

## BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİNİN HAKSIZ FESHİ VE TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISINDA GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER

Prof. Dr. E. Tuncay Senyen KAPLAN\*

### GİRİŞ

Sürekli bir borç ilişkisi olan iş sözleşmesi edimlerin ifası ile hemen sonra ermez. İfa, zaman süreci içinde tekrarlanarak devam eder. Ancak bu ilişkinin süresiz devam edemeyeceği, bir yerde sınırlandırılmasının gerekeceği de kabul edilmelidir. Bu düşünce neticesinde taraflara belirli sebeplerin mevcudiyeti halinde, iş sözleşmesini derhal feshetme imkanı tanınmıştır. İş sözleşmesinde işçinin işverene bağımlılığı ve işverenin ekonomik ve sosyal durumunun daha kuvvetli olması, bu sözleşmenin sona erme nedenlerinin diğer sürekli borç ilişkilerinin sona erme nedenlerinden farklı olmasını gerektirmiştir.

İş sözleşmesini sona erdiren nedenler, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli oluşuna göre değişir. Sürenin bitimi, ölüm, tarafların anlaşması, iş sözleşmesinin geçersizliği, askerlik ve kanundan doğan çalışma yükümlülükleri, mahkeme kararıyla sona erme ve fesih iş sözleşmesini sona erdiren genel nedenlerdir.

İş ilişkisini sona erdiren en önemli sebep fesihtir. İş Kanununda olağan (bildirimli) fesih ve olağanüstü (bildirimsiz) fesih ve koşulları düzenlenmiş, ancak belirli süreli iş sözleşmesinin taraflarca haklı bir neden olmaksızın sürenin bitiminden önce sona erdirilmesinin hüküm ve sonuçları düzenlenmemiştir. Bu nedenle önce belirli süreli iş sözleşmelerini kural olarak sona erdiren nedenler üzerinde, 4857 sayılı İş Kanununda getirilen düzenlemeler de dikkate alınarak, kısaca durulacak, daha sonra sürenin bitiminden önce belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işverence sona erdirilmesine ilişkin görüşler açıklanarak, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 337/c ve

---

\* Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Öğretim Üyesi

337/d maddeleri dikkate alınarak düzenlenmiş olan TBK tasarısında getirilen düzenleme (m.437, 438), bu maddeler doğrultusunda değerlendirilecektir.

## I. Kural Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdiren Durumlar

4857 sayılı İş Kanununun 11. Maddesinde getirilen düzenlemeye göre, belirli süreli iş sözleşmesi<sup>1</sup> belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılan sözleşmelerdir.

Kural olarak belirli süreli iş sözleşmeleri, belirlenen sürenin geçmesi veya belirlenen işin tamamlanması ile sona erer. Bu süre hafta, ay, yıl veya belli bir tarih olabilir. İşin devam süresi işin gayesinden anlaşılabilir gibi belli bir olayın gerçekleşmesi, hatta gerçekleşmesi belli olmayan hadiselerin sonucunu da bağlanabilir. Örneğin yardımcı olarak işe alınan kişilerin sezon sonuna kadar çalıştırılmaları halinde, iş münasebetinin ne kadar devam edeceği bellidir. Bazen de işçi tatilde olan bir işçinin tatil dönüşüne kadar, işe alınabilir. Bir uzman kendisinden talep edilen teknik bilgi veya muhasebe işinin teslimine kadar çalışabilir. Böyle durumlarda, iş münasebetinin ne zaman biteceği işe alınmanın gayesinden dolayı önceden belirlenebilir niteliktedir. Bu takdirde belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi için fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın sözleşme kendiliğinden sona erer.

