

İŞ AKDİNİ FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

Prof.Dr. Sarper SÜZEK
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

I. İŞVERENİN FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

1. Fesih Hakkının Yasayla Sınırlandırılması

a) İş Güvencesi

Hukuk sistemimizde İş Kanununun 13. maddesi uyarınca bildirimli fesih hakkının kullanılmasında serbesti ilkesi geçerli olup, işveren iş akdini herhangi bir neden göstermek zorunda bulunmaksızın istediği zaman bildirim önelerine uymak suretiyle feshedebilir. Söz konusu fesih usulsüz de olsa veya bir hakkın kötüye kullanılması da oluştursa geçerli bir fesihtir, iş akdini sona erdirir. İşçi bu feshe karşılık sadece yasada öngörülen tazminatları talep edebilir. Ayrıca fesih hakkının usulsüz kullanıldığını veya bir hakkın kötüye kullanılması oluşturduğunu ispat yükü de işçiye aittir.

Ülkemizde iş akitlerinin feshinde işyeri sendika temsilcilerine getirilen güvence (SK 30) dışında işçilerin feshe karşı korunmasında bir iş güvencesinin varlığından söz edebilmek güçtür, Türk iş hukuku öğretisinde ülkemizde yeterli bir iş güvencesi bulunmadığı ve bu hususta yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu konusunda bir görüş birliğinin varlığı gözlenmektedir.¹

¹ **S.Süzek**, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1979, 29 vd., 91 vd. **K.Oğuzman**, Türkiye'de İşçilerin Feshe Karşı Korunması, Almanya'da ve Türkiye'de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1985, 21 vd., 33 vd. **T.Esener**, İş Hukuku, B.3, Ankara 1978, 234-235. N.Çelik İşçinin Feshe Karşı Korunması, Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul 1981, 43, 56-58. M.ekonomi, Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, 81 vd. K.Tunçomağ, İş Hukuku, C.1, B.4, İstanbul 1986, 354. M.Kutal, Türk Mevzuatında İstihdam Güvencesinin Yeri ve Yetersiz Yönleri, İkt. Mal., Şubat 1977, 460 vd. **S.Taşkent**, İş Güvencesi, İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Hukuk sistemimizde feshe karşı koruma geleneksel hakkın kötüye kullanılması teorisi ile sağlanmaya çalışılmaktadır. İş güvencesini getirmek amacıyla 4.7.1975 tarihinde 1927 sayılı yasa ile İş Kanununun 24. maddesinde yapılan değişiklik de bu sonucu sağlamaktan uzak kalmıştır.²

Çağdaş iş hukuku fesih bildiriminden yararlanmada tarafları eşit kabul eden geleneksel anlayıştan uzaklaşmıştır. Fesih bildiriminde taraflar arasında mevcut bulunan eşitlik ilkesi artık yerini belirli ölçüde işçinin korunması fikrine bırakmıştır. Gerçekten, işçinin iş akdini feshetmesi ile işveren eğer aynı iş için yeni işçi bulma gücüne düşerse bir zarara uğrayabilir. Ancak bu zarar genellikle ücretinden başka bir geliri olmayan işçinin işini yitirmesi sonucu içine düşebileceği ekonomik güçlük ile kıyaslanamaz. Bu itibarla her şeyden önce işçinin sosyal nedenlerle feshe karşı korunması gerekmektedir.

Bunun gibi, iş akdinde işçinin kişisel bağımlılığının bir unsur olarak yer alması bu sözleşmenin feshine hakim olacak esasları da etkilemekte, işverenin fesih hakkının yasa koyucu tarafından belirli oranda sınırlandırılmasını haklı kılmaktadır. Gerçekten, belirsiz süreli iş akdinin taraflarına bildirimli fesih hakkının tanınmasının dayanağı her iki tarafın kişilik haklarının korunması düşüncesidir. Böylece belirsiz süreli iş akitlerinin taraflar için bir tür akdi kölelik yaratmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak iş ilişkisinde kişilik haklarından vazgeçmek anlamında taraflar arasında bir eşitlik söz konusu değildir. Çünkü işverenin kişisel bağımlılığı altına girmekle kişilik haklarından asıl vazgeçen taraf işçidir. Bu olgu, işçiye tabi bulunduğu kişisel bağımlılıktan kurtulması amacıyla iş akdinin feshinde daha fazla serbesti tanınmasını, buna karşılık işverenin fesih hakkının belirli ölçüde sınırlandırılmasını gerekli kılar.³

İş güvencesinin sağlanabilmesi için sadece bildirimli fesih hakkının değil bildirimsiz fesih hakkının da sınırlandırılması gerekir. Özellikle İş Kanununun 17. maddesinin II. bendinde bildirimsiz fesih nedeni sayılan hallerden bir kısmının

1991, 25 vd. **Ü.Narmanlıoğlu**, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, B. 3, İzmir 1998 , 385 vd. P. **Soyer**, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, 272-273. **D.Ulucan**, Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, Prof.Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, II, İstanbul 1982,187, 189-190. **A.Güzel**, Türkiye'de Feshe Karşı Korumanın Kıdem Tazminatı ve İşsizlik Sigortası İle İlişkileri, Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997,192 vd. **F.Demir**, İş Güvencesi Hukuku, B.2, İzmir 1999, 33 vd., 67 vd. **A.Tuğ-A.Başbuğ**, İş Güvencesiz İş Hukuku, Ankara 1992, 48 vd. **H.H.Sümer**, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997, 5 vd.

² Bu konuda bkz. **N.Çelik**, İş Hukuku Dersleri, B.15, İstanbul 2000, 162-163. **Ekonomi**, 158 Sayılı, 82. **Taşkent**, İş Güvencesi, 74 vd. **M.Çenberci**, B.6, Ankara 1986, 629 vd. **C.İ.Günay**, Şerhli İş Kanunu, C.1, Ankara 1998,1256

³ **S.Süzek**, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, 9-10

kolaylıkla fesih serbestisi sağlayan esnek, geniş ve işçiyi kıdem tazminatı hakkından yoksun bırakacak kadar ağır niteliği gözönünde tutulduğunda bu ihtiyaç kendisini göstermektedir. Bu itibarla, sadece İş Kanununun 13. maddesinin değil İK 17/II'de yer alan nedenlerden bazılarının yeniden gözden geçirilmesi ve işverence yapılacak haksız fesihlere uygulanacak yaptırımların da iş güvencesine uygun hale getirilmesi gerekir. Kuşkusuz işçinin kusurlu davranışları yaptırımla karşılanmalıdır. Ancak kusurla yaptırım arasında adil bir denge kurulması gereği de hukukun en temel ilkelerindedir. İK 17/II'nin kapsamına giren bazı hallerin, işten çıkarılan işçiyi bildirim önelleri ve kıdem tazminatı hakkından yoksun bırakmayan, İK 13'e uygun meşru (geçerli) bildirimli fesih nedeni olarak kabul edilmesi bu ilkeye daha uygun düşecektir.⁴

Bununla beraber önemle belirtelim ki, sadece işçinin iş güvencesinin sağlanması sorunu üzerinde durarak ekonominin ve **işletmenin gerekleri** ile düzenini hiç gözönünde tutmamak da yerinde bir tutum değildir. İşletmenin ekonomik ve mali zorunlulukları, modern teknolojinin gereklerine uydurulması, daha rasyonel çalıştırılması, işletmenin düzeninin sağlanması, işçinin kişiliğinden veya kusurlu davranışlarından doğan nedenler işçi çıkarmayı gerekli kılabilir. Bu nedenle, iş akitlerinin feshini çok güçleştiren, katı bir iş güvencesinin kabul edilmesi de isabetli sayılamaz. O halde, kanımıza göre bu konuda amaç iş güvencesinin sağlanması ile işletme gereklerini uyumlu bir denge içinde birleştirmek olmalıdır.⁵

Modern iş hukukunda işçinin iş güvencesinin korunması için, işyerini devrinde iş akitlerinin yeni işverenle devamını veya belirli durumlarda iş akdinin askıya alınmasını sağlayan yöntemler yanında fesih hakkının kötüye kullanılması teorisi ile yetinmeyen, bu hakkı yasayla bazı açılardan kısıtlayan sistemler geliştirilmiştir. Değişik ülkeler hukukunda iş güvencesini sağlayıcı yönde düzenlemeler getirildiği⁶ gibi Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi de bu konuyu düzenlemektedir.

