

YENİ İŞ ARAMA İZİNİ VE UYGULANMASI

Prof. Dr. Münir EKONOMİ*

I. GİRİŞ

Yeni iş arama izni, Türkiye’de çalışma hayatına İş Kanunu’ndan önce 1926 tarihli Borçlar Kanunu (BK) ile girmiştir ve BK (m.344) hükümleri halen İş Kanunu’nun (4857 sayılı İşK.m.4) kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinin tümüne uygulanmaktadır. Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu, İş Kanunu kapsamı dışında kalan belirli iş ilişkileri için özel çalışma şartları getirmiş olmakla birlikte, her iki özel İş Kanunu’na yeni iş arama iznine ilişkin hüküm konulmadığı için BK’nun hükümleri belirtilen özel iş kanunlarına tabi iş ilişkilerine de uygulanmaktadır.

Yeni iş arama izni BK’ndan sonra 1936 tarihli İş Kanunu ile şartları daha açık ve iş aramaya ayrılacak zaman da belirgin şekilde düzenlenmiş, sonraki iş kanunları ile devam ettirilen bu kurum, en son 4857 sayılı İş Kanunu’nun (İşK) 27. maddesinde yer almıştır.

İş sözleşmesinin sona erdiği en yaygın hallerden biri olan süreli fesihte, işçinin yeni bir iş arayışına gireceği kesin olmakla beraber; işçinin iş ilişkisinin devam ettiği bildirim süresi içinde kullanılan bir hak olan yeni iş arama izninden fazlasıyla yararlanıldığını söylemek güçtür. Nedeni ise, işverenlerin böyle bir hakkın kullanılmasına imkan bırakmayan bir yol izlemeleridir. Bu hususta ikili bir davranış söylendiği söylenebilir. Birincisi işverenler, genellikle, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini feshetmektedirler. İşverene getirdiği maddi yük fazla olmasına rağmen, işçinin bildirim süresi içinde beklenen verimi göstermeyeceği ve işini kaybetmiş olma ruhsal hali içinde çalışma düzenini bozucu davranışlara girebileceği endişesi, peşin ödeme

* İTÜ İşletme Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

yapmak suretiyle feshi tercih edilen bir uygulama haline getirmektedir. İkincisi, işçi belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim süresine göre feshettiğinde, işveren, aynı kaygılar ile işçinin fiilen çalışmasını talep etmemekte, işçiyi sadece belirli iş arama saatleri için değil, çalışması gereken sürelerin tamamında serbest bırakmaktadır. Böyle bir uygulamanın hukuki yönden ne anlam taşıdığı aydınlanmış ve belirlenmiş değildir.

Belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin bildirim sürelerine göre feshinde, ister işveren ister işçi feshetmiş olsun, bildirim süresinin sonuna kadar tarafların durumunda bir değişiklik olmaz. İşçi ve işveren bildirim süresi içinde, gerek iş sözleşmesi ve gerek mevzuattan doğan tüm borçlarını yerine getirmekle yükümlü olup, haklarını da diğer taraftan talep etmek imkanına sahiptirler. Süreli fesihte, feshin belirli bir süre önce karşı tarafa bildirilmesinin amaçlarından biri de işçiye, yeni bir iş, işverene de yeni bir işçi bulmak imkanının verilmesi olduğu belirtilir. Ancak bu imkanın daha çok işçi yönünden güçlü bir anlam kazandığı gerçektir. Zira, işveren, yeni bir işçiyi bulmak için, zaman yönünden bir baskı altında değilken işçi, bildirim süresi içinde kural olarak iş görme borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu için, yeni bir iş aramada zaman bulabilmesi ancak yeni iş arama izni ile mümkün olabilmektedir. Bu açıdan işçi yönünden yeni iş arama izni önemini daima korumaktadır.

Feshin önceden bildirimini işverenin yeni işçi bulması yönünden, özellikle küçük işyerleri için bir yararı olabilecektir. Buna karşılık orta ve büyük işyerlerinde iş sözleşmesini fesheden işverenin, işsizlik sorunu da dikkate alındığında aradığı sayıda ve nitelikte işçileri bulmasında, bir güçlük karşılığında ve feshin önceden bildirim ile beklentilerinde önemli bir farklılık olmayacağı söylenebilir. Kaldı ki, işverenin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan fesihlerde, işten çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alması da fesih hakkının kullanılmasını olumsuz etkilediği için, önceden bildirim işveren yönünden yararı daha çok peşin ödenecek bildirim sürelerine ait ücretin maliyeti etkilediği ölçüde ortaya çıkmaktadır. Böyle bir etki, özellikle toplu işçi çıkarmada işveren üzerinde daha baskılı olacaktır.

Diğer yandan iş kaybında yeni iş arama ihtiyacının sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile sınırlı tutulamayacağı, belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçinin de sürenin bitiminden önce, gelirinde devamlılık sağlanması amacıyla böyle bir izin hakkından yararlanması

gerektiğinde kuşku olamaz. Objektif bir nedene dayalı süreli iş sözleşmesinin yenilendiği hallerde, işverenin kendisine yeni bir sözleşme önerisi getireceği beklentisi içinde iken, sözleşmenin süresinin dolduğu günün akşamı, ilişkinin yenilenmeyeceğini öğrendiğinde, durumu –iş arayışı yönünden- belirsiz süreli sözleşme ile istihdam edilenden farklı olamaz. İş sözleşmesi feshedilen işçi gibi, sözleşme süresinin bitimi ile “işsiz” duruma gelecek işçinin de, durumu önceden bilmesinin, işverenin ve kendisinin Türkiye İş Kurumuna bir an önce bildirimde bulunmaları, İşsizlik Sigortası Kanunu yardımlarından yararlanma, başka yeni bir iş bulma ve işsizlik ödeneği olmak üzere, mesleki geliştirme, meslek edinme ve yetiştirme eğitimlerine yönelme ve yararlanmada geleceğe yönelik güvenli adımlar atılmasında katkısı olacağına bir kuşku olmamak gerekir. Ne var ki, hemen aşağıda görüleceği üzere, yeni iş arama iznine ilişkin yasal düzenlemelerin belirli süreli iş sözleşmelerine uygulanma imkanı, bu güne kadar destek bulan bir konu şeklinde irdelenmiş değildir.

Yeni iş arama izninin günün şartları ve yeni yargı kararlarına göre bir kez daha incelenmesinin yararlı olacağına inanmaktayız.

II. YENİ İŞ ARAMA İZİNİ VERİLMESİNİN ŞARTLARI VE UYGULANMASI

1. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Göre Çalışma: Kanuni Düzenleme ve Belirli İş Sözleşmelerine Uygulanma

a) İşK.m.27/1’de “bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni iş bulması için gerekli iş arama izninivermeğe mecburdur” denilmekle, iş arama izninin tarafların bildirim süresine göre fesih bildiriminde bulunarak sona erdirecekleri (süreli fesih) belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörüldüğü, kanunun düzenleme sözcükleri ile belirtilmiş olmaktadır¹. Borçlar Kanununda da durum farklı değildir.

¹ İş Hukuku kitaplarının büyük çoğunluğunda, gerek önceki iş kanunları ve gerek 4857 sayılı kanunda yeni iş arama izninin kanundaki düzenlemeye bağlı kalınarak yeni iş arama izninin belirsiz süreli iş sözleşmeleri hakkında uygulanacağı kabul edilmektedir: Bkz. T. Esener, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 226; M. Cenberci, İş Kanunu Şerhi, 5. Bası, Ankara 1984, s. 422; M. Ekonomi, İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, s. 172; N. Celik, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2009, s. 195; S. Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 464; K. Tunçomağ/T. Centel, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 188; F. Demir, İş Hukukunun Uygulanması, 4. Bası, İzmir 2005, s. 220; Ü. Narmanlıoğlu, İş

BK.m.334/2'ye göre, "iş sahibi, mukavelenin feshi ihbar olunduktan sonra başka iş araması için işçiye münasip bir zaman vermek mecburiyetindedir" hükmü de BK.m.340/1'de "feshi ihbar"ın belirsiz süreli sözleşmelerin sona erdirilmesine yönelik bir işlem olduğu açıklamasıyla yeni iş arama izninin sözü edilen türdeki iş sözleşmeleri için düzenlendiğini göstermektedir.

b) Borçlar Kanununu aldığımız İsviçre Borçlar Kanunu m. 329/3'de (eski 341) açıkça fesih bildiriminden sonra iş arama izninin verileceğinden söz edildiği halde, kanundaki bu düzenlemeye karşı (contra legem) olarak, belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin geçmesiyle sona ermesi halinde de, işçiye, belirsiz süreli iş sözleşmesinde fesih bildiri yapılmış gibi, yeni iş arama izni verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir².

Avusturya'da yüksek mahkeme kararı ile aynı sonuca varılmıştır. 2000 yılında kanuni değişikliğe gidilmeden önce Avusturya yüksek mahkemesi, iş sözleşmesinin sona ermesinde işçiye verilmesi hükme bağlanan yeni iş arama izninin, kıyas yoluyla, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin geçmesi suretiyle sona ermesi halinde de uygulanmasına karar vermiştir. Buna göre, belirli süreli iş sözleşmesi üç aydan fazla devam ettiğinde, sözleşme süresinin bitiminden önce farazi bir fesih bildirimine uygun düşecek bir zaman diliminde yeni iş arama izninin verilmesi kabul edilmiştir³. 2000 yılındaki değişiklikte iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde işçiye, talebi üzerine ve ücretinde bir azaltmaya gidilmeksizin yeni iş arama izni verileceğinin

Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3. Bası, İzmir 1998, s. 277; H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, s. 534; M. Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 307-309; E. Güven/U. Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004, s. 123; Taskent, Eyrenci/Taskent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 158; E. Akviğit, Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku, Ankara 2005, s. 181; S. Cil, İş Kanunu Şerhi, 2. C., 2. Bası, Ankara 2007, s. 2059.

Saymen ve Oğuzman ise, yeni iş arama izninin belirli süreli iş sözleşmelerinde de uygulanmasının gerekliliğine değinmiş, yorum yönünden gerekçelerine diğer ülkelerden örnekler vermişlerdir; bkz. Dipnot (7). Biz de, çalışma hayatındaki gelişmeleriyle bu görüşün daha isabetli olduğunu, yukarıda açıklanan gerekçeler ile kabul etmekte ve görüşümüzü düzeltmekteyiz.

² M. Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl. Bern 2002, s. 119-120; aynı yazar, Berner Kommentar, B. VI, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330 a DR, Bern 1985, s. 449.