Ancak, çalışma süresinin belirsiz olmasına yol açan bazı durumlarda sözkonusu olabilir. Örneğin, işçi ağır ve ne zaman iyileşeceği belli olmayan bir hastalıktan tedavi görmekte olan diğer bir işçinin veya dünya turuna çıkan bir araştırmacının yerine geçici olarak işe alınmışsa buradaki iş ilişkisi bozucu infisahi şarta bağlı olarak kurulan bir

<sup>1</sup> Esener, T., İş Hukuku, B.3 Ankara 1978 s.243 vd; Tunçomağ, K, Centel T.; İş Hukukunun Genel Esasları 3. B. İstanbul 2003 s.110 vd; Çelik, N, İş Hukuku Dersleri 20 B. İstanbul 2007, s.268; Süzek, S.; İş Hukuku 2. B. İstanbul 2005, s.201, 533. Ekonomi M.; 4857 sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (1) Kavram Süre ve Yenilenme, Legal 1HSGHD 9.2006, s.16 vd; Ekonomi M.İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku. 3.B, İstanbul 1984, s.80 vd; Alpagut, G., Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara, 1998 s.6 vd.; Ertürk S.; Türk ve Alman Hukukunda Belirli Süreli İş Akitlerine Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.225 vd.; Eyrenci, Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 3.B.İstanbul, 2006, s.71 vd. Aktay, N, Arıcı K, Senyen-Kaplan T.; İş Hukuku 2.B.Ankara 2007, s.88, 213.

iş ilişkisidir. İşte işçiyi bu gibi belirsiz durumlarla karşı karşıya bırakmamak için, işveren eğer süreyi kesin olarak belirleyemiyorsa, süre belirsiz olarak kararlaştırılmalıdır. Bu durum iş ilişkisinin mevcudiyetini korumada sosyal rizikonun taraflara eşit olarak dağıtılması ilkesinin bir gereğidir.<sup>2</sup>

Bazı durumlarda ise, süresi kesin olarak belirlenmiş olmasına rağmen iş sözleşmesi süre bitiminde sona ermez; akdin amacı gereği iş ilişkisinin devam etmesi gerekebilir. Ancak, belirli sürenin sona ermesine rağmen iş ilişkisinin devam ettirilmesi, işveren tarafından işçiye fesih bildirim süresi vermemek ve bu sürelerle ait ücreti veya kıdem tazminatı ödememek düşüncesi ile yapılıyorsa MK. m.2'nin ihlâli söz konusu olur. Bu durumda işçi bir taraftan iş ilişkisinin devamlı olarak uzatılacağı ümidi içinde kalırken, diğer taraftan da iş güvencesine ilişkin olarak İş Kanununda getirilen hükümlerden yararlanamaz (İş K.m.18 vd.). Bunun neticesinde süreye bağlı akit yapma hakkı ve serbestisinin kötüye kullanılması ortaya çıkmaktadır. İşte iş sözleşmesinin susma suretiyle devamlı olarak işveren tarafından yenilenmesi neticesinde ortaya çıkan zincirleme iş sözleşmesine karşı işçiyi korumak amacıyla 4857 sayılı İş Kanununun m.11/II hükmünde getirilen düzenlemeye göre; belirli süreli iş sözleşmesinin, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı, aksi taktirde iş sözleşmesinin baştan itibaren belirsiz süreli olarak kabul edileceği öngörülmüştür.

Diğer taraftan, bazı durumlarda tarafların belirli süreli aktin süresini çok uzun kararlaştırmaları halinde de sözleşme yapma hakkı ve serbestisinin suistimali söz konusu olabilir. Kişilik haklarını zedeleyici nitelik arzeden böyle durumlarda kanun koyucu işçiye sözleşmeyi fesh etme yetkisi vermiştir (Bk m.343). Maddede getirilen düzenlemeye göre, bir iş sözleşmesi, bir tarafın yaşadığı müddetçe yahut on seneden fazla süre için yapılmış ise, işçi akdi on yıl geçtikten sonra her zaman ve bir aylık fesih öneline uymak koşuluyla, tazminat vermeye gerek olmaksızın feshedebilir.

Belirli süreli iş ilişkisi sürenin dolmasına rağmen karşı tarafın susması ile devam ederse, aynı süre fakat en fazla bir sene için yenilenmiş sayılır (BK. m. 339/I).