4 Soyer, 158 Sayılı, 282, 293. Süzek, Fesih, 25-26

5 Süzek, Fesih, 31

6 İş Güvencesi konusunda yabancı ülkeler için bkz. P. Durana, Kapport de synthese, La stabilite de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., Luxembourg 1958, 17-18. G.H.Camerlynck, Le contrat de travail, Droit du travail, T.I, ed. 2, Paris 1982, 351 vd., 430 vd., 448 vd. **A.Mazeaud**, Droit du travail, Paris 1998, 293 vd. **A.Brun-H.Galland**, Droit du travail, T.I, Les rapports individuels de travail, ed. 2, Paris 1978, 873 vd. **G.Couturier**, Droit du travail, 1, Les relations individuelles de travail, ed.2, Paris 1994, 190 vd., 253 vd. **B. Teyssie**, Droit du travail, 1, Relations individuelles de travail, ed.2, Paris 1992, 645 vd. C.Rade, Droit du travail, Paris 2000, 125 vd. **O.Kauffman-F.Kessler-P.Ä.Köhler**, Le droit social en Allemagne, Paris 1991,105 vd. **J.Pelissier**, Le nouveau droit du licenciement, Paris 1977,145 vd., 174 vd. **Süzek, Fesih**, 33 vd. **Taşkent**, İş Güvencesi, 37 vd. **Demir**, İş Güvencesi, 98 vd., 117 vd, 136 vd., 186 vd. **Alpagut**, Feshe Karşı 79 vd.

b) 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Tasarı

158 sayılı ILO sözleşmesi ülkemiz tarafından 10.8.1994 tarihinde onaylanmış bulunmasına karşın henüz uyum yasası çıkarılmadığından iç hukukumuzda yaşama geçirilememiştir. Hukukumuzda, ilkeleri doğrultusunda düzenleme yapma yükümlülüğü altına girdiğimiz 158 sayılı sözleşmenin getirdiği sistem ve başlıca hükümleri konusunda kısaca bilgi verilmesi isabetli olacaktır.⁷

Her şeyden önce sözleşmenin 2. maddesinin 1. bendinde her ne kadar bu sözleşmenin "tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara" uygulanacağı belirtilmişse de, aynı maddenin 5. bendinde "işletme büyüklüğü" ve "özel istihdam şartları" gözönünde tutularak bir grup işçinin yasa dışında bırakılabileceği öngörüldüğünden, bazı işyerlerinin (örneğin 5'den az işçi çalıştıran) ve özellik gösteren bazı işçi gruplarının (ev hizmetlerinde, aile içinde, mevsimlik işlerde çalışanlar ya da üst düzey yöneticileri gibi) uyum yasası dışında bırakılabilmesi mümkün bulunmaktadır.

158 sayılı sözleşme, iş güvencesinin temel esaslarından biri olan bildirimli feshilerin **geçerli (meşru) bir nedene** dayanması zorunluluğunu 4. maddesinde hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre "İşçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işin gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez". Bu maddenin türkçeye çevirisinde eksiklik bulunduğundan orijinal metne uygun olarak maddeyi, işçinin kişiliğinden (yeteneğinden) veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden bulunmadıkça iş akdine son verilemez, şeklinde anlamak daha uygun olacaktır. Bu nedenler, belirli veya belirsiz süreli iş akitlerinin derhal feshi için aranılan "haklı nedenleri" oluşturmayan, ancak iş akdinin bildirimli feshiyle sona erdirilmesini meşru kılan nedenler olduğu için, ayırt edici olmak üzere sözleşmede "geçerli neden" terimi kullanılmıştır.

Sözleşmenin 4. maddesini izleyen 5 ve 6, maddelerinde ise hangi hallerin fesih için geçerli bir neden oluşturmayacağı belirtilmiştir. Bunlar, sendika üyeliği, sendikal faaliyetler, işçi temsilciliği, işverenin şikayet edilmesi, doğum, hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlık halleri ile işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranmak suretiyle iş akdini feshetmesidir.

Diğer taraftan sözleşmede iş akdinin feshinde geçerli bir nedene dayanılıp dayanılmadığını **ispat yükünün** sadece işçiye ait olmaması için düzenleme getirilmiş ve 9. maddenin 2. bendinde seçenekli bir hüküm öngörülmüştür. Buna

⁷ 158 sayılı sözleşme hükümleri ve ülkemiz hukukuna uyumu konusunda bkz. **Ekonomi**, 158 Sayılı, 81 vd. **D.Ulucan**, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumunu, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Ankara 1997, 159 vd. **Soyer**, 158 Sayılı, 269 vd.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

göre, geçerli bir nedenin bulunduğunu ya işveren ispat edecek (m.9/2, a) ya da sözleşmeyi onaylayan ülke tarafından yargıç "tarafarca getirilen kanıtlar ve ulusal mevzuat ve uygulamaların öngördüğü usuller çerçevesinde son verme üzerinde bir sonuca varmaya yetkili" kılınacaktır (m.9/2,b). İşverenin ispat yükünü hafifleten ikinci seçeneği, ispat yükünün taraflardan birinin üzerinde bırakılmaksızın, getirilen delillerin yargıç tarafından değerlendirilerek bir karara varılacağı şeklinde anlamak gerekir.⁸

Yargı organı tarafından feshin geçerli bir nedene dayanmadığının kararlaştırılması halinde uygulanacak yaptırım konusunda 158 sayılı sözleşmenin 10. maddesi esnek bir düzenleme getirmektedir. Anılan maddeye göre "Bu sözleşmenin 8'inci maddesinde belirtilen merciler son verme işlemini haksız bulurlarsa ve son verme işlemini iptale ve/veya işçinin işe iadesini öngörmeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değilse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır."

Görüldüğü gibi, onayladığımız 158 sayılı sözleşme yaptırım konusunda uygulanabilecek üç modelin herhangi birinin tercih edilerek iç hukuka geçirilmesine olanak tanımaktadır. Diğer bir deyimle, getirilecek yasayla fesih bildirimine geçersiz sayılarak taraflar arasındaki iş ilişkisinin hiç kesintiye uğramadan aynen devam ettiği veya yeni bir iş akdi kurularak işçinin işe iadesi ve bir tazminatın ödenmesi ya da sadece yeterli bir tazminata hükmedilmesi öngörülebilir.⁹

Belirtilen hususlar dışında 158 sayılı sözleşme işçiye savunma hakkının tanınmasını (m.7), toplu işçi çıkarmalarda işçi temsilcilerine danışılmasını (m.13) ve yetkili makama bildirimde bulunulmasını (m.14), iş akdi feshedilen işçinin işverenler tarafından veya işverenlerin katkısıyla oluşturulacak bir fondan ödenecek kıdem tazminatı hakkında ve/veya işsizlik sigortası yardımlarından yararlanacağını (m.12) hükme bağlamıştır.

İş güvencesi konusunda daha önce hazırlanan yasa tasarıları kanunlaşmamış ancak en son olarak öğretim üyelerinden oluşan dokuz kişilik bir bilim kurulu tarafından 158 sayılı sözleşmeye uygun olarak hazırlanan İş Kanunu ile Sendikalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında (İş Güvencesi) Kanun Tasarısı Meclise sevk edilmiştir.

İş Kanununun 13. maddesine değişiklik getiren bu tasarıya göre iş güvencesi hükümleri "on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan" işçilere uygulanacaktır.

⁸ **S.Süzek**, İş Güvencesinde Sosyal Tarafların Görüşleri, Aktin Feshinde Yargı Denetimi Sempozyumu, Ankara 1992, 120-121. **Soyer**, 158 Sayılı, 285. **Ulucan**, 158 Sayılı, 163-164.

⁹ **Ekonomi**, Feshe Karşı, 99 vd. **Ulucan**, 158 Sayılı, 164. **Soyer**, 158 Sayılı, 286-287.

Kamu-İş; C; 6, S: 4/2002

Tasarıda, belirsiz süreli iş akdinin bildirimli feshinde geçerli bir nedenin varlığı aranmakta ve işverenin "işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda" bulunduğu hükme bağlanmaktadır. Aynı şekilde, 158 sayılı sözleşmenin 5. ve 6. maddelerinde yer aldığı gibi hangi hallerin geçerli bir neden oluşturmayacağı sayılmaktadır.

Bunun gibi, yine tasarıda fesihden önce işçinin savunmasının alınması gerektiği ve feshin geçerli bir nedene dayandığının ispat yükünün işverene ait olduğu belirtilmektedir.

Geçerli olmayan bir nedene dayanan bildirimli feshin yaptırımı da yine tasarıda gösterilmiş ve şu hükme yer verilmiştir: "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az altı aylık ve en çok bir yıllık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. İşçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları kendisine ödenir".

Bundan başka tasarıda, İş Kanununun 17. maddesi uyarınca işverence yapılacak fesihten karşı da güvence getirilmiş ve iş akdinin İş Kanununun 17. maddesinin I, II ve III. bentlerine göre işveren tarafından derhal feshedilmesi halinde de işçinin İş Kanununun 13. maddesinde yer alacak yukarıda belirtilen iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağı öngörülmüştür.

Öte yandan, İş Kanununun 24. maddesini değiştiren tasarıda toplu işçi çıkarmalarda durumun en az otuz gün önce işyeri sendika temsilcilerine veya işçi temsilcilerine bildirileceği, bunlarla bu konuda görüşmeler yapılacağı ve yine durumun ayrıca aynı süre içinde bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna da bildirileceği hükme bağlanmıştır.