³ F. Marhold/M. Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, Wien 2006, s. 194-195.

belirlenmesi karşısında yüksek mahkemenin, biraz önce açıklanan görüşünü devam ettirip ettirmeyeceği sorusu ile karşılaşmaktadır⁴.

Alman Hukukunda da kanuni düzenleme ve iş arama izninin belirli süreli iş sözleşmelerini de kapsar şekilde uygulanması gerektiği görüşü, İsviçre ve Avusturya ile benzerlik göstermektedir. Alman Medeni Kanununun borç ilişkilerine ait 2. kısmında, hizmet akdine ilişkin bölümün 629. maddesinde yeni iş arama izni düzenlenmiş bulunmaktadır. Değınilen 629. maddede, İsviçre ve Avusturya'da olduğu gibi, iş arama izninin sürekli iş ilişkilerinde fesihden sonra verileceği hükme bağlanmasına ve feshin belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile ilgili bir işlem özelliği taşımasına rağmen, aynı kuralın belirli süreli iş sözleşmelerinde de uygulanması gerektiği görüşü, Almanya'da hakim bulunmaktadır. Öyle ki belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçiye verilecek iş arama izni başlangıcı, sözleşme süresinin bitimi dikkate alındığında belirsiz süreli iş sözleşmesi olsaydı fesih bildirim yapılması gereken tarih olacaktır ve işçiye bildirim süresi kadar bir zaman içinde uygun bir süre iş arama izni kullanılacaktır⁵. İsviçre, Avusturya ve Almanya'da benimsenen hukuki görüş ve esasları Türk İş Hukukundaki benzer düzenlemelere ilişkin olarak da ileri sürülebileceği ve uygulanabileceği görüşündeyiz.

Hemen belirtelim ki, Türk İş Hukukunun kuruluş ve gelişmesinde büyük etkileri olan iki hukukçu, Saymen ve Oğuzman, batı ülkelerindeki (İsviçre, Almanya ve Fransa) görüşlere işaret etmiş, işçinin yeni bir iş bulmak için serbest zamana ihtiyacı sadece belirsiz süreli değil, belirli süreli iş sözleşmelerinde de olduğuna dikkati çekmiş ve bu amaçla BK ve İşK hükümlerine göre belirli süreli iş sözleşmelerine göre çalışan işçilere de yeni iş arama izninin verilmesini doğru olacağını belirtmişlerdir⁶. Her iki yazar belirli süreli iş

⁴ Marhold/Friedrich, aynı yer.

⁵ Müller-Glöge, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl., München 2007, s. 1171-1172; W. Hromadka/F. Maschmann, Arbeitsrecht, B.1, 3. Aufl. Berlin Heidelberg 2005, s. 486; A. Hueck/H. C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl, Berlin und Frankfurt a.M. 1963; s. 458-459; A. Nikisch, Arbeitsrecht, I. Band, 3. Aufl., Tübingen 1961, s. 856.

⁶ F. H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 563; M.K. Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 197-198. Oğuzman tarafından yapılan atıfta, Atabek'in de aynı görüşte olduğu açıklanmaktadır: Oğuzman, s. 198, dipnot (136): R. Atabek, İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938, s. 91.

sözleşmelerinde yeni iş arama iznine ilişkin açık bir düzenleme getirilmesi temennilerine şu bilgiyi de eklemektedirler: “Şubat 1954’te toplanan 2. Çalışma Meclisi de bu yolda bir temennide bulunmuş ve İş Kanununun 18. maddesine bir fıkra eklenmesi lüzumunu belirtmiştir”⁷.

Yeni iş arama iznine ilişkin kanuni düzenlemelerdeki eksiklik çok başlangıçta görüldüğü, Çalışma Bakanlığının işçi-işveren temsilcileri ile bilim adamlarının katıldığı merkez örgütü olan Çalışma Meclisinde gündem oluşturduğu, toplum ve çalışma hayatındaki gelişmeler karşısında İş Hukuku Mevzuatında başta iş kanunları olmak üzere çok yönlü değişiklikler yapıldığı, yenilikler getirildiği halde, belirli süreli iş sözleşmelerinde yeni iş arama izninin uygulanmasına ilişkin bir ilerleme kaydedilmemiştir. Oysa, sadece mevzuat ile değil, yargı kararları ile hukukta önemli gelişmeler kaydedildiği, boşlukların doldurulduğu bir gerçektir. Bu yönde belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasının kötüye kullanılmasını önleyici, işçinin daha çok korunduğu belirsiz süreli iş sözleşmelerine ilişkin haklardan (bildirim süreleri, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı gibi) mahrum bırakılmasını önleyici önlemler, sözgelimi zincirleme iş sözleşmeleri geçerliliği ve giderek belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılabilmesinde objektif sebeplerin aranmasına kadar varan ilke kararları, çalışma hayatımızdaki sosyal koruma işlevinde çok etkili olmuşlardır⁸. Kanun koyucu, yeni iş arama izni ile ilgili yasal düzenlemelerdeki mevcut eksikliği gidermek ve belirli süreli iş sözleşmelerini de kapsar şekilde kural koymadığı sürece, bu boşluğun yargı tarafından doldurulması gereklidir. Yeni iş arama izninin amacı ve işlevi, ayrımı haklı kılacak bir dayanaktan yoksun bulunmaktadır.

4857 sayılı kanunda iş sözleşmesi türleri düzenlenirken, sözleşmelerin süreye bağlanması objektif nedenlere dayalı olarak dar tutulmuş, ayrıca bu tür sözleşmeler ile belirsiz süreli iş sözleşmeleri arasında çalışma şartları yönünden yapılabilecek ayrımın sınırları da

⁷ Bkz. Dipnot (7).

⁸ Bkz. M. Ekonomi, Belirli Süreli Hizmet Akdinin Hukuka Uygunluğu, M. Rehbindir/M. Ekonomi, Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979, s. 1 vd., Ö. Eyrenci, Hukuka Uygun Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Türleri, aynı eser, s. 57 vd.; G. Alpagut, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, s. 25 vd., 57 vd., 73 vd.; Süzek, s. 222 vd.; S. Basterzi, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 119 vd.

çizilmiştir. Bu açıdan İşK.m.12/1’de “belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz” hükmü sadece sözleşme tarafları için değil, yasama ve yargının da dikkate alması gereken bir ilke olduğu için, yeni iş arama iznine ilişkin eksikliğin, önceki kanunlardaki hatalı düzenlemenin düzeltilerek İşK m.27’nin belirli süreli iş sözleşmelerini de kapsar şekilde hükmü bağlanması uygun olacaktır. Ancak, önceki kanunlar (BK 344/2, iş kanunları 1475 sayılı K.m.19) gibi, 4857 sayılı kanun m.27’deki hatalı, belirli süreli iş sözleşmelerinin eksik bırakıldığı düzenlemenin yarattığı boşluğun hakim tarafından doldurulması gerekmektedir. Hakim, bu halde, hem kanunda eksik olan boşluğu “tamamlama sebebiyle” (supplendi causa) ve hem de sözü ile hatalı (belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile sınırlı tutan) hükmün düzeltilmesine yönelik “düzeltme sebebiyle” (corrigendi causa) kanuna karşı bir işlev görecektir⁹.

Hemen ekleyelim ki, diğer ülkelerde, örneğin Almanya’da, Medeni Kanuna, yeni iş arama iznine ilişkin hüküm getirilirken, bu hususta yasal düzenlemeye gerek olup olmadığı tartışılmış, kimileri böyle bir yükümlülüğü işverenin borçları arasında bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Alman Medeni Kanununun 1.1.1900 tarihinden bugüne kadar hiç değiştirilmeden uygulanan yeni iş arama iznine ilişkin 629. maddesi, Medeni Kanunun ilk iki tasarısında mevcut değildi ve işverenin dürüstlük kuralı ve sözleşme örf ve adetine göre işçiye iş bulması için serbest zaman vermekle yükümlü olduğu belirtilerek, kanuna ayrıca bir hüküm konulmasının gerekli olmadığı ileri sürülmüştür¹⁰. Bu hususta, işverenin işçiye yeni bir iş bulması için uygun bir serbest zaman vermek suretiyle menfaatinin korunması, işverenin işçiyi gözetme borcunda önemli bir hukuki dayanak bulacağı açıktır¹¹.

c) İş sözleşmesinin türleri yönünden değinmek istediğimiz diğer bir konu kısmi süreli iş sözleşmeleridir. Belirsiz ve kısmi süreli bir iş sözleşmesinin feshinde, bildirim süreleri aynen uygulanacağı gibi, bu süreler içinde iş arama izni kullandırılması yönünden de bir farklılık

⁹ K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., Stuttgart 1977, s. 138; A. Zevkliler, Medeni Hukuk, 3. Bası, Ankara 1992, s. 92.

¹⁰ Müller-Glöge, s. 1773.

¹¹ Hueck/Nipperdey, s. 457-459; ayrıca bkz. Müller-Glöge, aynı yer.

olmaz; işveren kısmi süreli çalışan işçiyi de iş arama izni vermekle yükümlüdür¹². Ancak, aynen yıllık ücretli izinde olduğu üzere, yeni iş arama izni de işçinin o işyerinde çalıştığı iş sürelerinde verileceği için, kısmi süreli olmanın özünden kaynaklanan bir farklılık ortaya çıkabilecektir. Gerçekten işveren işçiye serbest zamanı onun çalıştırıldığı “iş saatleri içinde” (İşK.m.27/1) kullandırmakla yükümlü olup, işçinin işyerinde çalıştırıldığı zaman dışında, sözgelimi başka işverenin işyerinde çalıştığı zaman için böyle bir talebi sözkonusu olamaz. Örneğin haftanın üç iş günü tam gün çalışan işçiye işveren, sadece belirtilen üç günde ikişer saat iş arama izni vermekle yükümlü olur; haftanın diğer günleri başka işverene bağlı olarak çalışmasa dahi, o günler içinde ücretinin ödendiği iş arama iznine hak kazanamaz. Buna karşılık işyerinde haftada iki gün veya beş gün günde üçer saat iş gören işçiye çalıştığı günlerdeki üçer saatlik süre içinde iki saat izin verildiğinde işveren yönünden geri kalan bir saatlik çalışmanın işin yürütümü ve veriminde aksaklık yaratabilecektir. Böyle bir durumda işçinin yeni iş arama iznini, BK.m.334/3 dikkate alınarak toplu şekilde kullanması zorunlu hale gelir ve işçinin bu uygulamayı reddetmesi iyiniyet kuralları ile bağdaşamaz¹³.