---

<sup>2</sup> Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl. München 1992, s.238.

Ayrıca, taraflar sürenin bitmesinden önce aktin sona ermesinin ihbar edilmesini kararlaştırabilirler. Eğer taraflar ihbar şartına uymazlarsa akit aynı süre yenilenmiş sayılır. (BK m.339 f.II). Burada m.339/I'deki "ve nihayet bir sene için" hükmü uygulanmaz. Zira, m.339, f.1'de tarafların ses çıkarmaması halinde yenilenme, m.339.11'de ise ihbar müddetine uyulmama halinde yenilenme söz konusudur.

Ancak İş Kanununun 11. maddesine göre, belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir neden olmadıkça birden fazla üst üste zincirleme yapılmayacağı ve aksi taktirde baştan itibaren belirsiz sayılacağı için, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak devam edebilmesi, her iki şekilde yenilenme durumunda da (BK.m.339/I.II) esaslı bir nedenin varlığını gerektirir.

Yine tarafların belirli süreli iş sözleşmesinde deneme süresi kabul etmeleri halinde, deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın ve tazminat ödemeksizin derhal feshedebilirler. Ancak, deneme amaçlı belirli süreli iş sözleşmesi yapılmışsa, sözleşme sürenin sonucunda kendiliğinden sona erer. Taraflar iş ilişkisini sürdürmek isterlerse yeni bir iş sözleşmesi yapmak zorundadır.<sup>3</sup>

Tarafların azami süreli iş sözleşmesi yapmaları durumunda, sözleşme azami sürenin geçmesi ile kendiliğinden sona erer. Ancak taraflar süre bitmeden önce de bildirimli fesih veya haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirebilirler. Süre içinde fesih hakkı kullanılmazsa sözleşme sürenin bitimi ile sona erer.

Asgari süreli iş sözleşmesinde ise, sözleşme sürenin geçmesi ile kendiliğinden sona ermez; sürenin sonunda taraflar bildirimli fesih ile sona erdirmezlerse, sözleşme belirsiz süreli olarak devam eder.

Belirli süreli iş sözleşmesinin belirlenen süreden önce sona erdirilmesi haklı nedenin varlığına bağlıdır. Haklı neden varsa sözleşme sürenin bitiminden önce taraflarca sona erdirilebilir.

## **II. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi**

### **1. Haksız Fesih Kavramı**

Tarafların, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerini bildirimsiz (haklı nedenle) fesih ile sona erdirmeleri ancak haklı bir sebebin

---

<sup>3</sup> Ertürk, s.234.

mevcudiyetine bağlıdır (İş.K.m.24,25). Dürüstlük kurallarına göre, iş münasebetini devam ettiremeyecek kadar çekilemez hale getiren sebepler haklı sebep kabul edilmelidir. İş münasebetinin taraflarca çekilemeyecek hale gelmesinin tesbitinde, işin çeşidi, tarafların sosyal durumları, sözleşmenin süresi, karşı tarafın tutumu gibi değişik kıstaslar gözönünde tutulmalıdır.

Özelliği itibariyle belirli süreli iş sözleşmeleri kural olarak belirlenen sürenin sona ermesi ile kendiliğinden, başka bir işleme gerek olmaksızın, sona erer. Ancak, haklı neden varsa sürenin bitiminden önce taraflarca sona erdirilebilir. Aksi takdirde, yani haklı bir neden olmaksızın taraflardan birinin belirli süreli iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce sona erdirmesi haksız bir fesihdir.<sup>4</sup> İleri sürülen sebebin gerçek dışı olması, yahut fesih hakkının süresi içinde kullanılmaması halinde de haksız fesih söz konusudur.