Nihayet, tasarıda işçilerin ve işyeri sendika temsilcilerinin sendikal haklarının güvencelerini düzenleyen Sendikalar Kanununun 30. ve 31. maddelerine değişiklik getiren kurallar da yer almıştır.¹⁰

Görüldüğü gibi, bu tasarı yasalaştığı takdirde on veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı ay kıdemi olan işçiler için iş güvencesi açısından

¹⁰ İş güvencesi yasa tasarisinin değerlendirilmesi ve eleştiriler için bkz. A. Güzel, İş Güvencesine İlişkin Temel İlike ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarisinin Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasa Tasarisinin Değerlendirilmesi, İstanbul 2001,19 vd. Soyer, 158 Sayılı, 291 vd.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

farklı bir hukuki sisteme geçilecek, feshe karşı korumada geleneksel hakkın kötüye kullanılması teorisinden yararlanan sistem bırakılacak, belirsiz süreli iş akitlerinde bildirimli fesih hakkının kendiliğinden doğduğu anlayışı terk edilecek, haklı nedenle fesih hakkının doğumunda olduğu gibi belirli (geçerli) nedenlerin varlığı aranacak, bu nedenlerin varlığını diğer sistemden farklı olarak işverenin ispatlaması gerekecek, aksi takdirde işveren işçiyi işyerine geri almak ya da işçiye mahkeme saptanacak (6 ay-bir yıllık ücreti tutarında) bir tazminat ile işçinin çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını (ve koşulları varsa ihbar tazminatını) ödemek zorunda kalacaktır. Bundan başka söz konusu güvenceler işçinin iş akdinin İK 17'ye aykırı olarak haksız feshedilmesi halinde de aynen uygulanacaktır.

Yukarıda anılan bilim kurulu tarafından ayrıca bir "Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı"da hazırlanmıştır. Hukukumuzda uygulanmaya başlayan "işsizlik sigortası", kanunlaştığı takdirde yürürlüğe girecek olan "iş güvencesi" ile "kıdem tazminatı"nın adil ve objektif bir dengeye kavuşturulması gerekmektedir. Bu üç hukuki müessesenin hem ülkenin hem de tarafların çıkarlarına uygun bir düzenlemeye kavuşturulması zorunluluğu iş hukukunun gündemini oluşturmaktadır.¹²

2. Fesih Hakkının Sözleşmeyle Sınırlandırılması

İşçilerin feshe karşı korunması sadece yasal düzenlemelerle değil, sözleşmelerle özellikle toplu iş sözleşmeleri ile de sağlanabilir. İş mevzuatındaki iş akdinin feshine ilişkin hükümlerin bir kısmı mutlak emredici, büyük çoğunluğu ise nispi emredici niteliktedir. Toplu iş sözleşmesinin tarafları mutlak emredici hükümleri sözleşmelerle ihlal edemezler ancak iş akdine ilişkin nispi emredici kuralları işçi yararına değiştirebilirler. Toplu iş sözleşmelerine bu yönde konulacak hükümlerle, toplu iş sözleşmesi özerkliğine uygun olarak fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin kurallar normatif bir değer kazanırlar.

a) Bildirimsiz (Haklı Nedenle) Fesih Hakkının Sınırlandırılması

İşverenin haklı nedenle fesih hakkı sözleşmeyle tümüyle ortadan kaldırılamaz, bu tür hükümler sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı bulunduğundan geçersizdir.¹³ Buna karşılık, fesih hakkının ortadan kaldırılmaması koşuluyla bu hakkın işçi lehine sözleşmelerle sınırlandırılması, yasada düzenlenenler dışında farklı yaptırımlara bağlanması mümkündür.

¹¹ Her iki sistem arasındaki farklar için bkz. **Süzek**, Fesih, 32 vd., 54 vd.

¹² Bu konuda bkz. **Güzel**, Feshe Karşı, 202 vd. 210 vd. **S.Başterzi**, İşsizlik Sigortası, Ankara 1996, 203 vd.

¹³ **M. Ekonomi**, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1987, 224. **Narmanlıoğlu**, Feshe Karşı, 317. **T.Centel**, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, B.2, İstanbul 1994, 199. Aynı doğrultuda, Y9.HD, 19.6.1996,1783/14013, İŞv., Ağustos 1996, 17.

Kamu-İş; C; 6, S; 4/2002

Yargıtay da işverenin hem bildirimli hem bildirimsiz fesih hakkının toplu iş sözleşmesiyle sınırlandırılabilirliğini karara bağlamıştır. Yüksek mahkemeye göre "İş Kanununa ait hükümlerin, kural olarak, nisbi nitelikte emredici hükümler olduğu şüphe dışıdır... Bir başka söyleyişle, kamu düzeninin sınırlayıcı etkisi, kural olarak, sadece işveren için söz konusudur. Bu değerlendirme, özellikle İş Kanununun davayla ilgili 13 ve 17 nci maddeleri yönünden geçerlidir. O halde, tarafların toplu iş sözleşmesine, işçi yararına olarak kanundakinden farklı hükümler koymaları caiz ve bu hükümler geçerlidir".¹⁴

O halde, taraflar mutlak emredici kurallara aykırı olmamak koşuluyla İş Kanununun 17. maddesinde belirlenen bildirimsiz fesih nedenlerinden bazılarının bu nitelikte olmadığını veya bu nedenlerin işçi lehine yumuşatılmasını sözleşmelerle kararlaştırabilirler. Tarafların bazı olayların haklı neden oluşturmayacağını öngörmeleri bunların işverence önemli sayılmadığı anlamına gelecektir. Buna karşılık, İK 17'de haklı nedenler arasında gösterilmeyen bir durumun sözleşmeyle bu nitelikte sayılacağına hükme bağlanması mümkün değildir.¹⁵

Yargıtay tarafından kabul edildiği gibi örneğin toplu iş sözleşmesi tarafları işçinin iki gün göreve gelmemesi halinde bildirimsiz fesih hakkının kullanılacağına buna karşılık işçiye ücret (yevmiye) kesme cezası uygulanacağını kararlaştırabilirler.¹⁵ Bunun gibi yine yüksek mahkeme, İş Kanununun 17. maddesinin II. bendinin h fıkrasında yer alan düzenlemenin de toplu iş sözleşmesiyle işçi yararına yumuşatılmasını kabul etmiş ve sözleşmede işçinin verdiği zararın 15 günlük ücretini aşması halinde de, eğer işçi bu zararı derhal öderse veya ödemeyi taahhüt eder ve sendika da buna kefil olursa işverenin bildirimsiz fesih hakkını kullanamayacağını geçerli olarak kararlaştırılabilirliğini hükme bağlamıştır.¹⁷

İşverence haklı nedenle fesih hakkının kullanılması uygulamada sıkça görüldüğü gibi toplu iş sözleşmesinde öngörülen ve tarafların temsilcilerinden oluşan bir disiplin kurulu kararının varlığına da bağlı tutulabilir. Disiplin kurulu karar alınmadan fesih hakkının kullanılması, fesih için haklı bir neden bulunsa bile, sırf sözleşme hükmüne aykırı olarak iş akdi feshedildiğinden bir haksız fesih sayılır.¹⁸

¹⁴ Y9HD, 10.4.1970, 101/3487, **E.Egemen**, İş Mevzuatı ile İlgili Örnek Kararlar, 1968-1971, İstanbul 1972, 120-121.

¹⁵ **M.K. Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 38-39. **Esener**, 238. **Ekonomi**, 223. **S.Süzek**, İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1998, 166. **Narmanlıoğlu**, Feshe Karşı, 332-333.

¹⁶ Y9HD, 30.1.1996, 26136/1031, İş ve Huk. Ağustos-Eylül 1996, 29-30. Aynı yönde, Y9HD, 9.12.1997, 17214/21011, **Günay, I**, 676-677. Y9HD, 7.7.1997, 10808/13866, **Günay, I**, 690

¹⁷ Y9HD, 11.9.1991, 6724/11946, Tekstil İşv., Kasım 1991, 15-16

¹⁸ **Ekonomi**, 225. **N.Çelik**, İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 228 vd. Taşkent, İş Güvencesi, 93 vd. **Süzek**, Genel Esaslar, 170 **Narmanlıoğlu**, Feshe Karşı, 325-326. **F.Şahlanan**, Ferdi İş İlişkisinin

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Yargıtay, bu konuda önce aksi yönde kararlar vermiş, duraksamalar göstermiş daha sonra artık istikrar kazanan içtihadıyla, işverenin bildirmsiz fesih hakkını toplu iş sözleşmesi hükmüne rağmen disiplin kuruluna başvurmaksızın kullanmasını salt bu nedenle bir haksız fesih olarak nitelendirmiştir. Nitekim yüksek mahkemeye göre "Davacı iş akdinin işveren tarafından haksız feshedildiğini bildirerek ihbar ve kıdem tazminatları isteğinde bulunmuş ve mahkemece yapılan yargılama sonucunda isteklerin reddine karar verilmiş ise de TİS'nin 42. maddesi(nde) hizmet akdinin sona erdirilmesi konusunda işçi yararına bir düzenleme öngörülmiştir. Anılan maddede işçi-işveren ilişkileri kurulunun kararı olmadıkça işveren... hizmet akitlerini iş kanunu 17/II maddesi hükümlerine göre feshedemez. Çalışma güvenliği yönünden getirilen bu hükmün davalı işverence dikkate alınıp, fesih işleminin öngörülen kuruldaki geçirilmesi gerekirdi. Öğreti ve Yargıtay HGK'ca da benimsenen dairemizin istikrar kazanmış uygulamasına göre fesih işleminin disiplin kurulundan geçirilmemiş olması başlı başına fesih işlemine haksız nitelik kazandırır".¹⁹

Kural olarak bir disiplin cezasının yani işten çıkarma yaptırımının uygulanabilmesi için mutlaka işçinin savunmasının alınması zorunlu değildir.²⁰ Nitekim Yargıtay da bir kararında davacı ve arkadaşlarının izinsiz ve özürsüz olarak devamsızlık yaptıklarını, bu nedenle disiplin kurulu karar ile iş akitlerinin haklı olarak sona erdirildiğini, disiplin kurulunca davacının savunmasının alınmamış olmasının bu kararı geçersiz kılmayacağını bu nedenle de ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi gerekeceğini hükme bağlamıştır.²¹ Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinde disiplin kurulu kararından önce işçinin savunmasının alınması zorunluluğu getirilmişse, bildirmsiz fesih nedeni haklı olsa bile salt savunmanın alınmamış olması feshi haksız hale getirir.²²

İşverence fesih hakkının kullanılmasını doğrudan doğruya ortadan kaldıran toplu iş sözleşmesi hükümleri gibi, bu hakkın kullanılmasını dolaylı bir biçimde olanaksız hale getiren veya çok güçleştiren toplu iş sözleşmesi hükümleri de geçersizdir, işvereni bağlamaz. Bu nedenle Yargıtaya göre iş akdinin feshedilebilmesi için disiplin kurulunun oybirliği ile karar alması veya bu kurulun çok kısa bir süre

Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1987, İstanbul 1989, 75. **Centel**, 199. **E.T.Kaplan**, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara, 1987, 177. E.Akgeyik, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, 424-425.