2. İş Sözleşmesinin İşveren Veya İşçi Tarafından Feshedilmesi Ya da Süresinin Sona Ermesi

İşK.m.27/1’de, belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden taraf yönünden bir ayırım yapılmaksızın işçiye “bildirim süreleri içinde” yeni iş arama izni verileceği öngörülmüştür¹⁴. Gerçekten işçinin her halde yeni bir iş bulması üzerine iş sözleşmesini feshedeceği düşünülemez. Bu hususta başka etkenler de olabilir; örneğin işyerindeki çalışma şartlarından memnun olmadığı veya eşi başka bir ilde iş bulduğu, orada yerleşmeye karar verdikleri için iş sözleşmesini feshedebilir ve yeni iş aramak üzere serbest bir zamana ihtiyacı olabilir. Diğer ülkelerde de örneğin İsviçre¹⁵ ve Almanya’da¹⁶ işçinin iş sözleşmesini feshettiği halde böyle bir izinden yararlanabileceği kabul edildiği halde, Avusturya’da kanuni düzenleme işçiye, iş sözleşmesini kendisinin feshettiği halde, iş aramak üzere serbest zaman tanınmamıştır¹⁷.

¹² Yarg. 9. HD, 23.3.2005, E.2004/19515, K.2005/9536, Cil, s. 2064.

¹³ Ayrıca bkz. Cil, s. 2062.

¹⁴ Bkz. Dipnot (2).

¹⁵ Rehbinder, Berner Kommentar, s. 449.

¹⁶ Hueck/Nipperdey, s. 459; Müller-Glöge, s. 1174.

¹⁷ Marhold/Friedrich, s. 195.

İş ilişkisi devam ederken işçiye yeni iş arama izninin kaldırılmasının genel olarak, süreli fesih türünde mümkün olabileceği açıktır. Bu nedenle İşK.m.27’de iş arama izninin bildirim süreleri içinde verileceğini öngören hükmün, konuyu gerçekçi bir yaklaşım ile düzenlediği söylenebilir. İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m.329/3 ve Alman Medeni Kanunu (BGB) m.629’da iş arama izninin “fesih”ten (Kündigung) sonra verileceğinin belirtmiş olmasından dolayı işçiye iş arama izni verilmesinde fesih türleri yönünden bir ayırım yapılamayacağı açıklanmış olmakla beraber; bu iznin derhal fesih türünde kullanılmasının pek mümkün olamayacağı da gözden uzak tutulmamaktadır¹⁸.

İşK.m.27’deki düzenlemeye göre derhal fesih hallerinde, bu arada deneme süresi içinde yapılan fesihler (İşK.m.15/2) de dahil olmak üzere işverenin iş arama izni vermesi söz konusu olamaz. İşveren tarafından bildirim süresine ait ücretin peşin ödenerek feshinde ödenen ücrete (İşK.m.17/5) ya da bildirim şartına uymadan yapılan fesihte (İşK.m.17/4) işverence ödenecek tazminata, işçi bildirim süresinde çalıştırılmış olsaydı verilecek izinlerin ücreti de dahildir. Buna karşılık işçi bildirim şartına uymadan iş sözleşmesini feshettiğinde, yeni iş arama izni için herhangi bir talep hakkı bulunmamakta, işverene karşı ihbar tazminatı ödemek yükümlülüğü altına girmektedir.

Belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçiye işveren, sözleşme süresinin bitimini dikkate alarak, sürenin sona ereceği tarihe göre belirsiz süreli iş sözleşmesinde uygulanacak bildirim süresi kadar zaman dilimi içinde yeni iş arama izni kullandıracaktır. Belirli süreli iş sözleşmesinin derhal feshinde böyle bir karar verilmez; sürenin bitiminden önce ve haklı bir sebep olmaksızın sözleşme haksız feshedilse işverence ödenecek tazminatın BK.m.325’e göre belirlenmesinde ve mahsubunda yeni iş arama izin ücreti de göz önünde tutulacaktır.

¹⁸ Müller-Glöge, s. 1774; Rehbinder, Berner Kommentar, s. 449. BK.m.334/2 ve 340’da geçen “feshi ihbar” sözcükleri İsviçre BK’nun Almanca metninde (eski OR 341, yeni OR 329; eski OR 349, yeni OR 336-335) yer alan ve anlamı “fesih” olan “Kündigung” sözcüğünün karşılığı olarak tercüme edilerek kullanılmış; İş Hukukunun geliştiği yıllarda “feshi ihbar”a, “süreli fesih” türü anlamı verilmiş, hatta “feshi ihbarla fesih” olarak da adlandırılmış ve diğer fesih türü içinde “haklı sebeple fesih”, bazen sadece “fesih” denilmiştir: Bkz. Saymen, s. 551, 568; Oğuzman, s. 35, 167; Esener, s. 220, 236; Tunçomağ/Centel, s. 187, 200. Ashında “ihbar” sözcüğünün yerine Türkçesi konulduğunda fesih bildirim, bütün fesih türleri için gerekli olan ve sözleşmeyi sona erdirmeye ait iradenin karşı tarafa yöneltilmesini belirtmektedir. 4857 sayılı kanununun 17-29. maddelerinde, bu anlamda fesih bildirimini kullanılmıştır.

3. İşçinin Yeni İş Bulabilmesi İçin Gerekli İzin Verilmesi

a) İş arama izniyle işçinin yeni bir iş bulma ihtiyacının karşılanmasını amaçlamaktadır. Bu amaca yönelik olarak kanunda işveren, “işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini vermekle yükümlü tutulduğu için, iş bulduğu için iş sözleşmesini fesheden işçi bu haktan yararlanamaz. Yeni iş arama izni, iş bulma dışında, ancak yeni bulunan iş ile bağlantılı başka bir nedenle, örneğin işçi kentin başka ve uzak bir ilçesinde yahut başka bir ilde iş bulması sebebiyle yerleşme yerini değiştirmek gereği ev aramak için yeni iş arama iznini kullanıp kullanamayacağı tartışmaya açılabilir. Belirtilen soruya, Avusturya’da doktrin ve yüksek mahkeme (23.12.2000 tarihli kararı) olumlu görüş açıklamıştır¹⁹. İşK.m.27/1’de amaç “işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan” ile sınırlandırıldığı için, iş bulan işçinin, iş arama iznini yeni bir yerleşim yeri aramak üzere talep edebileceğini ileri sürmek, hükmü zorlamak olacağı açıktır. Ancak işçi, yeni iş arama sırasında ortaya çıkan tekliflerden yararlanabilmesi ve yeni işi kabul edebilmesi yerleşim yeri değişikliğini gerekli kıldığında, iş arama izninin bu arada yerleşim yeri aramak için de kullanılmasının hukuka uygun düşeceği kanısındayız. Bunun gibi, işçinin yeni iş arayışı kapsamında öngörüşme ve mülakat yapması için diğer illere gitmesi gerekli olduğunda izin bir veya iki gününü yolculuğa kullanabilme olanağına sahip olabileceğinde kuşku yoktur. Ancak böyle bir uygulamanın yeni iş arama izninin toplu şekilde kullanılması haline bağlı olacağı da açıktır.

b) İşçi iş aramaya başladıktan bir süre sonra iş bulduğu ve yeni işveren ile anlaşma sağlandığında, bundan sonra aynı amaca yönelik olarak izin kullanması söz konusu olamaz. İş bulduğu halde bunu gizleyerek iş aramak nedeniyle izin alan işçi sadakat borcuna aykırı davranmış olur ve işveren iş sözleşmesini İşK.m.25/II’e uyarınca derhal feshedebilir²⁰.

İşçinin emekli aylığı bağlaması amacıyla iş sözleşmesini feshetmesi, yeni iş arama izninden yararlanmasına engel olmaz. Bildirim süresi içinde ve henüz bir iş bulamamış iken işçiye aylık bağlanmış olduğunun bildirilmiş olması da, durumda bir değişiklik yaratmaz. Yargıtayın aksi yöndeki görüşünün fesih kavramı ve sonuçları ile

¹⁹ Marhold/Friedrich, s. 194.

²⁰ Saymen, s. 562; Çenberci, s. 426; Ekonomi, s. 173; Süzek, s. 465.

bağdaştırılması güçtür. Öncelikle belirtelim ki, yaşlılık aylığı bağlanması amacıyla iş sözleşmesinin feshedilmesi, daha sonra çalışmanın bırakıldığı anlamı taşımaz, işçinin aylık bağlandıktan sonra da çalışmasını sürdürebilir. Sosyal açıdan, özellikle işsizliğin büyük sayılara yükseldiği ülkemizde, bu tür istihdamı uygun görülmeyebilir; ancak hukuk sistemi buna olanak vermektedir. Bilindiği üzere aynı tartışmalar yaşlılık aylığı bağlanması amacıyla iş sözleşmesinin feshinde sendika üyeliğinin sona erip ermeyeceği konusunda çıkmış ve Sendikalar Kanunu m.24/5’de yapılan bir değişiklik sonucu, aylık bağlanarak işten ayrılan işçinin sendika üyeliğinin sona ereceğine ilişkin hükümden hemen sonra, “çalışmaya devam edenler hakkında bu hüküm uygulanmaz” denilmiştir. Bu düzenleme, yeni iş arama izni yönünde de konuyu belirlemiş olmaktadır. Yüksek mahkemeye intikal eden uyuşmazlıkta, kavram olarak süreli fesih ve uygulanması hukuken uygun olmayan bir değerlendirmeye tabi tutulduktan başka, iş arama izni yönünden de isabetli olmayan sonuca varılmaktadır. Kararın özellik gösteren yönlerinin bilinmesi için aynen alınması yararlı olacaktır: “Davacı vekili iddiasında, davalıya 30.12.1994 tarihinde ihbar öneli verilerek günde üç saat iş arama izni kullandırıldığını, ancak davalı işçinin önel bitim tarihi olan 7.5.1995 gününden önce 5.4.1995 tarihinde emekli olmak suretiyle hizmet akdine son verdiğini belirterek ihbar öneli izin tutarının tahsilini istemiştir. Mahkemece istek yerinde görülmeyerek davanın reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre gerçekten davacı idare, 30.12.1994 tarihinde fesih ihbarında bulunmuş ve davalının ihbar önelini iş günlerinde günde üç saat iş arama izni şeklinde kullanacağını bildirmiş ve davalı da 4.5.1995 tarihine kadar 67 işgününde günde üç saat izin kullanmıştır. Bu süre zarfında davalının ücretinden herhangi bir kesinti yapılmamıştır. Ancak davalı ihbar önelinin bitimini beklemeden iki gün önce 5.4.1995 tarihinde emeklilik için başvuruda bulunarak emeklilik nedeniyle iş akdini sona erdirmiştir. Nitekim Bursa 2. İş Mahkemesinin 1995/460 Esas ve 1017 Karar sayılı kararında da işçinin hizmet akdinin emeklilik nedeniyle sona erdirildiği kabul edilerek iki yıllık askerlik borçlanma süresini değerlendirmiş ve kıdem tazminatı farkının tahsiline karar verilmiş ve bu karar Yargıtay incelemesinden de geçmek suretiyle kesinleşmiştir. Bu durumda davalı işçinin hizmet akdi ihbar öneli sonunda gerçekleşmeyip, emeklilik nedeniyle sona erdiğinden, davalının ihbar öneli içerisinde kullanmış olduğu günde üçer saatlik izin ücreti saatlik izin tutarını ödemesi

gerekir. Mahkemece aksi düşünceyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir”²¹.