## **2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçlarına İlişkin Görüşler**

### **a. Genel Olarak**

Tarafların bildirimsiz (haklı nedenle) fesih ile iş sözleşmesini sona erdirmeleri, ancak haklı bir fesih sebebinin mevcudiyetine bağlıdır. Haklı sebebin olmaması veya ileri sürülen sebebin gerçektışı bulunması halinde fesih geçersiz değildir. Ancak bu durumda, fesih bildirimsiz bir feshin hüküm ve neticelerini de hasıl etmez. Zira burada haksız bir fesih sözkonusudur. Eğer belirsiz süreli bir iş sözleşmesi haksız olarak sona erdirilmişse, feshine ilişkin irade beyanı bildirimli fesih olarak kabul edilerek, bildirim sürelerine uyulmadığı için, bildirim sürelerine uyulmadan yapılan feshin hüküm ve sonuçları uygulanmalıdır (m.17, 18).<sup>5</sup>

### **b. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshinin Hüküm Sonuçları**

İş Kanununda, belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinin bitiminden önce haklı bir neden olmaksızın taraflarca sona erdirilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. İşveren tarafından iş sözleşme-

---

<sup>4</sup> Bkz. dpn. 1 deki eserler.

<sup>5</sup> Ekonomi, s.196.

sinin haksız feshine ilişkin olarak, doktrin ve Yargıtay kararlarında değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, BK. m.325. hükmü<sup>6</sup> gereğince işverenin temerrüdü sözkonusudur. Bu görüşe göre, iş ilişkisi belirlenen sürenin sonuna kadar devam eder; zira işverenin haklı neden olmaksızın iş sözleşmesini feshetmesi halinde yapılan fesih geçersizdir. Bu nedenle, işçi sözleşmedeki süreye ilişkin ücreti talep edebilir.<sup>7</sup>

Bir diğer görüşe göre ise, BK m.325 de temerrüt başlığı altında kusurlu imkansızlık düzenlenmiştir. Öncelikle, maddenin işverenin işvermekten sadece geçici olarak kaçınması halinde uygulanacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Diğer taraftan işverenin işvermekten kaçınması halinde, işin cebri icra yoluyla yaptırılması mümkün olmadığından, bu durumun imkansızlık yarattığı kabul edilir. O halde, işverenin işvermekten kaçınması ister daimi, ister geçici olsun BK. m.96 değil, m.325 uygulanmalıdır. Maddede ücretten bahsedilmekle birlikte, gerçekte bir tazminat getirilmek istenmiştir.<sup>8</sup>

Başka bir görüş, işverenin belirli süreli iş sözleşmesinde iş verme borcunu yerine getirmemesi durumunda ifa imkansızlığı yarattığını kabul etmektedir.<sup>9</sup>

Diğer bir görüşe göre ise, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın sürenin bitiminden önce feshedilmesi BK.m.325'deki temerrüt değil, haksız fesihtir. Bu ise, işçi için ücret değil tazminat talebinin doğmasına neden olur. Ayrıca kıdem tazminatı da talep edebilir.<sup>10</sup>

Çelik ise, "temerrüt görüşünden vazgeçmiş olmakla birlikte, BK.m325'den yararlanarak çözüme gidilebileceğini, işine son verilen

---

<sup>6</sup> BK. m.325'de yer alan ve iş sahibinin temerrüdü başlığı altında getirilen düzenlemeye göre, "iş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur".

<sup>7</sup> Tunçomağ K, Centel T., s.119 vd.

<sup>8</sup> Oğuzman, M.Kemal, Hizmet "İş Akdinin Feshi" İstanbul, 1955, s.151, 152.

<sup>9</sup> Serozan, R.; İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 1998, s.107 vd.