¹⁹ Y9HD, 5.3.1996, 35962/3819, Çimento İşv., Mayıs 1996, 30-31. Aynı yönde, Y9HD, 31.5.1999, 7665/9472, Tühis, Mayıs 2000, 71-72. Y9HD, 11.5.1998, 6405/8616, Tühis, Mayıs 1998, 26. YHGK, 8.10.1997, 9-45/772, Tekstil İşv., Aralık 1997, 14-15.

²⁰ N.Catala, L'entreprise, Droit du travail, T.4, Paris 1980, 368. Süzek, Genel Esaslar, 168-169.

²¹ Y9HD, 13.5.1998, 74077/8804, Tühis, Mayıs 1998, 27.

²² **S.Süzek**, Ferdi İş İlişkilerinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1998, İstanbul 2000, 114. Aynı yönde, Y9HD, 7.10.1997, 15909/17344, **C.İ.Günay**, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, 215.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

içinde karara varması zorunluluğu getiren toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.²³

b) Bildirimli Fesih Hakkının Sınırlandırılması

İş Kanununun 13. maddesinde düzenlenen işverenin bildirimli fesih hakkının da sözleşmelerle tümüyle ortadan kaldırılması mümkün değildir. Bu hakkın tümüyle ortadan kaldırılması hem kişilik haklarına hem de sözleşme özgürlüğüne aykırı düşer. Nitekim Yargıtay da şu anlatıma yer vermek suretiyle aynı yönde karar vermiştir: "İş hukukunun temel ilkesine göre işverenin fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde hizmet sözleşmesine ya da TİS'ne hüküm konulamaz. Pozitif hukukumuz meşru ve makul sebeplerin bulunması halinde işverene tanınan fesih yetkisinin alınamayacağını kabul eder."²⁴

Buna karşılık bildirimli fesih hakkını düzenleyen İK 13 hükmünün nispi emredici nitelik taşıması nedeniyle sözleşmelerle sınırlandırılması mümkündür.²⁵ Nitekim Yargıtaya göre "1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesine göre işçi veya işveren herhangi bir sebep göstermeden, oradaki önellere uymak suretiyle hizmet akdini feshedebilir. 13. maddeye göre; fesihte, feshi ihbar serbestisi ilkesi mevcuttur. Ancak, ferdi iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleriyle bu fesih serbestisini sınırlayan hükümler getirilebilir".²⁵

Ancak, Yargıtayın yaşlılık aylığı kazanmasına üç yıl ve daha az süre kalan işçilerin bildirimli fesih yoluyla işten çıkarılmayacağını öngören toplu iş sözleşmesi kuralını geçersiz sayan içtihadı isabetli sayılamaz. Yüksek mahkemeye göre "Toplu iş sözleşmesinin (işten çıkarılma) başlıklı 25 inci maddesinin zorunlu çıkartma başlığını taşıyan 11 inci bendinin son fıkrasında aynen 'SSK'dan emekliliğine 3 yıl ve daha az süresi kalan işçiler işten çıkarılamazlar. Çıkarıldığı takdirde hesaplanan kıdem tazminatı iki katı kadar ödenir' biçimindeki hükme dayanarak davacı işçi hak talebinde bulunmuş ve mahkemece de istek doğrultusunda hüküm kurulmuştur. İş hukukunun temel ilkesine göre işverenin iş akdini fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde hizmet sözleşmesine ya da toplu iş sözleşmesine hüküm konulamaz".²⁷ Yargıtay bir başka kararında da işverenin bildirimli fesih hakkını

²³ Bu kararlar için sırasıyla bkz. Y9HD, 20.2.1995, 1924/13581, Tühis, Mayıs 1995, 50. Y9HD, 13.4.1995, 19247/13581, Tekstil İşv. Temmuz 1995, Kararlar eki, Y9HD, 4.11.1999, 13721/16726, İşv., Kasım 1999, 17

²⁴ Y9HD, 19.6.1996, 1783/14013, İşv., Ağustos 1996, 17. Aynı yönde Y9HD, 19.3.1998, 3090/5572, Çimento İşv., Mayıs 1998, 39-40.

²⁵ **Ekonomi**, 224, 226. **Çelik**, Sözleşmelerle Sınırlandırılma, 221. **Süzek**, Fesih, 63-64. **Taşkent**, İş Güvencesi, 95. **Narmanlıoğlu**, 267-268. **Centel**, 198. **Akyiğit**, 350-351, 426.

²⁶ Y9HD, 24.9.1992, 3164/10375, YKD, Şubat 1994, 221-222. YHGK, 16.9.1981, 9-453/596 ve **Güzelin** incelemesi, İHU, İşK. 13, No.5

²⁷ Y9HD, 19.6.1996, 1783/14013, İşv., Ağustos 1996, 17.

sınırlandıran aynı nitelikte bir toplu iş sözleşmesi hükmünü İş Kanununun 13. maddesine aykırılığı nedeniyle geçersiz saymıştır.²⁸ Oysa ki, bu tür hükümler işverenin bildirimli fesih hakkının tümünü ortadan kaldırmayıp sadece sınırlandırdığı gibi, İK 13'ün nispi emredici niteliği sözleşmelerle işçi yararına değişiklik yapılmasına olanak tanımaktadır.

Aynı şekilde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kanımıza göre isabetsiz olarak, şu görüşlere yer vermek suretiyle bildirimli fesihlerin toplu iş sözleşmesinde öngörülen **disiplin kurulu** kararına bağlanamayacağını da çoğunlukla kararlaştırmıştır: "Toplu İş sözleşmesinin...işten çıkarılma başlığını taşıyan 33. maddesinin 1-d bendinde işçiler ...İş Kanununun 13. maddesine göre tazminatlı olarak, Disiplin Kurulunca işten çıkarılabilirler... Öncelikle belirtmek gerekir ki ortada işverenin haklı olarak hizmet akdinin feshini gerektirecek 'disiplin olayı' kapsamına girmeyen (giren) bir durum yoksa fesih işleminin disiplin kurulundan geçirilmesi anlamsız ve yersiz olduğu kabul edilmelidir. İş Hukukunda disiplin kurulu, disiplin cezaları yani disiplin olayları için oluşturulur. Dairemizin... kararlılık kazanmış uygulamasında; 1475 sayılı İş Kanununun 17/II. maddesi kapsamındaki hallerde bu ilkeye titizlikle uyulmaktadır...Ancak böyle bir disiplin olayının söz konusu olmayan durumlarda 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesi kapsamındaki işveren tarafından gerçekleştirilen fesihlerde aynı düşüncenin geçerli olduğu kabul edilemez...Yukarıda sözü edilen toplu iş sözleşmesinin hükmü yasanın 13. maddesine aykırılık oluşturduğu için geçerli değildir. Durum böyle olunca haksız fesih tazminatı olarak ihbar tazminatının üç katı tutarındaki düzenlemeye değer verilerek hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir."²⁹

Bu karara iki üye tarafından haklı olarak kaleme alınan karşı oy yazısında ise, işveren tarafından iş akdine son verilmesi hakkında 158 sayılı uluslararası çalışma sözleşmesinin onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası haline geldiği, her ne kadar uyum yasası çıkarılmamış olsa da, bu sözleşmede yer alan kuralların toplu iş sözleşmeleri ile gerçekleştirilmesine bir engel olmadığı, uyumsuzluk konusu toplu iş sözleşmesindeki cezai şart öngören düzenlemenin İK 13. maddesindeki mutlak olarak kabul edilen işverenin bildirimli fesih hakkını ortadan kaldırmayıp bu bakım koşullara bağladığı, tazminatlı fesih halinde işverenin bu işleminin işçilerin katıldığı bir kurulun süzgecinden geçirilerek iş güvencesinin amaçlandığı, toplu iş sözleşmesindeki düzenlemenin 158 sayılı sözleşme paralelinde olduğu belirtilmiştir.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 9. Hukuk Dairesinin çoğunlukla alınan kararından farklı olarak ve belirtilen karşı oy yazısı doğrultusunda isabetli

²⁸ YHGK, 26.6.1994, 5188/10019, Tekstil İşv., Şubat 1995, Kararlar eki.