Olayda işveren (idare) işçinin iş sözleşmesini bildirim sürelerine göre feshetmiş ve bildirim süresi içinde her işgünü üç saatlik iş arama iznini uygulamaya koymuştur. İş sözleşmesinin taraflarından biri iş sözleşmesini bildirim süresini uygulamak suretiyle feshettiğinde, bu işlem bozucu yenilik doğuran bir hak olarak bildirim süresinin bitiminde sözleşmeyi sona erdirmek üzere hükümlerini doğurur ve bu durum diğer tarafın süreli fesih hakkını kullanmasına, daha önce yapılan süreli feshin hükümlerinin herhangi bir şekilde bertaraf edilmesine imkan vermez²². Ancak bildirim süresinin uygulandığı süre içinde gerek süreli fesih bildiriminde bulunan taraf ve gerek karşı taraf iş sözleşmesini haklı sebeple derhal feshetmek yetkisine sahiptirler. Bildirim süresi içinde tarafların fesih haklarını kullanmaları fesih türlerine göre farklı bir etkiye sahip olduğuna göre, yüksek mahkemenin kararında incelediği uyuşmazlıktaki olguları ve yüksek mahkemenin bunlara bağladığı sonuçları, değindiğimiz fesih türlerinin etkisine dayalı şekilde inceleyelim. Olayı bir daha vurgulayalım, işveren işçinin (davalı) iş sözleşmesini bildirim süresine uyarak feshetmiş, bildirim süresi içinde işçiye her işgünü üç saatlik yeni iş arama izni kullandırmakta iken, bu kez işçi yaşlılık (emeklilik) aylığı bağlatmak amacıyla iş sözleşmesini feshetmiştir. Yüksek mahkemenin, “hizmet akdi ihbar öneli sonunda gerçekleşmeyip, emeklilik nedeniyle sona erdiğinden, davalının (işçinin) ihbar öneli içersinde kullanmış olduğu günde üçer saatlik izin tutarını ödemesi gerekir. Mahkemenin aksi düşünceyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir” sonucuna varması isabetli görülemez. Zira, yüksek mahkemenin görüşüne göre, emekli aylığı bağlatmak amacıyla iş sözleşmesini fesih, haklı sebeple derhal fesihtir ve bu tür fesih hakkı bildirim süresi içinde kullanılabilir. Sözleşme, işverenin feshine göre değil, işçinin feshi ile bildirim süresinin bitiminden önce sona ermiştir; işçinin kullandığı iş arama iznine ilişkin ücretlerin geri alınması da söz konusu olamaz.

Gerçekten Yargıtaya göre 1475 sayılı İş Kanunu m.14’de muvaz- zaf askerlik, yaşlılık (emeklilik) aylığı almak sebebiyle iş sözleşmesinin

²¹ Yarg. 9.HD, 22.9.1997, E.1997/12130, K.1997/16195, Cil, s. 2066.

²² Fesih bildiriminde bulunan taraf kendisi de bildirim süresi içinde tek taraflı olarak feshi geri alamaz, fesihten rücu edemez. Ancak bildirim süresinin sonuna kadar karşı tarafın rızasını alarak bir anlaşma sonucu feshin geri alınması mümkündür; bkz. Ekonomi, s. 171.

feshi ya da evlenen kadın işçinin kendi isteği ile işten ayrılması (fesih), haklı sebeple derhal fesih halleridir; bu nedenle işçinin bildirim süresine uyması söz konusu olamaz²³. Buna karşılık bizimde katıldığımız görüşe göre, İşK.m.14'de kıdem tazminatına hak edilebileceği haller olarak gösterilen muvazzaf askerlik, yaşlılık aylığı almak veya evlenmek sebebiyle iş sözleşmesini feshetmek işçinin bildirim sürelerine uymak zorunda bulunduğu fesih halleridir²⁴. Bu görüşten hareket edildiğinde incelenen uyuşmazlığın çözümünde işveren tarafından süreli fesih yapıldığına göre, bildirim süresi devam etmekte iken işçi tarafından emekli aylığını bağlatmak için dahi olsa ikinci bir süreli fesih hukuken mümkün değildir. İşçiye, bildirim süresinin işlemeye başlaması ile işgünlerinde kullanılan günde üç saatlik yeni iş arama izninin bildirim süresinin sonuna kadar verilmesi gerekir. İşçi, bildirim süresi içinde yahut daha önce şartlarına göre hak kazandığı yaşlılık aylığının, iş sözleşmesinin sona ermesini takiben bağlatmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurabilir. Daha önemlisi iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş olduğu için iş güvencesi davası da açabilir.

Yargıtayın incelediği olayda işçinin bildirim süresi içinde iş sözleşmesini feshetmeye yöneltten bir nedenin, borçlandığı muvazzaf

²³ Yarg. göre belirtilen hallerde işçinin sözleşmeyi feshi, derhal fesih türünde kabul edilmekle, kadın işçi bu hakkına dayanarak belirli süreli iş sözleşmesini de feshedebilir ve kıdem tazminatına hak kazanır; Yarg. 9.HD, 29.4.1993, E.1992/12219, K.1993/7209, karar ve H.H. Sümer'in incelemesi, İş Hukuku Dergisi, C.III, sayı 4, s. 572vd.; aynı doğrultuda ve diğer haller ile de ilgili olarak bkz. Yarg. 9.HD, 6.6.1994, E.1994/3797, K.1994/8597, Tekstil İşveren, Haziran 1995, ek; dipnot (20) deki karar; Yarg. 9.HD, 12.11.1997, E.1997/15322, K.1997/18947, C.İ. Günay, İş Kanunu Şerhi, C.1, 2. Bası, Ankara 2006, s. 562; 19.2.1997, E.1996/19763, K.1997/2758, M. Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s. 353; 22.1.1998, E.1997/20320, K.1998/420, Tekstil İşveren, Ocak 2000, s. 15; 15.6.2003, E.2003/2862, K.2003/16212, karar ve T. Centel'in İncelemesi, Tekstil İşveren, Aralık 2003, s. 38-40; 4.7.2006, E.2005/35059, K.2006/19706, Çalışma ve Toplum, 2008/2, s. 319; 12.3.2009, E.2007/41150, K.2009/6661, Çalışma ve Toplum 2009/3, s. 253; aynı görüşte: Çenberci, s. 303; Narmanlıoğlu, s. 433; Alpagut, s. 192; Akviğit, s. 246; Mollamahmutoğlu, s. 616-617.

²⁴ M. Ekonomi, Kıdem Tazminatına Hak Kazanılan Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri, Kamu-İş, Ocak 1990, s. 3 vd.; Çelik, s. 300-301; Süzek, s. 690-691; Sümer, dipnot (23) verilen karar incelemesi; A.C. Tuncay, Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1996, s. 46; A. Güzel, Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1995, s. 94; T. Centel, İş Hukuku, C.I, 2. Bası, İstanbul 1994, s. 206; Ulucan, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 201; Kılıçoğlu, Şerh, s. 347; Demir, s. 282; E.Tuncay Kaplan-Senyen-Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen, İş Hukuku, Ankara 2006, s. 221.

askerlik süresinin kıdem süresinden saydırması olduğu söylenebilir. Kamu kuruluşlarında geçen kıdem sürelerinin birleştirilmesine ilişkin 1475 sayılı kanun m.14/4 hükmü Yargıtayın amacı aşan yorumu ile genişletilmiş, işçi sıfatı olmaksızın muazzaf askerlikte geçirilen ve borçlanılan sürenin de kıdem ile birleştirilmesi karara bağlanmış, ancak birleştirmenin şartlarından birinin gereği olarak ancak işçinin emeklilik veya malulluk aylığı bağlatmak amacıyla sözleşmenin feshinde uygulanabileceği belirtilmişti²⁵. İşveren iş sözleşmesini feshetmiş bildirim süresi içinde iş ilişkisi devam etmekte iken işçi, askerlik süresinin kıdeme eklemek ve alacağı tazminatı açtırmak üzere iş sözleşmesini aylık bağlatmak amacıyla feshettiğinde bir kuşku yoktur. Yargıtayın, yukarıda açıklanan görüşlerine göre işçinin emekli aylığı bağlatmak amacıyla iş sözleşmesinin feshi derhal fesih türü olduğuna göre, yüksek mahkemenin işçiye fesihden önce ödenen yeni iş arama izin ücretlerinin iadesine karar vermesi İşK.m.27 hükmüne tamamen aykırıdır.