<sup>10</sup> Ekonomi, s.196; Esener s.219; Narmanlıoğlu, Ünal, Belirli Süreli İş Sözleşmeleriyle Çalışan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, s.401 vd.; Süzek,s.536

işçinin yeni işte aldığı veya yeni bir işe girmemekle birlikte makul bir neden olmadığı halde, işe girmeyerek kazanmaktan feregat ettiği ücretin tazminat olarak hesaplanan tutardan indirilmesi gerektiği görüşündedir.<sup>11</sup>

Yargıtay ise 2004 yılında verdiği bir kararda, belirli süreli iş sözleşmesinin zamanından önce feshini haksız olarak nitelendirerek, BK.m.325'e göre tazminat miktarının tesbit edileceğine karar vermiş, ancak daha önceki yıllarda verdiği kararlarda ise süreye ilişkin ücretini talep edebileceğini kabul etmiştir.<sup>12</sup> Yargıtay bir başka kararında ise, belirli süreli hizmet aktinin süresinden önce işveren tarafından feshedilmesi halinde kıdem tazminatı verilmesi gereğinin Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarından olduğunu ifade ederek, işçinin haksız fesih durumunda kıdem tazminatı talep edebileceğini kabul etmiştir.<sup>13</sup>

Görüldüğü üzere, İş Kanununda belirli süreli iş sözleşmelerinin süre sona ermeden haklı neden olmaksızın taraflarca sona erdirilmesine ilişkin düzenleme olmadığı için, sorun BK m.325 çerçevesinde doktrinde ve Yargıtay kararlarında değişik şekilde değerlendirilmiştir.

BK.m.325'de işverenin temerrüdü düzenlenerek, işverenin işi kabulde temerrüdü halinde işçinin taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın sözleşmedeki ücreti talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin iş sözleşmesinin işverence haksız olarak sona erdirilmesine ilişkin olduğunu söylemek güçtür. Görüldüğü üzere bu konuda kanun boşluğu olduğu açıktır. İş Kanununda boşluk olduğu takdirde Kanunun ilkelerine uygun nitelikteki Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Ancak BK.m. 325 hükmünün ne derece uygulanabilir nitelikte olduğu ise, yukarıda da görüldüğü üzere tartışmalıdır.

Bu durumda kanımızca, belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitiminden önce haklı neden olmaksızın sona erdirildiği kabul edilerek, işçinin sözleşme süresinin sonuna kadar çalışsaydı kazanacağı miktar kadar tazminata hükmedilmesi, ancak sözleşmenin sona ermesi ile ta-

---

<sup>11</sup> Çelik s.269.

<sup>12</sup> Y.9HD.7.7.2004, E.3600, K.17316 Kılıçoğlu M. İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2005, s.67; 3.10.2001 E.7878 K.15412, Kılıçoğlu, s.1309 Diğer kararlar için bkz. Çelik, s.268, dn.510; Süzek, s.534, dn.85.

<sup>13</sup> Y.9HD.28.2.1995, E.16836, K.6017, Berin E., Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, İstanbul, 1997, s.77.

sarruf ettiği miktar ile başka bir işe girmişse elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelirin tazminattan indirilmesi gerekir.<sup>14</sup> Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı neden olmadan sona erdirilmesi durumunda işçi kıdem tazminatı talebine hak kazanır.<sup>15</sup>

Türk Borçlar Kanunu tasarısında; “Haklı sebebe dayanmayan fesih” başlığı altında m.437’de, işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın feshi, m.438’de ise, “işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması” başlığı altında da, işçi tarafından iş sözleşmesinin haksız feshinin hüküm ve sonuçları ayrı ayrı düzenlenmiştir.

818 Sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen bu iki madde, İsviçre Borçlar Kanununun 337c ve 337d maddeleri göz önünde tutularak, aynen düzenlenmiştir.

### **III. İsviçre Borçlar Kanununda ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Haksız Feshe İlişkin Düzenlemeler**

#### **1. İşveren Tarafından Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshine İlişkin Düzenlemeler**

İsviçre Borçlar Kanununda işverenin iş sözleşmesinin haksız feshi m.337c’de, işi kabulde temerrüdü ise m.324 de<sup>16</sup> düzenlenmiştir.

---

<sup>14</sup> Çelik, s.269; Süzek, s.236.

