etkileyen düzenli olarak sarhoşluk ve ilaç kullanımıdır. Sözleşmeden kaynaklanan sadakat yükümüne ve güven ilişkisine aykırılık oluşturan hallerde örnek olarak; işçinin raporlu olduğu süre içinde kendi hesabına veya bir başkası hesabına çalışması, işin bilinçli olarak ihmali (gece bekçisinin uyuması), iş süresi içinde başka işle uğraşma, işyeri aracının kendi özel amaçları için kullanılması, banka görevlisinin gece geç saatlere kadar yerel kumarhanede kumar oynaması, gazetede işyeri aleyhine yazı yayınlanması, otobüs şoförünün içkili olması, rekabet edici fillerde bulunma halleri verilmektedir.
- 24 İtalyan, İngiliz, Hollanda, Belçika, İsveç, Avusturya, Danimarka ve İrlanda hukuk sistemlerinde de haklı-geçerli fesih ayrımında aynı kritere dayanılmaktadır (R.REBHIAHN, *Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU*, ZfA 2003, 210 vd).
- 25 G. ALPAGUT, *İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam İşverenleri Sendikası, 218.
- 26 Bkz. S. SÜZEK, *İş Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 2005, 458; İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, 577. Yazar haklı fesih nedenlerini güven ilişkisinin sarsılması veya çökmesi bağlamında açıklamaktadır. Aynı yönde; SELİÇİ, 34 vd.; SEROZAN 172.
- 27 BUSEMANN/SCHAEFER/BLEISTEIN, RdNr. 343 vd.
- 28 BUSEMANN/SCHAEFER/BLEISTEIN, RdNr. 380. Ancak doktrinde bu gibi hallerde de kapsamlı bir çıkar değerlendirmesine gidilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre; işçinin işyerinden üç kivi alması kıdemi, yaşı, miktarın küçüklüğü dikkate alındığında süreli fesih nedeni veya sadece uyarıyı gerektiren bir davranış olarak da nitelendirilebilecektir (GAMILLSCHEG, 559).
- 29 Aksî görüş bkz. SÜZEK, İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, 583.
- 30 P. SOYER, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, GÜ-İB 2001 Yılı Toplantısı, 32-33; A. GÜZEL, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, GÜ-İB, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 40-41; P. SOYER, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, LEGAL 2005 Yılı Toplantısı, 46; SÜZEK, 458; Aynı yazar; İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 582; Ö.EYRENCİ, 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, LEGAL İHSGHD, 2004/1, 34. Ayrıca bkz. D.ULUCAN, İş Güvencesi, 2. Baskı, 37 vd.; N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 18. Baskı, İstanbul 2005, 207, Yazar yasal düzenlemeye gidilmediği sürece olaya göre durumun incelenmesi ve madde 25/II ile yapılacak karşılaştırma sonucu bir yargıya varılması gerektiğini belirtmektedir.
- 31 GÜZEL, 39 vd.
- 32 ALPAGUT, 220.
- 33 P. SOYER, III. Yılında İş Yasası, Genel Görüşme, 289.
- 34 ULUCAN, İş Güvencesi, 47; GÜZEL, 52.
- 35 ALPAGUT, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, 219. Bu bağlamda, yeniden aynı konuda açılacak bir dava kesin hüküm nedeniyle reddedileceği gibi, ihbar ve kıdem tazminatı talebine yönelik davada da kesin hükmün kesin delil etkisi söz konusu olacak ve bu husus tekrar ele alınamayacaktır. Krş. SOYER, Genel Görüşme, 290.
- 36 Y.9.HD., 31.01.2005, 2004/31609, 2005/2521, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 396.
- 37 Bu durumların bir haklı fesih nedeni oluşturduğu yönünde bkz. H. MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara 2004, 566; SÜZEK, İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, 582.
- 38 Y.9.HD., 02.05.2005, 12359/15192, Tekstil İşveren D., S. 312 Aralık 2005, 44-45.
- 39 Y.9.HD., 04.03.2004, 1389/4190, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 452-453.
- 40 Aynı yönde; SÜZEK, 464.
- 41 Y.9.HD., 26.01.2005, 2004/30915, 2005/1538, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 505.
- 42 Y.9.HD., 08.12.2003, 19608/20354, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 434.
- 43 Y.9.HD., 02.03.2005, 2209/6706, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 492.
- 44 Y.9.HD., 16.12.2004, 18435/28069, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 484.
- 45 Y.9.HD., 10.01.2004, 2004/24037, 2005/413, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 493.
- 46 Y.9.HD., 10.01.2005, 2004/27215, 2005/158, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 562.
- 47 Y.9.HD., 10.02.2005, 424/3763, İşveren D., Temmuz 2005, Yargıtay Kararları Özel Eki, 9.
- 48 Y.9.HD., 26.01.2005, 2004/32207, 2005/1541, İBD, C.79, s.6, 2005, 2151.