²⁹ Y9HD, 25.3.1998, 3068/5917, YKD, Ağustos 1999, 1065-1068 ve bu kararın değerlendirilmesi, **Süzek**, Değerlendirme 1998,115-116.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

bir biçimde toplu iş sözleşmesinde öngörülen İK 13 uyarınca yapılacak bildirimli fesihlerin de disiplin kurulundan geçirilmesine ilişkin hükümlerin geçerli olduğunu kararlaştırmıştır. Hukuk Genel Kurul kararına göre "Davacının yararlandığı toplu iş sözleşmesinin 33/1-d maddesine göre tazminatlı olarak İş Kanununun 13. maddesi uyarınca hizmet akdinin fesih işleminin disiplin kurulunca yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu gereğe işverence uyulmaması sonucu anılan sözleşmenin 33/2-b maddesi uyarınca öngörülen cezai şart işverenin fesih hakkını ortadan kaldıracak nitelikte bulunmamaktadır. Uluslararası Sözleşmeler doğrultusunda ve iş güvencesi sağlamak amacıyla düzenlenen anılan kurul, 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinin emredici hükümlerine aykırı bulunmadığından, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 5. maddesine göre Toplu İş Sözleşmesine konulmayacak' hükümlerden sayılmaz. Bu durumda mahkemenin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haksız fesih tazminatının uygulanması gerektiği yolundaki direnmesi yerindedir.³⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de daha sonra işverenin bildirimli fesih hakkının toplu iş sözleşmesindeki hükme uygun olarak disiplin kurulundan geçirilmesi gerektiğini aksi takdirde sözleşmede öngörülen yaptırımın uygulanacağını kararlaştırmıştır.³¹

Gerçekten, yukarıda da belirtildiği ve öğretide de benimsediği şekilde İş Kanununun 13. maddesinde yer alan nispi emredici nitelikteki işverenin bildirimli fesih hakkının tümüyle ortadan kaldırılmaması koşuluyla toplu iş sözleşmeleriyle değişik yönlerden sınırlandırılması veya fesih yetkisinin bir kurula bırakılması, işverence buna uyulmaması halinde yasada belirtilenlerden daha ağır yaptırımların getirilmesi mümkündür. Toplu iş sözleşmesi özerkliğine uygun olarak tarafların bu yönde getirecekleri kurallar normatif bir değer taşırlar ve bağlayıcıdır.

İşçinin kusurlu davranışları dışında kalan hallerde işletmenin ekonomik ve teknik gereklerine dayanan fesihlerin bir "disiplin cezası" niteliği taşıması da kanımıza göre bu yetkinin bir kurula bırakılmasına engel oluşturmaz. Adı "disiplin kurulu" da olsa, tarafların toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde bu kurulu İK 17/II'ye göre yapılacak işten çıkarmalar dışında İK 13'e göre bildirimli fesihlerde de görevlendirmelerine bir engel yoktur. Söz konusu yetki disiplin kuruluna bırakılabileceği gibi taraflarca oluşturulacak başka bir kurul da bu konuda görevlendirilebilir.³²

İşverenin bildirimli fesih hakkının sözleşmelerle sınırlandırılmasında uygulamada da görüldüğü gibi değişik yöntemlere başvurulabilir. Toplu iş sözleşmeleriyle, bildirimli fesih hakkının ancak belirli nedenlerin diğer deyimle meşru,

³⁰ YHGK, 10.6.1998, 9-483, Günay, Toplu Sözleşme, 159-160.

³¹ Y9HD, 06.7.1998, 9969/11770, Günay, Toplu Sözleşme, 161-162.

³² Süzek, Değerlendirme, 1998, 116, 157, 162.

makul veya geçerli nedenlerin varlığı halinde kullanılabilceği, bu hakkın belirli bir süre için veya sözleşmeyle kabul edilen askı döneminde örneğin muvazzaf askerlik süresince kullanılmayacağı, bazı işçilerin örneğin emekliliğine belirli bir süre kalanların veya işyeri sendika temsilcilerinin ya da (amatör) sendika yöneticilerinin bildirimli fesih yoluyla işten çıkarılmayacakları, bildirimli fesihlerin belirli bir sıraya örneğin "son giren ilk çıkar" ilkesi uyarınca veya özel bir yöntem uygun olarak, örneğin taraf işçi sendikası ile yapılacak görüşmeler sonucunda uygulanabileceği geçerli olarak kararlaştırılabilir.³³ Bunun gibi, toplu iş sözleşmesiyle bu konuda getirilen sınırlayıcı hükümlere aykırı biçiminde işverence bildirimli fesih hakkının kullanılması halinde, yasada öngörülen tazminatlardan daha ağır tazminatlar, cezai şart, yapılan feshin geçersizliği ve işyerine iade yaptırımları getirilebilir,

c) Sözleşmeyle Getirilen Sınırlamalara Uyulmamasının Yaptırımı

aa) Sözleşmede Bir Yaptırımın Öngörülmemiş Olması

İşverenin fesih hakkını sınırlayıcı toplu iş sözleşmesi hükümlerine uyulmaması halinde hangi yaptırımın uygulanacağı genellikle taraflarca belirlenmektedir. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinde bu durumda uygulanacak özel bir yaptırım düzenlenmemişse, bildirimsiz fesih hakkına getirilen sınırlamaya aykırı olarak yapılan fesih bir haksız fesih sayılır ve buna ilişkin yaptırımlar uygulanır. Hatırlatalım ki, bu yönde bir hükmün varlığına rağmen işverence disiplin kuruluna gidilmemesi salt bu nedenle feshi haksız hale getirir.³⁴ Aynı şekilde, toplu iş sözleşmesinde bildirimli fesih hakkının kullanılması sınırlandırılmış ve/veya bu durumda disiplin kuruluna gidilmesi gerektiği kararlaştırılmışa, işverence bu hükümlere uyulmaması halinde kanımızca yine aynı hukuki sonucun doğması yani usulsüz/haksız feshin sonuçlarının uygulanması gerekir.

bb) Sözleşmede Cezai Şartın Öngörülmesi

Taraflar toplu iş sözleşmesindeki işverenin fesih hakkını sınırlayan hükmün ihlali halinde özel bir yaptırım öngörmüş olabilirler. Toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen bu yaptırım çoğu kez bir götürü tazminat³⁵ niteliği taşıyan cezai şartın getirilmesi, bazen de sözleşmeye aykırı olarak yapılan fesihlerin geçersiz sayılması veya işçinin işe iadesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. İşçileri feshe karşı

³³ Toplu iş sözleşmeleriyle getirilebilecek sınırlamalar ve bu konulardaki yargı kararları hakkında geniş bilgi için bkz. **Narmanlıoğlu**, Feshe karşı, 318 vd. 320 vd. **Ekonomi**, 224, 226. **Çelik**, Sözleşmelerle Sınırlandırılma, 22i, 223. **Süzek**, Değerlendirme 1998, 94-95,116-119.

³⁴ **Ekonomi**, 226-227. **Narmanlıoğlu**, 333-334. Aynı yönde, Y9HD. 29.11.1990, 3227/12619 ve **Taşkent'in** incelenmesi, İHD, Temmuz-Eylül 1991, 443-446. Y9HD, 5.3.1996, 35962/3819, Çimento İşv. Mayıs 1996, 30-31. Y9HD 31.5.1999, 7665/9472, Tühis, Mayıs 2000, 72.

³⁵ **Tekinay-Akman-Burcuođlu-Altóp**, 455-456. **Günay**, Cezai Şart, 36 vd.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

koruma ve iş güvencesinin sağlanması amacıyla toplu iş sözleşmesinde veya iş akitlerinde bir cezai şart getirilebileceği öğretide benimsendiği³⁶ gibi Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir.³⁷ O halde, işverenin fesih hakkının kullanılmasını sınırlayan toplu iş sözleşmesi hükümlerine uymaması halinde, işçinin bazı hakları örneğin bir miktar ücreti, ihbar ve kıdem tazminatı ölçü alınarak veya belirlenen götürü miktarda bir cezai şart (tazminat) ödeneceği geçerli olarak kararlaştırılabilir.

Toplu iş sözleşmesi ile getirilen cezai şart yasada öngörülen feshe bağlanan **tazminatlardan bağımsız** olarak işçi tarafından talep edilebilir. Yargıtay bir kararında bu hususu şu anlatıma yer vermek suretiyle hükme bağlamıştır: "Mahkemece de buradaki tazminat cezai şart olarak kabul edilmiş, ancak ihbar ve kıdem tazminatına hükmedilmiş olması nedeniyle ayrıca cezai şart gerekmeyeceğinden bahisle bu yöndeki isteğin reddine karar verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmış olması ayrıca sözleşmedeki cezai şartı istemesine engel değildir".³⁸

Ne var ki, yüksek mahkeme daha sonraki bir kararında aksi yönde bir görüş ortaya koymuştur. Bu karara konu olan olayda davacı işçi İK 13 uyarınca kötü niyet tazminatı dışında ayrıca toplu iş sözleşmesinin 11. maddesinde öngörülen haksız fesih tazminatına karar verilmesini istemiştir. Yargıtay "Bu son tazminat isteği de bir nevi kötü niyet tazminatı niteliğindedir. Aynı nedenden dolayı aynı türden iki tazminatın birden" istenmesi mümkün değildir gerekçesiyle talebi reddetmiştir.³⁹

Oysa ki, toplu iş sözleşmesiyle bir "haksız fesih tazminatının" öngörülmesinin amacı yasada yer alan bir tazminat hükmünün tekrar edilmesi değil, işçinin iş güvencesinin artırılması amacıyla işverenin sorumluluğunun genişletilmesidir. Esasen haksız fesih veya fesih hakkının kötüye kullanılmasının yasada düzenlenmiş bir yaptırımı vardır. Bu yasal yaptırımın uygulanması halinde toplu iş sözleşmesinde ayrıca getirilen tazminatın istenemeyeceği kabul edilirse, toplu iş sözleşmelerinin normatif kuralları ile getirilen iş güvencesi hükümlerinin bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle kanımıza göre haksız fesih tazminatına ayrıca hükmedilmesi gerekir.⁴⁰

³⁶ Çelik, Sözleşmelerle Sınırlandırılma, 224 vd. **Narmanlıoğlu**, Feshe karşı, 333-334. **Akyiğit**, 423.