<sup>15</sup> 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran fesih halleri sayılmış, ancak belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımına gidilmemiştir. Kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi kendiliğinden, herhangi bir fesih bildirimine gerek olmaksızın sürenin bitimi ile sona erer. Bu nedenle işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz (1475 s.İş.K.m.14). Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinin m.14/1 deki koşullar mevcutsa, sürenin bitiminden önce işveren tarafından haksız olarak sona erdirilmesi halinde de işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Çelik, s.294; Narmanhoğlu; 392 vd.; Yine belirli süreli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle m.24 e göre feshedilmesi durumunda ve m.14.I de sayılan hallerde işçi kıdem tazminatına hak kazanır.

<sup>16</sup> İşverenin işi kabulde temerrüdüne ilişkin m.324’e göre; iş edimi işverenin kusuru nedeniyle ifa edilemezse veya başka nedenlerle iş edimini kabulde işveren temerrüde düşerse, işveren işçinin iş görme edimini daha sonra ifa etmekle yükümlü olmaksızın ücretini ödemekle yükümlüdür. İsviçre BK.m.324 gözönünde tutularak, Borçlar Kanunu Tasarısınının 407. maddesi, 818 sayılı Borçlar Kanununun 325. maddesini karşılamak üzere, “işverenin temerrüdü durumunda” başlığı altında düzenlenmiştir.

İBK. 337c.maddesinin;

-1. fıkrasında; işverenin işçiyi önelsiz , haklı neden olmaksızın işten çıkarması halinde, işçinin iş ilişkisi fesih önellerine uyularak veya sözleşmenin belirli süresinin geçmesiyle sona ermiş olması halinde kazanacağı miktarın tazminini talep hakkı olduğu;

-2. fıkrasında; işçinin iş ilişkisinin sona ermesiyle tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı miktarın tazminattan indirileceği;

-3.fıkrasında ise; hakimin bütün hal ve durumları dikkate alarak belirleyeceği bir tazminatın işveren tarafından işçiye ödenmesine karar verebileceği, ancak bu tazminatın işçinin altı aylık ücret tutarını aşamayacağı düzenlenmiştir.

Bu maddenin 1.fıkrası,İBK.nun 362.maddesinde,işçi aleyhine değiştirilemez hükümler arasında sayılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 437.maddesinde de,818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen haklı nedene dayanmayan feshin sonuçları da, aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

TBK Tasarısının 437.maddesinin;

-1.fıkrasında; işverenin haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshetmesi durumunda işçinin, belirsiz süreli sözleşmelerinde, bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceği,

-2.fıkrasında; işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelirin tazminattan indirileceği,

-3.fıkrasında; hakimin bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği; ancak belirlenecek tazminat miktarının işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağı öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere, İBK.m.337c ve bu madde gözönünde tutularak aynen düzenlenen TBK. Tasarısının 437.maddesinde işveren tarafından haklı sebep olmadan hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesinin hüküm ve sonuçları hükme bağlanmıştır.

## **a. Hukuki Niteliği**

Getirilen düzenlemeye göre; işverenin, işçinin iş sözleşmesini derhal haklı neden olmaksızın süresinden önce sona erdirmeye ilişkin açıklaması ile iş ilişkisi fiilen ve hukuken sona erer. Bu suretle işçinin iş görme yükümlülüğü biter. İşçinin haksız feshe karşı susmuş olması, onun bu feshi onayladığı anlamında değerlendirilmemelidir. Ayrıca fesih karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuran, karşı tarafın kabulünü gerektirmeyen yenilik doğuran bir irade açıklamasıdır.

Diğer taraftan, sona erdirmeye yönelik açıklama, sözleşmenin sona erme zamanını bildirmeye yönelik bir fesih bildirimi değildir. O halde işverene, işçinin çalışmasını sürdürmesi hususunda talep hakkı da vermez. Maddede, tekrar işe dönme talebi de öngörülmemiştir.