Gerçekten bildirim süresi içinde ve yeni iş arama izninin kullanıldığı sürede taraflardan biri haklı sebeple iş sözleşmesini feshettiğinde, sözleşme ve işçinin yeni iş arama izni talep hakkı sona erer. Ancak işçiye, sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar ödenen yeni iş arama izin ücretinin geri alınması söz konusu olamaz. Örneğin bildirim süresinin devamında işçi ücretinin kanun veya sözleşme hükümlerine göre ödenmediği sebebiyle (İşK.m.24/II e) ya da işveren işçinin devamsızlığı sebebiyle (İşK.m.25/II g) feshettiğinde, izin ücretinin iadesi talep edilemez. Böyle bir iade işçi iş bulduğu halde bunu işverenden gizleyerek iş arama iznini kullandığında ortaya çıkabilir. İşçi izin kullanmaya başladığında zaten iş bulmasına izin ücretinin tamamı, iznin kullanılmasından bir süre sonra iş bulmuş ve gizlemişse iş bulma tarihinden sonrası için izin ücreti iade edilir. Yargıtayın incelenen

²⁵ Yargıtayın 1475 sayılı kanun m.14/4 hüküm ve şartları kapsamına muazzaf askerlikte geçen ve borçlanılan süreleri de dahil edilmesine ilişkin görüşü ve bu husustaki eleştiriler için bkz. Ekonomi, s. 242; Celik, s. 317; Süzek, s. 709; aynı yazar, Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1991, s. 70-71; Mollamahmutoğlu, s. 645; Narmanlıoğlu, Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1986, s. 90; C. Tuncay, İHU, İşK.14 (No.37); F. Sahlanan, İHU İşK.14 (No.38); S. Taşkent, İHU İşK.14 (No.42); H. H. Sümer, Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1997, s. 137; F. Uşan, Mirasçılardan Alacakları Kıdem Tazminatında Borçlanılan Askerlik Süresi Dikkate Alınabilir mi? A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 252 vd.

kararında işçi, işveren tarafından iş sözleşmesi feshedildiğinde emekli aylığını bağlatma şartları var olsa dahi çalışmaya devamda istekli ve bu amaçla iş aramakta ise, daha sonra ve bildirim süresinin bitiminden önce kendisi iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğinde, fesih tarihine kadar ödenmiş bulunan iş arama izin ücretinin iadesinin talep edilmemesi gerektiği görüşündeyiz ve Yargıtayın incelenen aksi yöndeki görüşünü isabetli bulmuyoruz.

c) Yargıtay, yukarıda incelenen karara konu olan olay ile benzerlik gösteren bir uyuşmazlıkta işveren tarafından yapılan feshin, sözleşmeyi sona erdiren hükmünü doğurmadan önce işçinin emekli aylığı bağlanması isteğine ilişkin iradesinin bir fesih olamayacağını, daha önce aksi yönde verdikleri kararlarda açıklanan görüşü değiştirdiğini bildirmiştir. Yukarıda incelediğimiz ve metnini aynen verdiğimiz 22.9.1997 tarihli kararda yeni iş arama iznini kullanan işçinin yaptığı işlem şu ibareler ile açıklanmıştır: İşveren "... davalı işçinin önel bilim tarihi olan 7.5.1995 gününden önce 5.4.1995 tarihinde emekli olmak suretiyle hizmet akdine son verdiğini belirterek, ihbar öneli izin tutarının tahsilini istemiştir..." "... Ancak davalı ihbar önelinin bitimini beklemeden iki gün önce 5.4.1995 tarihinde emeklilik için başvuruda bulunarak emeklilik nedeniyle iş akdini sona erdirmiştir ..." İş mahkemesince "... işçinin hizmet akdinin emeklilik nedeniyle sona erdirildiği kabul edilerek iki yıllık askerlik borçlanma süresini değerlendirmiş ve kıdem tazminatı farkının tahsiline karar verilmiş"tir. Görüldüğü gibi, kararda tekrarlanır şekilde, işçinin iş sözleşmesinin emeklilik nedeniyle sona erdirmiş olduğu, kısaca "feshetmiş olduğu" açıklandığı için, biz yüksek mahkemenin kararına bu yönden eleştirilerimizi getirdik, hatta bir kuşku olarak, burada işçinin, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi sonucu, şartlarının da bulunduğu bir hal olarak emekli aylığı bağlatmak üzere kuruma başvuruda bulunmuş olabileceğini de belirtmiş bulunuyoruz.

Yüksek mahkeme daha sonra verdiği bir kararda, uyuşmazlık konusunu incelerken, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, akdin sona ermesinden önce emeklilik-yaşlılık aylığı bağlanması için yaptığı başvuruyu, iş sözleşmesini feshetmek üzere bir irade beyanı olamayacağını, daha önce bu yolda verilen kararlardaki görüşünü değiştirdiğini açıklamıştır. Yukarıda kararda da durumun böyle bir konuya mı ilişkin olduğunu kesin olarak söylemek mümkün değildir, ancak bu yolda bir çağrışım da olduğunu hemen ekleyelim. Yukarıda inceleme, bildirim

süresi içinde işçinin emekli aylığını bağlatmak üzere iş sözleşmesini derhal feshetmesine dayalı bir hale göre konuyu değerlendirmektedir. Aşağıdaki kararda ise, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi üzerine işçinin emekli aylığını bağlatmak üzere kuruma başvurusunun, isabetli olarak bir fesih olmadığı görüşüne dayandırılarak sonuca gidilmektedir. Bundan sonraki uygulamaya ışık tutacak kararın ve yüksek mahkemenin öz eleştirisini aynen aşağıya almanın yararlı olacağını düşünmekteyiz:

Yüksek mahkemenin kararına göre:

“... Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına kazanmaz ise de, kamu kuruluşları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha öne borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmektedir. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanması yönüyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanununun sistematığına uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldıramayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır(Yarg.9.HD, 26.6.2008 gün, 2007/24004, E, 2008/17671)”²⁶.

Yüksek mahkeme kararın girişinde “fesih” işlemi yönünden genel bilgileri verirken, “fesih bildirim, bir yenilik doğuran hak

²⁶ Yarg. 9. HD'nin dipnot (24) de verilen 12.3.2009 tarihli kararı, Çalışma ve Toplum 2009/3, s 253 vd., 255-256.

niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır” esasını tekrarlamakla birlikte, bu hususta tam bir özen gösterilmediği söylenebilir. Yine kararda belirtildiği üzere, “fesih hakkı ... karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır”; ancak kararda işçi tarafından işverene yöneltilmiş bir fesih bildiriminden hiç söz edilmediği, üst üste vurgulandığı üzere işçinin “emeklilik başvurusu”, “emeklilik için dilekçe vermesi” ve “yaşlılık aylığı için tahsiste bulunulmasını” talep etmesi, herhalde işverene yöneltilmiş açık ve belirgin fesih beyanı olarak yorumlanamaz. İşveren tarafından yapılan fesih bildiriminde (ya da peşin ödeme ile fesihte yüksek mahkemeye göre ödemenin henüz yapılmadığı sırada) işçi, yaşlılık-emekli aylığı bağlanması için Kuruma başvurabilir ve geçim ihtiyacının karşılanması için tedbirli bir girişimde bulunabilir. İşveren tarafından sözleşmenin feshinde bildirim süresinde yeni iş arama iznini kullanan işçi, emekli aylığı bağlanması için başvuruda bulunmuş olsa dahi, çalışma yaşamını sonlandırmaya istekli olmayabilir, bununla bağlantılı olarak işveren tarafından yapılan feshe karşı iş güvencesi davası da açabilir.

Yüksek mahkeme işverene yöneltilmiş açık ve belirgin bir fesih beyanı bulunmadığı, doğrudan emekli aylığının bağlatılmasına yönelik başvuruya, müdahale edip salt borçlanılan askerlik süresinin kıdeme eklenmesinin işçi lehine bir durum şeklinde sonuca varması, hukuki açıdan uygun görülemez. Nitekim yukarıda verilen karar metninde belirtilen “işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır” açıklaması doğru alana yönelmenin bir göstergesi kabul edilebilir. Bu yola giderken, işçinin menfaatlerini daha çok korunacak bir yol gibi gerekçeye dayanılması da sosyal açıdan bir tatmin şeklinde açıklama olsa dahi, olayda işçinin işverene yöneltilmiş açık bir fesih beyanı bulunmadığı gerçeğine göre bu beyanın teknik hukuk yönünden değerlendirilmesine öncelik verilmesi isabetli olurdu.

4. İşveren Tarafından İşçinin Talebi Olmaksızın Yeni İş Arama İzninin Kullandırılması

İşçinin yeni iş arama izninden faydalanması için “talepte bulunması” şart değildir²⁷. Yeni iş arama izni hakkından faydalanma

²⁷ Bkz. Dipnot (2).

böyle bir şarta bağlı tutulduğunda, işçinin istekte bulunmaması halinde, bu hakkını kaybetmiş ve işverenin de izin verme yükümlülüğünün kalkmış olacağının kabulünü zorunlu kılar ki, bu sonuç İşK.m.27 hükümlerine uygun düşmez. Önceki İş Kanunları, örneğin 1475 sayılı kanunda (m.19) olduğu gibi, 4857 sayılı kanunun 27. maddesinde de, “istek” şartından söz edilmeksizin “bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur” denilmekle işveren m.27/2,3’de belirlenen hukuki yaptırımlar ile desteklenmiş olarak işveren yeni iş arama iznini kullanılmakla zorunlu tutulmaktadır.

Yargıtay, aynı şartların yer aldığı önceki İş Kanunu döneminde verdiği bir kararında “işverenin, ihbar önellerine dayanarak iş sözleşmesini bozacağını bildirdiği takdirde, işçiye her gün için iki saatlik iş arama izni verilir, eğer bu izin verilmezse, o zaman işçi iş arama izin süresi karşılığını ücret olarak ister” şeklinde açıkladığı görüşü ile, işverenin işçiden bir istek gelmesine bakılmaksızın yeni iş arama izni vermekle yükümlü olduğunu belirtmiş, iznin kullanılmadığı halde izin süresinin tutarı kadar bir ücret ödenmesi gerektiğini, kısaca iznin paraya dönüştüğünü bildirmiştir²⁸. Yüksek mahkemenin daha sonra verdiği bir kararda ise, yeni iş arama izni için işçinin isteğinin gerekli olduğu izlemine yaratacak ifadeler kullanıldığı görülmektedir. İşçiye yeni iş arama izninin kullanılıp kullanılmadığı konusunda çıkan bir uyuşmazlıkta yüksek mahkeme görüşünü şöyle açıklamaktadır: “Her ne kadar Bölge Çalışma Müdürlüğüne konuyla ilgili yapılan soruşturmada davacının 7.5 saat çalıştırılmak suretiyle 2 saat izin verilmediği biçiminde bir açıklamaya yer verilmiş ise de başlangıçta kendisine tanınan 2 saatlik iş arama izni kullanmak istediği halde kullanılmadığını davacının ispat etmesi gerekir. Bölge Çalışma Müdürlüğüne düzenlenen raporda aksi sonuca varmak imkanı yoktur. Davacı işçi bu izni kullanmak istediğini ancak davalı tarafça kullanılmadığını dava dilekçesinde dahi ileri sürmüştür. Fesih bildirimindeki kendisine tanınan olanağın istenmesine rağmen kullanılmadığını eş değer bir belge ile iddia ve ispat etmediğinden ihbar tazminatı isteğinin reddine karar vermek gerekir”²⁹. Yargıtay, ispat külfetinin yer değiştirilmesi sonucuna kadar götürecektir yukarıdaki

²⁸ Yarg. 9.HD, 9.10.1969, E.5527, K.9642, S. Selçuki, İlmî-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, 3. Bası. İstanbul 1973, s. 449.