³⁷ Y9HD, 10.11.1992, 6312/12426, Türk-İş, Şubat 1995, 18. Y9HD, 6.11.1991, 11567/13949, Türk Kamu-Sen, Aralık 1991, 15-16. Y9HD, 17.1.1991, 9306/207 ve **Akyiğit**in incelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1991, 268-278.

³⁸ Y9HD, 10.11.1992, 6312/12426, YKD, Temmuz 1993, 1014-1015.

³⁹ Y9HD, 24.11.1998, 16682/16690, İşv., Nisan 1999, 15.

⁴⁰ **Süzek**, Değerlendirme 1998,121-122.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Öte yandan Yargıtay, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması amacıyla toplu iş sözleşmeleri ile getirilen cezai şartın Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrası uyarınca tenkise (indirim) tabi tutulması gerektiğini karara bağlamaktadır. Yüksek mahkemeye göre "işverenin toplu iş sözleşmesinde yer alan tazminatlı fesih hakkını hatalı kullanarak sözleşme hükümlerine uymaması disiplin kuruluna götürmemesi anılan sözleşmenin 33/2-b maddesine göre işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmayacak şekilde, ihbar ve kıdem tazminatının üç katı tutarında cezai şartla sorumlu tutulmasını gerektirir. İş güvencesi getirmek amacıyla düzenlenen ve işverenin yönetim hakkını ortadan kaldırmayan bu cezai şart fahiş görüldüğünden Borçlar Kanununun 161/son maddesi uyarınca tenkise tabi tutulacağı doğaldır.⁴¹

İş hukuku öğretisindeki bir görüşe göre, toplu iş sözleşmesi özerkliği nedeniyle bu sözleşmede öngörülen cezai şartın iş akdiyle getirilenden farklı nitelik taşıdığı kabul edilmekle birlikte, toplu sözleşmeyle getirilen cezai şartın da yargıç tarafından tenkise tabi tutulmasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak söz konusu nitelik farkı nedeniyle toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şart daha az şiddetli olarak tenkis edilebilir, tenkis ölçüsü daha sınırlı tutulabilir.⁴² Buna karşılık, öğretilerdeki diğer görüş, bu tür hükümlerin toplu iş sözleşmesinin iş akdinin sona erdirilmesine ilişkin normatif hükümlerinden (TSGLK 2) olduğunu ve yargıç tarafından tenkise tabi tutulamayacağını ileri sürmektedir.⁴³

Gerçekten, anayasal bir hak olan toplu iş sözleşmesi özerkliği (AY 53) gereği taraflar bu sözleşme ile bîr yasa gibi emredici normatif hukuk kuralları oluştururlar. Bu özellikleri nedeniyle klasik sözleşme hükümlerinden ayrılırlar. Tarafların öngördüğü bu normatif kurallar ancak Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 5. maddesinde yer aldığı şekilde anayasada belirtilen ilkelere ve mevzuattaki mutlak emredici hükümlere aykırılık halinde geçersiz sayılırlar. İşçiye belirli bir iş güvencesi sağlamaya yönelik toplu iş sözleşmesi kuralları ile sadece mevzuattaki nispî emredici hükümlerin sınırlandırılmasına mümkün olduğu ise esasen daha önce belirtilmişti.

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan cezai şarta ilişkin kurallar herhangi bir sözleşme hükmü niteliğinde bulunmamakta, anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliği

⁴¹ Y9HD, 6.7.1998, 9969/11770, **Günay**, Toplu Sözleşme, 161-162. Aynı doğrultuda, Y9HD, 04.11.1999, 13777/16740, İşv., Aralık 1999, 15. YHGK, 14.10.1998, 9-686/719, **Kılıçoğlu**, 679-680. Y9HD, 10.11.1992, 6312/12426, Türk-İş, Şubat 1995, 18.

⁴² **Ö. Ekmekçi**, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 69, Genel Görüşme, 175-176. **Şahlanan**, Değerlendirme 1999, Genel Görüşme, 158-159.

⁴³ **Ekonomi**, Değerlendirme 1999, Genel Görüşme, 162. **Narmanlıoğlu**, Feshe Karşı, 333 - 334. **Soyer**, Değerlendirme 1999, Genel Görüşme, 157. **Güzel**, Değerlendirme 1999, Genel Görüşme, 166. **Akyiğit**, 424.

Kamu-İş: C: 6, S: 4/2002

çerçevesinde oluşturulan **normatif kurallar** niteliği taşımaktadırlar. Bir toplu iş sözleşmesi hükmünün aynı zamanda hem cezai şart niteliği hem de normatif karakter taşımasına bir engel yoktur.⁴⁴ Başka bir deyimle, bu durumda feshi sınırlandıran kurallara aykırı davranışa karşı toplu iş sözleşmesi ile normatif değer taşıyan bir götürü tazminat (cezai şart) getirilmiş olmaktadır.

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan cezai şart hükümleri bu özelliği taşımaları nedeniyle TSGLK'nun 5. maddesine uygun oldukları takdirde yargıcın müdahalesi dışında kalırlar, onun BK 161/son uyarınca tenkis yetkisini kullanmasına engel olurlar. Bu durumda cezai şartın tenkisi anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliğine kabul edilemeyecek bir müdahale niteliği taşır.

Öte yandan, toplu iş sözleşmesi taraflarının eşit durumları nedeniyle ve burada işverenin ödeyeceği cezai şart söz konusu olduğundan, cezai şartın tenkisinin gerekçesini oluşturan ekonomik ve sosyal açıdan güçsüz olanı koruma düşüncesi⁴⁵ de geçerliliğini yitirmektedir. İşveren sendikası veya işveren toplu görüşmeler sırasında toplu iş sözleşmesinde fahiş bir cezai şartın öngörülmesini engelleyebilirler.

Uygulamada, toplu iş sözleşmesinde getirilen fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere işverenin uymaması halinde cezai şart olarak kıdem tazminatının bir kaç (iki veya üç) mislinin ödeneceği kararlaştırılmaktadır. Bu durumda bir normatif hükümle kıdem tazminatı miktarı yükseltilmiş olmamakta, buna karşılık **cezai şartın ölçüsü** olarak kıdem tazminatı (nın bir kaç misli) alınmış olmaktadır. Çünkü amaç kıdem tazminatının yükseltilmesi olsaydı, bu kural toplu sözleşmede fesih hakkının sınırlandırılmasına aykırı davranışın bir yaptırımı şeklinde değil toplu iş sözleşmesinin kıdem tazminatına ilişkin hükümleri arasında (30 günlük sürenin yükseltilmesi suretiyle) yer alırdı.

Ne var ki, bu tür kurallar toplu iş sözleşmelerine genellikle kanuna karşı hile diğer deyimle İş Kanununun kıdem tazminatına ilişkin mutlak emredici hükmünü dolanmak, tavanı aşmak amacıyla getirilmektedir.⁴⁶ Eğer durum böyle ise bir kanuna karşı hile söz konusu olduğundan bu tür kuralları bir cezai şart olarak kabul etmemek buna karşılık kıdem tazminatını düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirmek gerekir. Bu durumda da anılan toplu iş sözleşmesi hükmü kıdem tazminatı ve tavanına ilişkin mutlak emredici İş Kanunu hükümlerine (İK 14/13, 98/D) aykırı düşecek, ancak hükmün tümünün değil BK 20/2 uyarınca kısmi

⁴⁴ Aksi görüşte, **Ekonomi**, Değerlendirme 1999, Genel Görüşme, 162.

⁴⁵ **Günay**, Cezai Şart, 172-173.

⁴⁶ **Ekonomi**, Değerlendirme 1999, Genel Görüşme, 162. **Akyiğit**, 424.

geçersizlik yoluna gitmek suretiyle kıdem tazminatı tavanını aşan kısmın geçersiz olduğunu kabul etmek gerekecektir,⁴⁷

cc) Sözleşmede İşe İadenin Öngörülmesi

Toplu iş sözleşmesinin tarafları iş akdinin feshine getirilen sınırlamalara uyulmaması halinde feshin geçersiz sayılacağını veya işçinin işe iade edileceğini geçerli olarak kararlaştırabilirler mi? İş akdinin feshinin geçersizliğinin öngörülmesi halinde işverence yapılan fesih iş ilişkisi üzerinde hiç bir hüküm ve sonuç yaratmış olmayacak, taraflar arasındaki iş akdi bütün hüküm ve sonuçlarıyla aynen devam edecektir. Buna karşılık yine taraflar toplu iş sözleşmesindeki sınırlamalara aykırı olarak bir fesih yapılması halinde işverenin işçiyi tekrar işe almak diğer deyimle işe iadesini sağlamak zorunda olduğunu da kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda yapılan fesih iş akdini sona erdirir ancak işveren işçiyle yeni bir iş akdi yapmak zorunda kalır. Bu seçenekte boşta geçen sürelerdeki ücret ve diğer işçi haklarının işverenden talep edilebilmesi için bunun toplu iş sözleşmesinde öngörülmesi gerekir.