İşverenin haksız feshi ile bilinçli olarak işgörme edimini kabulden kaçınması sözkonusudur. Ancak, işverenin bu hareketi ile işçinin iş görme edimini kabulden kaçınmasının sürekli olarak mı, yoksa geçici bir süre mi olduğu hususu açık değildir. İşveren, daha sonra bildirimsiz olarak sona erdirmenin söz konusu olmadığını veya iş ilişkisinin karşılıklı anlaşma ile sona erdirildiğini ileri sürebilir. Bu nedenle işçinin, işverenin iş görme edimini kabulden kaçındığını ispat edebilecek delillere sahip olması onun lehine olacaktır. Örneğin işe son verildiğine ilişkin yazı, ücretinin hemen ödenmesi, işle ilgili çıkış belgelerinin verilmesi, iş sözleşmesinin sona erdiğine ilişkin açıklamanın şahitler önünde yapılması m.337/c'nin uygulanması açısından kolaylık sağlar.<sup>17</sup>

## **b. Haksız Feshin Hüküm ve Sonuçları**

### **aa. Sözleşme Süresine Uyulmaması Nedeniyle Tazminat Talebi**

Eğer işveren, belirli süreli iş sözleşmesini haklı neden olmadan süresinden önce derhal feshederse işçi bu sürelerle uyulmuş olsaydı

---

<sup>17</sup> Vischer Frank, Arbeitsvertrag, 3.Aufl.Basel 2005 s.261; Brühwiler, Jürg, Kommentar Zum Einzelarbeitsvertrag, OR Art. 319-343,s.381, 2.Aufl.Bern-Stuttgart, Wien, 1996; Rehbinder Manfred, Berner Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht 2.Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2.Teilband der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 2.Abschnitt Kommentar Zu Art 331-355 OR, Art. 337 c, s.159.

kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebilir (İBK.m.337 c/I, TBK. Tasarısı m.437/I). İsviçre Federal Mahkemesinin eski hukuk sistemine ilişkin olarak o dönemde verdiği kararların aksine<sup>18</sup>, m.337 c1'de ücret talebinden değil, sadece tazminat talebinden bahsedilmektedir.

1989 yılında feshe karşı korumaya ilişkin yeni düzenlemeler dikkate alınarak, m.337 c'de işçinin sadece tazminat talebi hakkının<sup>19</sup> düzenlemesi ile, İsviçre Doktrinindeki ücret tazminat tartışması sona ermiştir. Ayrıca bu düzenleme ile iş ilişkisinin haksız fesihle sona erdirilmesi durumunda da iş ilişkisinin fiilen ve hukuken sona erdirildiği açıklığa kavuşturulmuştur.<sup>20</sup>

Tazminatın belirlenmesinde, belirli süreli iş sözleşmesinin süresine uyulmuş olsaydı işçinin kazanabileceği miktar dikkate alınır. Diğer bir ifadeyle, tazminatın hesabında, sözleşmenin haklı sebep olmaksızın kararlaştırılan sürenin sona ermesinden önce işverence feshedilmesi nedeniyle işçinin uğradığı ücret kaybı gözönünde tutulur. TBK. Tasarısındaki düzenlemede “kazanabileceği miktar” (TBK.Tas.m.437/I), 337c I de ise “kazanmış olsaydı” tabirlerinden buradaki amacın, işçinin uğradığı ücret kaybının tazmini olduğu açıktır. O halde, buradaki tazminat ücret kaybı tazminatıdır<sup>21</sup>.

Tazminatın hesabında, belirli sürenin sonuna kadar kaybedilen ücretin belirlenmesinde, geniş anlamda ücret dikkate alınmalıdır. Ayrıca sözleşmenin belirlenen süresi içinde ödenmesi kararlaştırılan toplu iş sözleşmesindeki ücret artışlarının, ikramiye, izin ücretlerinin, önceden yapılması kararlaştırılmışsa fazla mesai ücretlerinin de dikkate alınması gerekir.