²⁹ Yarg. 9.HD, 7.5.1996, E.1995/35613, K.1996/9803, Çil, s. 1389-1390.

açıklamalar, iş arama izni verilmemesinin hukuki yaptırımını hatalı bir yorumla, bildirim şartına uyulmaması anlamında kabul etmesi ve işvereni ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür sonucuna varmasıdır. Bir gün dahi izin kullandırılmamasının yaptırımı işçiye kanuna uygun olmayan şekilde ihbar tazminatı ödenmesi yönünde bir menfaat sağlanınca, uygulamada genellikle ihmal edilen yeni iş arama izni işveren yönünden çok pahalıya malolmuştur. Yüksek mahkeme açılan dava sıklığı karşısında başka yönlerden işi zorlaştırıcı çareler aramak yoluna gitmiştir. Yeni iş arama izninin kullandırıldığını ispat etmek yükümlülüğü işçiye değil, bildirim süresinin işlemeye başladığı günden itibaren işçiye izni kullandırmakla zorunlu tutulan işverene aittir. Nitekim yüksek mahkeme başka bir kararında isabetli olarak şu görüşü açıklamaktadır: “Somut olayda davalı işveren, ihbar öneli içinde yeni iş arama izinlerini kullandığını kanıtlayabilmiş değildir. İşçinin ihbar öneli içinde çalıştığı günler bakımından her gün için iki saat iş arama izin ücretinin hüküm altına alınması gerekir ...”³⁰.Gerçekten İş Kanununa göre iş arama izninin verilmesi işçinin isteğine bağlı olmadığı halde, işçinin istekte bulunmasına rağmen kullandırılmadığından ve bunun ispatının da işçiye ait olduğundan söz edilmesi kanuna tamamen aykırıdır. Aşağıda ayrıca görüleceği üzere işçi, yeni iş arama izninin toplu olarak kullanılması düşünmekte ise, bu husustaki isteğini, fesih bildirim yapıldığında işverene bildirmekle yükümlüdür. Böyle bir istekte bulunulmadığı takdirde, iznini toplu şekilde kullanma olanağını kaybeder.

Şu hususu da ekleyelim ki, yeni iş arama iznini, işçinin isteğine bağlı tutan ülke kanunları da bulunmaktadır. Örneğin Alman Medeni Kanunu (BGB) nun 629 paragrafında açık bir düzenleme ile yeni iş arama izni verilmesi işçinin isteğine bağlı tutulmuş; işverenin izin kullandırması, işçinin isteği üzerine bir yükümlülük anlamı kazanmakta, başka bir deyişle işverenin yükümlülüğü muaccel hale gelmektedir³¹.

5. Yeni İş Arama İzninin Kullanılma Şekli ve Süresi

a) Yeni iş arama izni, İşK.m.27/1’de belirtildiği üzere, iki şekilde kullanılabilir: 1. Bildirim süresinin işlemeye başladığı günden son güne

³⁰ Yarg. 9.HD, 28.10.2008, 2008/27533, K.2008/29198, Çalışma ve Toplum 2009/2, s. 253.

³¹ Müller-Glöge, s. 1775.

kadar her iş günü günde en az iki saat olarak; 2. Her işgününe ait izin süreleri birleştirilerek toplu şekilde. Bu iki kullanma şekli birini tercih etmek, kanunun işçiye tanıdığı bir olanaktır. Nitekim madde hükmüne göre, "... işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu şekilde kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu şekilde kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır" (İşK.m.27/1).

Toplu izin kullanma isteğinin, işveren tarafından fesih bildirim yapıldıktan sonra, fakat herhalde aynı gün bildirilmesi gerekir. Şartlara göre aynı gün yapılamayan bildirim ertesi günü işverene ulaştırılabileceğinin kabulü iyiniyet kurallarının gereğidir. Aynı durum işçi tarafından yapılabilecek fesih halinde de ortaya çıkabilir. İşçi iş sözleşmesini feshetmekte ve yeni iş arama iznini toplu olarak kullanmaya istekli ise, bu isteğini de fesih bildirim ile birlikte işverene bildirmesi beklenir. Ancak fesih bildirim yapıldığı gün toplu izin kullanma isteğinin işverene bildirilmesi olanağı yoksa, ertesi günü de bu istekte bulunabileceğinin kabulü iyiniyet kurallarına uygun düşer. İşçi, toplu izin kullanma isteğini zamanında işverene bildiremediği takdirde, işveren iş arama iznini her işgünü kullandırmak üzere yükümlülüğünü yerine getirmek olanağını elde eder.

b) Yeni iş arama izni süresinin ve kullanılma zamanının belirlenmesi de gereklidir. İşK'nda yeni iş arama izninin süresi "günde iki saatten az olamaz" hükmü ile izin günlük kullanım süresini belirlemekte, toplu şekilde kullanımda günlük sürelerin birleştirilerek izin süresinin saptanacağı hükme bağlanmaktadır (İşK.27/1). "En az" sözcükleri süreyi belirleyen hükmün nispi emredici olduğu göstermekte; sözleşmeler ile iki saatlik sürenin artırılması, örneğin günde 3 veya 4 saat gibi³² belirlenmesi, bunların birleştirilmesiyle bulunacak toplu iş arama izin süresinin işçi yararına değiştirilmesi mümkün bulunmaktadır.

Yeni iş arama izni bildirim süresi içindeki işgünlerinde kullanılacağı için, sadece günlük iş arama süresinin artırılması değil, sözleşmeler ile bildirim sürelerinin uzatılması da işçinin yararlanacağı iş arama izin süresinin arttırılmasında etkili olacaktır. Yargıtayca belirtildiği üzere bildirim süresi sözleşme ile arttırıldığında, "iş arama

³² Yukarıda dipnot (22) de incelenen Yargıtay kararına konu uyumsuzlukta içinin üç saatlik iş arama izninden yararlandığı belirtilmektedir.

izni artırılmış ihbar önelerine göre kullanılmalıdır”³³. Diğer yandan bildirim süresi içinde iş sözleşmesi herhangi bir nedenle, örneğin işçinin hastalığı sonucu askıya alındığında, askı hali devam ettiği sürece bildirim süreleri işlemez, askıda kalmanın kalkmasını takiben yeni iş arama izninin kullanılması tamamlattırılır. BK.m.334/2’de işverenin fesih bildirim yapıldıktan sonra iş araması için işçiye “münasip=uygun” bir zaman vermekle yükümlü tutulmaktadır. Burada iznin ne şekilde kullanılacağı ve uygun sürenin ne olacağı, iş aranacak iş ilişkisinin somut durumu dikkate alınarak belirleneceği üzerinde duran İsviçreli yazarlar, “bir haftada birkaç saat, her hafta yarım gün veya iki defa iki saati” uygun olabilecek örnekler arasında vermektedirler³⁴.

İşçinin yeni iş arama iznini bildirim süresinde ve gün içinde kullanması söz konusu olduğunda, bunun zamanını belirlenmesi taraflar yönünden önemlidir. Madde 27/1’de iki saatten az olmamak üzere “iş saatleri içinde” yeni iş arama izni verileceği öngörülmüş, fakat iznin iş saatlerinde hangi zamana rastlatılacağı açıkça gösterilmemiştir. Hemen belirtelim ki, işveren yeni iş arama iznini, maddede yer alan “iş saatleri içinde” ifadesiyle gösterildiği üzere işçinin çalıştırıldığı günlerde vermekle yükümlüdür, tatil günleri için böyle bir yükümlülüğü yoktur. Yargıtay, bir kararında konuyu açıkça olarak ortaya koymuştur: “Yeni iş arama izni, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olur. İşçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine göre, bu günler için ayrıca iş arama izni ücretine hak kazanılamaz. İşçiye iş arama izinlerinin toplu olarak kullanılması gerektiğinde, çalışılan iş günleri için iki saatten az olmamak üzere hesaplama yapılır ve işçinin iş arama iznini kullanacağı süre belirlenerek sonuca gidilir”³⁵.

Diğer yandan işçinin çalıştırıldığı günlerde iznin hangi zamana rastlatılacağı konusunda, asıl olan işverenin bunu belirlemesidir. Kanun işvereni sözü edilen şekilde izin vermekle yükümlü tutarken iznin kullanılma zamanının da onun tarafından yönetim hakkına

³³ Yarg. 9.HD, 23.12.2008, E.2008/42707, K.2008/34977, Çalışma ve Toplum 2009/3, s. 385.

³⁴ E. Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1976, s. 163; Rehbinder, Berner Kommentar, s. 449.

³⁵ Bkz. Dipnot (34); aynı doğrultuda dipnot (31) deki karar.

dayanarak belirleyeceği kabul edilmiştir. Ancak iznin verileceği zaman belirlenirken işverenin çıkarları, işin düzenli ve aksamadan yürütülmesi mümkün olduğu kadar dikkate alınacaksa da (BK.m.334/3), İşK.m.27'nin (özel kanun) amacına bağlı olarak, daha çok, işçinin iş bulma olanağına en uygun zaman³⁶ esas alınacaktır³⁷. Kaldı ki işveren tarafından iş sözleşmesi feshedildiğinde, kendi yönünden işin yürütümü için işçiye verilecek izin de göz önünde tutularak gerekli bütün tedbirlerin alınmış olacağı göz önünde tutulursa, bu kapsamda işçinin yeni iş bulmadaki yararı öncelik kazanacaktır. Bu açıdan işçi, iş saatleri içinde iznini kullanacağı zaman yönünden istekte bulunabilir. İşverenle anlaşmak suretiyle iznin, işe başlamadan, ara dinlenmesinden sonra veya işin bitiminden önceki zamana rastlatılması mümkündür. İşveren işçinin isteğini dikkate almaz veya almamakta direnirse, işin yürütülmesi yönünden hiçbir sakınca olmadığı halde iş bulma olanaklarını gözetmeksizin kendi belirlediği zamanda kullanılmasında ısrar ederse, işçi bu nedenle hizmet akdini derhal feshedebilir (İşK.m.24/II f)³⁸. İşçi, iznini kullanma zamanı için bir istekte bulunmadığında, işverenin yükümlülüğünün ortadan kalktığı sonucu çıkarılmayacağı gibi, kullanma zamanını belirleme yönünden işverenin tamamen serbest kalacağı da ileri sürülemez. Böyle bir durumda işveren, işçinin özel isteği dışında yine onun kolayca iş bulma olanaklarını göz önünde tutacaktır.