Yargıtay yerleşmiş içtihadı ile toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak iş akdi feshedilen işçinin işe iadesini ve boşta geçen sürelerle ilişkin haklarının ödeneceğini (veya yapılan feshin geçersizliğini) öngören sözleşme hükümlerini geçersiz saymaktadır. Yüksek mahkemeye göre "İşyerinde uygulanmakta olan TİS 25/11 bendinde 'İşverenin zorunlu işçi çıkarma hakkını hatalı kullandığı veya sözleşme hükümlerine uymadığı saptanırsa işçi, açıkta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakları ödenerek işe başlatılır'...biçimindeki hüküm 1475 sayılı İş Kanununun emredici hükümlerine aykırıdır. Gerçekten anılan hükümde işe iadeyi gerektirecek düzenleme öngörülmüştür. Mevzuatımızda işyeri sendika temsilcilerinin iş akitlerine haksız olarak son verilmesi halinde sınırlı biçimde işe iade müessesesine yer verilmiştir".⁴⁸

Öğretide, toplu iş sözleşmesi ile getirilen sınırlamalara uyulmadan işverence fesih hakkının kullanılması halinde sözleşmeyle feshin geçersiz sayılacağını veya işçinin işyerine iade edileceğinin geçerli olarak kararlaştırılabileceğini öne sürenler⁴⁹ olduğu gibi Yargıtayın içtihadının paralelinde aksi görüşü benimseyenler

⁴⁷ Gereğesi açısından değil sonucu itibarıyla aynı doğrultuda, Y9HD, 19.6.1996, 1783/14013, İşv., Ağustos 1996, 17. Y9HD, 6.11.1991, 11567/13949, Türk Kamu-Sen, Aralık 1991, 15-16. Aksi Yönde, Y9HD, 17.1.1991, 9306/207 ve **Akyiğit'in** incelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1991,268-278.

⁴⁸ Y9HD, 25.9.1995, 8981/28051, Çimento İşv., Kasım 1995, 32. Aynı yönde YHGK, 17.2.1992, 9-730/64, İHD, Nisan-Haziran 1993, 312. Y9HD, 2.11.1995, 34694/33365, İşv., Aralık 1995, 16-17. Y9HD, 24.9.1984, 6920/8203, Tütis, Ocak 1985, 20-21

⁴⁹ Ekonomi, İHU, TSGLK. 1, No. 16. **S.Süzek**, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 1989. İstanbul 1991, **51. Kaplan**, 177-178. **A.Başbuğ**, Disiplin Cezaları, Ankara 1999, 172.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

de vardır. Son anılan görüşe göre, Türk hukukunda, iş akdi ister usulsüz, ister haksız isterse fesih hakkı kötüye kullanılarak feshedilince, feshin (yasal) hukuki sonucunu doğurmasına yargı kararıyla engel olunamaz. Sendikalar Kanununun 30. maddesi bu genel ve kesin yasağın tek istisnasıdır. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinde öngörülen fesih sınırlamalarına uymayan işverenin bu davranışına feshin geçersizliği yaptırımı bağlanamaz. Yine bu görüşe göre toplu iş sözleşmesi özerkliği, devletin yürürlükteki hukuk düzeni dışında bağımsız bir erk olmayıp, onun içerisinde bulunmaktadır. Haksız-usulsüz fesih işleminin yargı tarafından sözleşmeye aykırılığının belirlenmesi halinde bunun iptal edilebileceği yasayla açıkça kabul edilmedikçe toplu iş sözleşmesi özerkliğine dayanılarak işe iadenin sağlanması mümkün değildir. Hukuk düzenini dışlayan bir toplu iş sözleşmesi özerkliği hukukumuz için söz konusu olamaz.⁵⁰

Oysa ki, anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliği taraflara devletin yasama erki gibi objektif hukuk kuralları yaratma, devlet tarafından öngörülen mevzuat hükümleri dışında bir hukuk düzeni oluşturma yetkisini tanır. Buna engel olabilecek husus, toplu iş sözleşmesinde TSGLK'nun 5. maddesine aykırı kuralların getirilmesidir. Eğer iş akdinin feshini ve buna uygulanacak yaptırımları düzenleyen yasa hükümleri (kıdem tazminatı kuralları gibi) mutlak emredici nitelikte olsaydı işyerine iadeyi düzenleyen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçersiz olduğu ileri sürülebilirdi. İş akdinin feshine ilişkin yaptırımları düzenleyen yasa hükümleri ise **nispi emredici** nitelikte olup sözleşmelerle işçi lehine değiştirilmesi mümkündür. İş hukuku düzenimiz ve toplu iş sözleşmesi sistemimiz iş mevzuatı hükümlerine mutlak anlamda uyulması üzerine değil tam aksine toplu iş sözleşmesi özerkliği yoluyla yasalarda baskın bir şekilde yer alan nispi emredici hükümlerin işçi lehine genişletilebilmesi üzerine kuruludur. İş Kanunundaki iş akdinin feshini düzenleyen (kıdem tazminatı dışındaki) tüm hükümler toplu iş sözleşmeleriyle işçi lehine değiştirilebildiğine göre, uygulanacak yaptırımın türünün değiştirilebilmesine yani tazminat yerine işe iade yaptırımının getirilmesine bir engel bulunmamak gerekir.

Sendikalar Kanununun 30. maddesinde işyeri sendika temsilcilerine bir hakkın tanınmış olması, diğer işçilere toplu iş sözleşmesiyle aynı hakkın tanınmasına bir engel oluşturmaz. İş mevzuatında bu hakkın sadece işyeri sendika temsilcilerine tanındığını gösteren bir düzenleme bulunmadığı gibi haksız olarak işten çıkarılan işçilerin sözleşmelerle işe iadesini engelleyen mutlak emredici bir kural da yer almamıştır. İşyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesine ilişkin SK 30 da nispi emredici nitelikte olup, toplu iş sözleşmesiyle bu kişiler lehine daha genişletilebilmesi de mümkündür.

50 Narmanlioğlu, Feshe Karşı, 336-337. Aynı yönde, **Şahlanan**, Değerlendirme 1997, Genel Görüşme, 60.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Kaldı ki, iş mevzuatımızda işverenin tekrar iş akdi yapma zorunluluğunu, diğer deyimle işçinin, işyerine iadesini düzenleyen bir çok hüküm (İK 24, 25/4, 27, BİK 12/2, SK 29) yer almıştır. Toplu iş sözleşmesiyle bu hallerin dışında kalan bazı hallerde de hizmet akdinin tekrar kurulmasına ilişkin normatif kurallar getirilebilir,⁵¹ haksız işten çıkarılanların işe iadesi öngörülebilir,

Gözden kaçırılmaması gereken bir husus da toplu iş sözleşmesindeki bu yaptırımın işveren sendikası veya işveren tarafından da benimsenmiş olmasıdır. Eşit güçte bulunan taraflar toplu iş sözleşmesi özerkliği yoluyla iş güvencesini sağlayıcı yönde, "hizmet akdinin sona ermesi" ile ilgili bir hususu düzenleyen (TSGLK 2) normatif bir hüküm getirmişlerdir. Böyle bir hükmün geçersizliğinin kabul edilmesi tarafların iradesine ters düşer.

Bu nedenlerle, Yargıtay kararlarına ve öğretideki aksi yöndeki görüşe karşın kanımıza göre toplu iş sözleşmesi ile öngörülen sınırlamalara uyulmadan işverence fesih hakkının kullanılması halinde sözleşmeyle feshin geçersiz sayılacağı veya işçinin işe iade edileceği ve boşta geçen süreye ilişkin haklarının ödeneceği geçerli olarak kararlaştırılabilir. Bu yöndeki bir hüküm TSGLK'nun 2. maddesine göre "hizmet akdinin sona ermesi"ni düzenleyen bağlayıcı bir normatif hüküm niteliği taşır.

Bununla beraber belirtelim ki, yargı organı tarafından toplu iş sözleşmesine uygun olarak verilen işe iade (veya feshin geçersizliği) kararına karşın işveren işçiyi fiilen işyerinde çalıştırmak zorunda tutulamaz. Bu durumda işçiyi işyerine kabul etmeyen işveren alacaklı temerrüdüne düşer (BK 325) ve buna

II. İşçinin Fesih Hakkının (Cezai Şart Yoluyla) Sınırlandırılması

İş Akdinde işverenin bağımlılığı altına giren işçinin kişilik haklarından belirli oranda vazgeçmesi nedeniyle iş akdinin feshinde daha fazla serbestiden yararlanması gerektiği yukarıda belirtilmişti. Bu nedenle kural olarak yasayla işçinin fesih hakkının sınırlandırılması yoluna gidilmez. İşçinin fesih hakkı hakkın kötüye kullanılması teorisi ile sınırlandırılır. Bunun gibi, iş akdinin feshine ilişkin mevzuat hükümleri daha çok nispi emredici nitelikte olduğundan fesih hakkının işçi aleyhine sözleşmelerle sınırlandırılması genellikle mümkün değildir.