Görüldüğü üzere işçi yeni iş arama iznini her işgününde kullanacaksa, bunun zamanını kendisi tayin edemez. İşverene haber vermeden veya izne ayrılacak zaman belirlenmeden, kendiliğinden İşK.m.27/1 öngörülen en az iki saatlik süreyi kullanmak yoluna gidemez; aksi halde, belirtilen şekilde izin kullanarak işe gelmeme İşK.m.25/II g kapsamına giren bir devamsızlık oluşturur ve sözleşmenin işveren tarafından derhal feshi için haklı bir sebep sayılır. İşçi, yeni

³⁶ Türk Borçlar Kanunu; İsviçre Borçlar Kanununun eski şeklinden alınmış olup, m.334/3'de işçiye en uygun iş arama izni verilirken "herhalde mümkün olduğu kadar iş sahibinin menfaati gözetmek lazımdır" (OR eski 341) denilmektedir. Oysa İsviçre Borçlar Kanununun yenilenmiş maddesinde (OR 329) işçiye verilecek "serbest zamanın belirlenmesinde işçinin ve işverenin menfaatleri uygun şekilde göz önünde tutulur" denilmektedir. Bu gelişme genel kanun (BK.m.334/3) ve özel kanun (İşK.m.27) ilişkisinde yukarıda yaptığımız yorum ile benzerliği göstermektedir. Bkz. Schweingruber, s. 160; aynı yazar, Kommentar Dienstvertrag, 3. Aufl, Bern 1960, s. 96.

³⁷ Cenberci, s. 425.

³⁸ Saymen, s. 562; Cenberci, s. 425-426.

iş arama iznini toplu kullanmak istediğinde, kullanma zamanı kanun belirlemede ve işçi “bunu işten ayrılacağı günden evveli günlere rastlatmak ... zorundadır” kuralını koymaktadır (İşK.m.27/1). Toplu olarak kullanılacak izin süresi, bildirim süresinde işgünlerine ait saatlerinin iş günü olarak toplamıdır³⁹.

6. Bildirim Süresi ve Yeni İş Arama İzinlerinin Yıllık Ücretli İzin İle İç içe Girmemeleri

İşçi, hak ettiği yıllık ücretli izinleri, iş ilişkisi devam ettiği sürede kullanabilir; işveren birikmiş izinleri iş sözleşmesinin sona ermesine kadar kullanılmakla yükümlü olup, ilişkinin devam ettiği süre içinde iznin paraya dönüştürülmesi, işçinin yıllık ücretli izin yerine sadece ücretini talep ve dava etmesi mümkün değildir. Ancak iş ilişkisi sona erdiğinde, artık iznin kullanılmama olanağı kalmadığı için, işçinin hak edip de kullanmadığı izin süresine ait ücretleri, izne hak kazandığı tarihteki ücret miktarına bakılmaksızın son ücreti üzerinden ödenir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren veya işçi tarafından bildirim süresi uygulanarak feshedildiğinde, bildirim süresi sonuna kadar sözleşme devam ettiği için, bu süre içinde işçinin yıllık ücretli iznini ve yeni iş arama iznini kullanıp kullanamayacağı, bu izinler için karşılıklı etkileşimlerinin ne olacağı önem kazanmaktadır. İşK.m.59/2’de konu işveren veya işçi tarafından fesih haline göre farklı düzenlemeler getirilmiş olduğu, önceki iş kanunları döneminden beri bilinmektedir.

İşK.’na göre; “işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde 17 nci maddede belirtilen bildirim süresiyle, 27 nci madde gereğince verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez” (m.59/2).

Görüldüğü üzere, bu hükümlerle hem işçinin yeni iş arama izninin anlamını yitirmesi engellenmiş ve hem de kullanılmayan yıllık izin ücretleri karşılığının işsiz kalınabilecek bir dönemde ihtiyaçları karşılamada yardımcı maddi bir kaynak oluşturmasına olanak

³⁹ Örneğin haftanın 6 işgünü günde 7.5. saat çalışan işçinin 6 haftalık bildirim süresi bulunduğu, haftada 12 saat ve 6 haftada toplam 72 saat yeni iş arama izni bulunmaktadır. Günlük 7.5 saatlik çalışma süresine bölüldüğünde $72:7.5= 9.6$, toplam dokuz gün ve 4.5 saatlik iş arama izni vardır.

sağlanmıştır. Getirilen sınırlama sadece işveren tarafından yapılan fesihler içindir; işçi belirsiz süreli iş sözleşmesini feshettiğinde serbest bırakılmıştır. Özellikle işçi, bildirim süresinde yeni iş aramayı daha etkili hale getirmek üzere yıllık ücretli izninin kullanılmasını talep edebilir. Yıllık izin kullandırma zamanı yönetim hakkına dayanarak belirleyecek işverenin, işçi tarafından yapılan fesihte bildirim süresi içinde bu yolda bir işlem yapmasına, hakkın kötüye kullanıldığı iddiası dışında, bir engel yoktur.

İş arama izni ile yıllık ücretli izinlerin iç içe giremeyeceklerine ilişkin sınırlama, işverenin iş sözleşmesini feshetmek üzere fesih bildiriminde bulunmasını kısıtlamış değildir. Fıkradaki “işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde” ibaresi bunu açıkça göstermektedir. Ancak fesih bildiriminde bulunulduğu zaman, yıllık izin süreleri ile bildirim süreleri ve yeni iş arama izinleri iç içe giremeyeceğinden bildirim süresi işlemez. Bu itibarla, fıkra hükmü feshin yapılmasına değil, fakat bildirim süresinin işlemesine engel olmaktadır. İşçi yıllık ücretli iznini kullanmakta iken işveren fesih bildiriminde bulunursa, bildirim süresi izin süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlar. Yıllık ücretli izne çıkan işçiye ayrıca yol izni verilmişse, bu izin, yıllık ücretli izne ek süreyle verilen izin olduğundan, bunun sonucu, işçiye verilen yol iznini de kapsamak üzere bildirim süresi işlemeyecektir.

Diğer yandan işveren fesih bildiriminde bulunduğu zaman, işçinin hak edip de kullanmadığı iznini bildirim süresi içinde kullanmasını istemeyeceği gibi, işçinin kullanmadığı iznini bildirim süresine ve yeni iş arama iznine sayarak, izin süresine ait ücreti ödemekten de kaçınamaz. Belirtilen bu sınırlamalar, işçinin yeni iş arama iznini her iş günü kullandığı halde ortaya çıkabilir. Buna karşılık işverenin fesih bildirimini üzerine işçi, yeni iş arama izinlerini toplu şekilde kullanma isteğini bildirdiğinde işveren, iş arama izninin toplu şekilde kullanılacağı güne kadar işçiye yıllık ücretli iznini kullandırabilir.

Belirli süreli iş sözleşmesinde, iş sözleşmesi belirsiz süreli gibi, süresinin bitim tarihinden önce bildirim süresine göre feshedilmiş olsaydı, bu süre içinde işçiye yeni iş arama izni kullandırılması şeklinde uygulama yapılacaktır, yukarıda açıklanan konular aynen belirli süreli iş sözleşmesinde de söz konusu olabilecektir. Ancak belirli süreli iş sözleşmesinin işveren veya işçi tarafından feshi halini ayırt edilmesine

yardımcı bir ölçüt olamayacağı için, fesih işveren tarafından yapılmışçasına işlemlerin yürütülmesi esas olacaktır.

7. Yeni İş Arama İzni Süresinde İşçinin Ücretinin Ödenmesi

Ülkemizde yeni iş arama izni BK.m.344/21 ile düzenlenmiş, fakat aynı hükümde açıkça ücretten söz edilmemiştir⁴⁰. 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu m.18'de yeni iş arama izninin şartları BK'na göre çok daha belirgin şekilde düzenlendiği ve iznin "iş saatleri için de verileceği" açıklandığı halde "ücret" konusuna değinilmemişti. O dönemde gerek doktrin ve gerek mahkeme kararında, iş saatleri içinde verilmesi gereken izin dolayısıyla işçinin ücretinden bir kesinde yapılamayacağı kabul edilmişti⁴¹. Daha sonra yenilenen ve 1967 yılında yürürlüğe giren 931 sayılı İşK'nun 19. Maddesinde işveren işçiye iş araması için gerekli izni "iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur" hükmü getirilmiş, aynı kural 1475 sayılı kanuna ve arkadan 4857 sayılı kanun m.27/I'e alınmıştır. 4857 sayılı kanun m.27/I hükmünü göre yeni iş arama izni işçiye "iş saatleri" içinde ve ücret kesintisi yapmadan verilir. İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve yeni iş arama izinleri hakkında BK.m.344/2 uygulanan işçilerin ücretinden de bir kesinti yapılamayacağı, başka bir deyişle işçinin, işverence iş aramak üzere verilecek uygun bir zaman için ücretin, Alman Hukukunda olduğu üzere Bk.m.328'e göre talep edebileceği ileri

⁴⁰ Borçlar Kanununu aldığımız İsviçre BK (OR)nunun eski (OR 341) ve yeni (OR 329) düzenlemelerinde de ücretten söz edilmemekte; ücretin ancak sözleşmeler veya uygulamalar gereği ödeneceğine işaret edilmektedir. İsviçre BK (OR) m.324 a (eski OR 335) hükümlerinin, Türk BK.m.328'in dahi, ücret yönünden işverene bir yükümlülük getirmesi benimsenmemiştir: Bkz. Schweingruber, Dienstvertrag, s. 96; aynı yazar, Arbeitsvertrag, s. 162; Rehbinder, Berner Kommentar, s. 451-452, 333-335.

Buna karşılık, benzer durumun söz konusu olduğu Alman Hukukunda tam aksi görüş hakimdir: Yukarıda değinildiği üzere, Alman Medeni Kanunu (BGB) m.629'da yeni iş arama izni düzenlenmiştir; ancak burada da ücret söz edilmemiştir. Ancak, şahsından kaynaklanan ve kusuru olmaksızın nispeten uzun olmayan bir zaman için işi görmekten alıkonulan hallerde ücret talep edebileceğine ilişkin BGB m.616 hükmü, iş arama hallerinde de uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Hueck/Nipperdey, s. 460; Müller-Glöge, s. 1775; Hromadka, s. 486.