Bunun istisnasını, özellikle belirli süreli iş akitlerinde, haklı bir neden olmaksızın sözleşmenin işçi tarafından feshi halinde cezai şartın ödeneceğinin

⁵¹ **Soyer**, Değerlendirme 1997, 13-14. Ekonomi, Değerlendirme 1997, Genel Görüşme, 68-70. Aksi yönde, Y9HD, 3.11.1997, 16948/18355, Tühis, Kasım 1997-Şubat 1998, 76-78.

⁵² **Süzek**, Değerlendirme 1989, 51

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

kararlaştırılması oluşturur. Bu uygulama genellikle işverenin nitelikli veya mesleki eğitim vermek için harcama yaptığı bir işçisini işyerinde tutabilmek amacıyla ortaya çıkmaktadır, Kuşkusuz, iş akdinde böyle bir cezai şart öngörülmüş olsa bile, işçi lehine İş Kanununun 16. maddesine göre haklı nedenle fesih hakkı doğarsa işçi cezai şart ödemek zorunda kalmaksızın iş akdini derhal feshedebilir.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarla iş akdinde tek taraflı olarak işçi aleyhine cezai şart getirilmesini geçersiz saymıştır. Yüksek mahkemeye göre "Hizmet akdinin 5. maddesinde düzenlenen cezai şart yalnız işçi aleyhine ve işveren lehine konulduğundan Dairemizin istikrar kazanan içtihatlarına göre geçerli değildir".⁵³ Buna karşılık iş akdinde cezai şart iki taraf için de eşit olarak öngörülmüşse ve işçi tarafından haklı bir neden olmaksızın belirli süreli iş akdi feshedilmişse Yargıtay işveren lehine cezai şartta hükmetmektedir.⁵⁴ Bunun gibi yüksek mahkeme cezai şartın her iki taraf için de konulmuş bulunmasına karşın işçinin ödemek zorunda kalacağı cezai şart işverene göre yüksek tutulmuşsa, düşük olan cezai şartın işçi için de geçerli olduğunu kararlaştırmıştır,⁵⁵

Gerçekten, iş akdinin yapılması sırasında genellikle ekonomik bakımdan güçsüz durumda olan ve işsizliğin yaygın olduğu ülkemizde iş bulma güçlüğü içinde bulunan işçinin korunması gerekir. İşçinin sözleşme yapılırken bu nedenlerle özgür pazarlık olanağının bulunmaması ve tek taraflı cezai şartı kabul etmek zorunda kalması olasılığı vardır. Bu itibarla cezai şartın iki taraflı getirilmesini zorunlu tutan Yargıtay içtihadı kural olarak isabetli sayılabilir.⁵⁶

Ancak son yıllarda sıkça görüldüğü gibi kimi işverenler işletmelerinde daha vasıflı eleman çalıştırmak amacıyla önemli harcamalar yapmakta, işçilere yurt içinde veya dışında mesleki eğitim verilmesini sağlamaktadırlar. Bu eğitim sonucunda işçi vasıf kazanmakta, işgücü piyasasında pazarlık gücü ve istihdam olanakları artmakta, bundan parasal yararlar sağlayacak duruma gelmektedir. İşverenin bu harcamaları yapması işçinin işyerinde uzunca bir süre çalışacağı beklentisine dayanmaktadır. Böyle bir durum söz konusu ise, haklı bir neden olmaksızın iş akdini sürenin bitiminden önce fesheden işçinin aleyhine tek taraflı olarak cezai şart öngörülmesi menfaatler dengesine uygun düşer. Çünkü, işçinin belirli sürenin bitiminden önce haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi halinde ödemek zorunda kalacağı cezai şartın karşılığını işverenin kendisi

⁵³ Y9HD, 21.1.1998, 19361/389, İşv., Haziran 1998, 18. YHGK, 17.12.1997, 9-816/1062, Tekstil İşv., Mart 1999, 15-16. Y9HD, 2.3.1998, 21587/283, YKD, Ekim 1998, 1483-1484. Y9HD, 17.11.1992, 8777/12603 ve **Soyer'in** incelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1993, 306-308.

⁵⁴ Y9HD, 10.9.2001, 14588, **Günay**, Cezai Şart, 45, dn. 176

⁵⁵ Y9HD, 8.4.1997, 1090/7099, Tekstil İşv., Temmuz 1997, 15.

⁵⁶ **Kutal**, Değerlendirme 1992, 41-42, 90-91, Süzek, Değerlendirme 1998, 120. **Centel**, 199. **Sümer**, Değerlendirme, 1997, 108-109.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

için yaptığı eğitim harcamaları oluşturur. Bu durumda iş akdinde cezai şartın iki taraflı getirilip getirilmediği önem taşımaz.

Bununla beraber belirtelim ki, işçi aleyhine tek taraflı cezai şartın geçerli olabilmesi için işverenin sağladığı eğitim sonucunda işçinin mesleki vasıfları ile kazanımları gerçekten artmış olmalıdır. Kısa süreli bir hizmet içi eğitim bu niteliği taşımaz. İşçiye sağlanan eğitim ve yapılan masraflarla, sözleşmeye konulan süre ve kararlaştırılan cezai şart arasında hakkaniyete uygun bir orantının bulunması gerekir.⁵⁸

Yargıtay da daha sonraki kararlarında yukarıda belirtilen içtihadını yumuşatmış ve gerçekten eğitim masraflarının yapılması halinde işçi tarafından yapılacak haksız feshe karşı işveren lehine tek taraflı cezai şart getirilmesi olanağını tanımıştır. Yüksek mahkemeye göre "İşveren büyük masraflar yaparak işçiyi yurt içinde ya da yurt dışında eğitime ya da bursa tabi tutmuş yani onu yetiştirmiş ise işverenin belli bir süre işçiyi işverinde çalıştırmaya mecbur tutması haklı görülmelidir. Somut olayda cezai şart böyle bir nedenle konulmuş bulunduğu göre, salt tek taraflı olması sonucu onun geçersizliğinin kabulü hakkaniyet ve adalet ilkeleriyle bağdaşmaz".⁵⁹

Bunun gibi Yargıtay kanımızca da isabetli olarak işçinin uzunca bir süre çalıştıktan sonra belirli süreli iş akdini haksız feshetmesi halinde cezai şartın tümüne hükmetmek yoluna gitmemekte, çalışılan ve çalışılmayan süreye göre bir oranlama yapmakta ve işçinin ödeyeceği cezai şarta hakkaniyete uygun bir indirim uygulamaktadır.⁶⁰ Böyle bir indirimin yapılması için kararlaştırılan cezai şartın fahiş görülmüş olması zorunlu değildir.⁶¹

İş akdi hükümleri toplu iş sözleşmeleri gibi anayasal özerklik çerçevesinde oluşturulan normatif hüküm niteliği taşımadıklarından yargıç sözleşmede yer alan cezai şartı fahiş bulduğu takdirde BK 161/son uyarınca tenkise tabi tutabilir. Nitekim Yargıtay da yargıç tarafından fahiş bulunduğu takdirde işçinin ödeyeceği cezai şartın tenkise tabi tutulması gerektiğini hükme bağlamaktadır.⁶²

⁵⁷ M.P. Soyer, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof.Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 368 vd. **Şahlanan**, Değerlendirme 1997, Genel Görüşme, 168-169. **Çelik**, 168. **Süzek**, Değerlendirme 1998, 120. **Günay**, Cezai Şart, 49. Ekmekçi, Değerlendirme 1999, 65.

⁵⁸ **Soyer**, Cezai Şart, 375-376. **Çelik**, 168. **Süzek**, Değerlendirme, 1998, 120-121. **Günay**, Değerlendirme 1997, Genel Görüşme, 174. **Ekmekçi**, Değerlendirme 1999, 67.

⁵⁹ Y9HD, 29.3.2000, 507/4100 ve Soyer'in incelenmesi, Çimento İşv., Eylül 2000, 19-25.

⁶⁰ Y9HD, 4.5.1999, 6271/8515, Yasa, Ekim 1999, 1302-1303, **Ekmekçi**, Değerlendirme 1999, 64-65. Y9HD, 17.11.1999, 14669/17566, **Günay**, Cezai Şart, 48, dn. 181. Y9HD, 17.1.1991 9157/189, Tekstil İşv., Nisan 1991, 15-16.

⁶¹ **Ekmekçi**, Değerlendirme 1999, 67

⁶² Y9HD, 10.9.2001,14583, **Günay**, Cezai Şart, 45, dn. 176.

Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

İş akdinin tarafları işçinin haksız feshi halinde yapılan eğitim giderlerinin geri ödeneceğini de kararlaştırmış olabilirler. Yargıtay bu durumda eğitim giderlerinin geri alınmasını cezai şart olarak nitelendirmekten kaçınmaktadır.⁶³ Her ne kadar götürü nitelik taşıyorlarsa da bu tür tazminatların da bir cezai şart olarak değerlendirilmesi uygun olur ve tenkise tabi tutulmaları mümkündür.⁶⁴

⁶³ Y9HD, 4.5.1999, 6271/8515, Yasa, Ekim 1999, 1302-1303, **Ekmekçi**, Değerlendirme 1999, 64-65

⁶⁴ **Akyiğit**, 424. **Ekmekçi**, Değerlendirme 1999, 66. 172