⁴¹ Saymen, s. 563; Oğuzman, s. 197, Yarg. TD'nin 6.4.1953 tarih ve E.2055, K.1083 sayılı kararı ile onaylanan İstanbul Asliye 14. Hukuk Mahkemesinin 5.3.1953 tarih ve E.52-3065, K.53-59 sayılı kararı, İstanbul Baro Dergisi 1953, sayı 11, s. 626 vd. (Oğuzman, s. 197 dipnot 133).

sürülebilir. Ayrıca doğrudan BK.m.334/2’de öngörülen izin ancak iş saatleri içinde verilmesinin yeni iş aramayı olanaklı kılması da, böyle bir durumda ücretinde bir kesinti yapılmaksızın işçinin menfaatinin korunmuş olabileceği işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereği olduğu da söylenebilecektir.

III. YENİ İŞ ARAMA İZİNİ VERİLMEMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

a) İşveren, İşK.m.27/1’de belirlenen şartlara uygun yeni iş arama vermediği takdirde, bunun hukuki yaptırımını öncelikle İşK.m.27/2 ve 3 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bundan başka bir hukuki yol olacağı da hemen aşağıda görülecektir. 4857 sayılı kanunda, madde hükümlerine uyulmaması halinde bir idari ceza öngörülmemiştir. İş Hukukunun, iş sözleşmesi ile ilgili özel hukuk kısmına giren bu konuda cezai yaptırım getirilmemesi, isabetlidir. Önceki iş kanunlarında ise, yalnız ceza yaptırımını öngörülmüş, açık bir hukuki yaptırıma yer verilmemiştir.

b) 4857 sayılı kanundan önceki dönemde hukuki yaptırımın açık düzenlenmemesi, boşluğun doldurulmasında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. İşveren, işçiye yeni iş arama iznini kullandırmazsa, onu çalıştırmaya dahi izin süresine ait ücretini ödemekle yükümlü olur. Ancak hukuki yaptırımını daha güçlü hale getiren bir görüş çıkmış, Yargıtay 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önceki döneme ilişkin verdiği kararlarında “ihbar öneli, yeni iş arama izni ile bir bütün oluşturduğundan, bu izni vermemek ihbar öneline uymama anlamındadır” görüşü ile, iş arama izninin kullandırılmaması yaptırımını ihbar tazminatının ödenmesi şeklinde belirlemiştir⁴². Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yargıtayın “ihbar öneli, yeni iş arama izni ile bir bütün oluşturduğu” görüşü, iş arama iznini adeta, süreli fesih işleminin esaslı unsuru haline getirmiş olmaktadır ki, bu görüşün süreli fesih kavramı ile bağdaştırılması hiçbir suretle düşünülemez. Süreli fesih, iş sözleşmesini bir sürenin geçmesinden sonra sona erdiren ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanıdır. Süreli fesihte önemli olan, iş sözleşmesinin fesih edildiğinin belirli bir süre önce bildirilmesi olup, bildirim süresi içinde iş arama iznin

⁴² Yarg. 9.HD, 9.2.2004, E.2003/12284, K.2004/1685; aynı doğrultuda 9.6.2004, E.2004/2772, K.2004/4362; 7.5.1996, E.1996/35613, K.1996/9803, Çil, s. 2065-2067; aynı görüş Esener, s. 227; Demir, s. 221.

verilmesi fesih bildiriminin bir unsuru, ayrılmaz bir parçası değildir. Nitekim İşK.m.17/1'de de "belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir" denilmekte, diğer tarafa bildirilmesi ve iş arama izni verilmesi gerekir" gibi bildirim süresi (ihbar öneli) ile iş arama izninin bütünlük arzeden bir anlam kazandırılmamaktadır. İhbar tazminatına ilişkin m.17/4'de "bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır" hükmü de, ihbar tazminatının feshin belirli bir zaman önce tarafa bildirilmesi zorunluluğuna uyulmamasının bir hukuki yaptırımını olduğunu açıkça göstermektedir. Yargıtay görüşünün süreli feshin, uygulama şekline göre temel kavram ile bağdaştırılması güç sonuçlar yaratacağı açıktır. Örneğin işveren işçiye bildirim süresine göre fesih beyanını ulaştırmış, fakat iş arama iznini tamamen veya kısmen kullandırmamış, hatta bir gün dahi kullandırmamış, işçiye ihbar tazminatı ödeyecektir. Buna karşılık bildirim şartına hiç uymadan iş sözleşmesini fesheden işçi, bildirim süresi kadar bir sürede iş ilişkisinin getirdiği tüm yükümlülüklerden kurtulmuş olarak sadece ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır. Böyle bir sonuca olumlu bakılamayacağı açıktır. İş arama izni, süreli fesih işleminde bildirim süreleri ile bütünleşen hukuki bir anlama sahip değildir; belirtilen izin işveren hakkında işçiye fesihten sonra yeni bir iş bulması ve iş ilişkilerinin üst üste devam ettirebilmesi amacıyla bir olanak sağlamaya yönelik özel bir yükümlülüktür. Önceki iş kanunları gibi İşK.m.27'de de işverenin yükümlülüğü gerçekleşen bir süreli fesih işleminde ve bildirim süresi içinde yerine getirileceği, bu suretle işçinin fesih sonrası için hazırlanmış olacağı kabul edilmektedir. İşK.m.27/1'deki ifadesiyle "bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni ... iş arama iznini ... vermeye mecburdur. Bu itibarla ve Yargıtay görüşünün aksine bildirim süreleri, yeni iş arama izni ile bütünlük oluşturması ve dolayısıyla yeni iş arama izinlerinin fesih kavramına, süreli fesihte bildirim kapsamına dahil edilmesi hiçbir suretle mümkün değildir. Yeni iş arama izninin süreli feshine ilişkin 17. madde içinde değil, ayrıca ve 27. maddede düzenlenmiş olması da, süreli fesih işleminin içerdiği bildirim süresine göre karşı tarafa irade açıklanması ile iş arama izni arasında "bir bütün oluşturan" bağlantı bulunmamaktadır.

Aynı düzenleme şeklini, Türk BK, İsviçre BK (OR) ve Alman Medeni Kanununda görmekteyiz. BK, iş arama iznini, İsviçre ve BK (OR eski ve yeni) gibi, iş sözleşmesinin feshi ve buna ilişkin işlem ve sonuçlar arasında değil, işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları

arasında ve başlığı “istirahat zamanları” olan m.334 de düzenlenmektedir. İstirahat zamanları (İsviçre OR “Freizeit=serbest zaman), işçiye hafta tatili verilmesinden, diğer mazeretli hallerde verilecek izinleri ve bu arada yeni iş arama iznini kapsar biçimde düzenlenmiştir. BK m.334/2’de, daha önce belirtildiği gibi, işveren “feshi ihbar olunduktan sonra başka bir iş araması için işçiye münasip bir zaman vermek mecburiyetindedir” denilmekle, iş arama izninin, süreli fesih için gerekli unsurları kapsar şekilde fesih bildirim yapıldıktan sonra ve bildirim süresi devam ederken işvereni işçiye diğer izinler gibi, iş arama için de serbest bir zaman ayırması yükümlülüğü getirilmekten başka bir anlam taşımamaktadır. Alman Medeni Kanununun 629. Maddesi, “iş arama için serbest zaman” başlığını taşımakta ve işçiye, İsviçre BK’nun (O)’nun Almanca metninde olduğu gibi, işverenin işçiye “fesihten sonra” (Nach der Kündigung) iş aramak üzere uygun bir zaman vermesi için ek bir yükümlülük getirilmektedir. Yargıtay görüşü yönünden ilginç bir husus, yüksek mahkemesinin daha 3008 sayılı İşK döneminde ve 1956 yılında iş arama izni verilmediği için ihbar tazminatı isteğini reddetmesinden yaklaşık 45-50 yıl sonra, tam aksi ve hukuken kabulü güç bir görüşü savunmasıdır. Yüksek mahkemenin kararı şöyledir: “İş Kanununun 18 inci maddesine göre, davalı işverenin bu madde hükmü dairesinde davacının ihbar müddeti içinde yeni iş aramasına imkan vermeden işine son verilmiş olmasına binaen ihbar tazminatı ile sorumlu tutulması yolsuzdur”⁴³.

Yargıtayın isabetli olmayan görüşü 4857 sayılı kanun m.27/2 ve 3’de işçiye iş arama izninin verilmemesinin hukuki yaptırımın açıkça düzenlenmesi ile anlamını yitirmiş bulunmaktadır. İşK.m.27/2’ye göre; “işveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir”. 4857 sayılı kanuna ilişkin Bilim Kurulunun hazırladığı tasarıda hukuki yaptırım için öngörülen hüküm buydu. Tasarının Millet Meclisindeki görüşmeler aşamasında bir 3. fıkra eklendi. Buna göre: “işveren, iş arama izni esnasında işçiyi-çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder”.

İşK.m.27’ye, tasarıda yer alan 2. fıkradan işçinin daha fazla yararına 3. fıkra hükmü getirilmesi karşısında 2. fıkra uygulama yönünden işlevini tamamen yitirmiş olduğu için, 2. fıkranın uygun

⁴³ Yarg. TD, 5.7.1956, E.956/3494, K.3823, O. Başarı/N. Tezmen, İş Hukuku ve Sigorta Mevzuatı, 3. Bası, İstanbul 1958, s. 91.

olurdu. 4857 sayılı kanunda iş arama izninin hukuki yaptırımı, niteliğine uygun bir yaptırım ile destelenmiş şekilde düzenlenince, iş sözleşmesi süreli fesihle sona erdirilmek üzere işlem yapılan işçi, bildirim süresinde çalıştırılırken iş arama izni kullanılmadığı için açtığı davada artık ihbar tazminatı talep etmeyip, İşK.m.27/3'deki ücretleri talep etmiş; yüksek mahkeme de 23.12.2008 tarihli kararında, iş arama iznini kullandığını ispat edemeyen işveren hakkında ihbar tazminatına değil, İşK.m.27/3 hükmüne göre hesaplanan ücretlerin ödenmesi hakkında hüküm kurmuştur⁴⁴.

c) Yeni iş arama izni hiç verilmeyen veya eksik kullanılan işçi, iş sözleşmesini İşK.m.24/II f'ye dayalı haklı sebeple derhal feshedebilir.

⁴⁴ Bkz dipnot (24) de verilen 12.3.2009 tarihli kararı