Diğer taraftan işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi ile tasarruf ettiği miktar ve başka bir işten kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı gelir tazminattan indirilir. İşçinin tasarruf ettiği miktara örneğin iş elbiseleri, işçinin sözleşme gereği temin etmekle yükümlü olduğu alet, edavat, giysi masrafı, işe gitmek için yapılan harcamalar

---

<sup>18</sup> BGE 103 II 274 ;Vischer, s.261

<sup>19</sup> Botschaft 612, Rehbinder, Berner Kommentar, Art.337 c, s.159.

<sup>20</sup> Vischer, s.261.

<sup>21</sup> TBK. Tasarısının gerekçesinde “işçinin uğradığı olumlu (müspet) zararların giderilmesi ifadesi kullanılmıştır.

(yol masrafı gibi) da dahildir. İşçinin tasarruf ettiği harcamaların ispatı işverene aittir. Aynı şekilde başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı miktarı da işveren ispat etmekle yükümlüdür.<sup>22</sup>

İşveren tarafından iş sözleşmesi, belirlenen süreden önce haksız olarak sona erdirilen işçi, bu süre içinde başka bir iş bulursa kazandığı miktar tazminattan indirilir. Eğer işçi işten çıkarıldıktan hemen sonra, aynı veya daha yüksek ücretli bir işe girerse tazminat düşer. Daha düşük ücretli işe başlarsa, eski ile yeni giydirilmiş ücret arasındaki fark ücret kaybı tazminatı olarak ödenir.<sup>23</sup>

İşçi başka bir iş bulmak konusunda, zararın daha az olmasına yardımcı olmak için gerekli çabayı göstermekle yükümlüdür<sup>24</sup> İşçinin iş bulma bürolarına başvurması, telefon ile yaptığı görüşmelere ilişkin notlar, iş ilanlarına yapılan başvurulara ilişkin notlar ve belgeler iş arama çabalarına örnek olarak gösterilebilir. Dürüstlük kuralları çerçevesinde işçinin iş bulma arayışlarını değerlendirmek gerekir. İşçinin mesleki durumuna uymayan bir işi kabul etmesi beklenilemez. Eğer işçi bağımsız olarak çalışmayı istiyorsa bundan sağladığı gelir de tazminattan indirilecektir.<sup>25</sup>

Ayrıca işçinin normal çalışma sürelerinin dışında çalışması, ek işler yapması neticesinde kazandığı gelir tazminattan indirilmeyecektir.<sup>26</sup>

### **bb) Hakim Tarafından Belirlenen Tazminat**

Getirilen düzenlemede (m.337c III ve Tasarı 437/III), yukarıda belirtilen tazminattan başka, hakimin bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, miktarını serbestçe belirleyebileceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği, ancak belirlenecek tazminat miktarının işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağı öngörülmüştür. Bu para cezası, işvereni sözleşme süresi bitmeden ve haklı neden

---

<sup>22</sup> BGE 96 II 57, 78 II 444 Brühwiler, Art. 337 c. s.386.

<sup>23</sup> Brühwiler, Art. 337c, s.386.

<sup>24</sup> Vischer, 262. Yargıtay m.325'in uygulanmasında fesihden sonra iş arandığı ve bulunamadığının işçi tarafından ispat edilmesi görüşündedir. Y.9HD, 13.12.2004 E.12120, K.27469, Günay, C.I, İş Kanunu Şerhi C.I, C.II Ankara, 2005, s.367.

<sup>25</sup> Rehbinder, Berner Komm, Art. 337c, s.162.

<sup>26</sup> Y.HGK, 1.2.1984 E.9.761 K.52 YKD Ağustos 1984, s.1144.

olmaksızın fesih yapmaktan caydırmak ve işçiyi ise manevi açıdan tatmin etmek amacıyla getirilmiştir. Bu cezanın amacına uygun olarak, işçinin finansal kayıplarına yönelik olarak değil, işverenin davranışının nedenlerine göre, özellikle fesih sebebi, işçinin birlikte kusuru olup olmadığı, dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. İşçinin yaşı, işyerindeki durumu, fesihten sonra duyarlılığı göz önünde tutulmalıdır. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda, yalnız yaşayan, çocukları yanında olmayan bir annenin aniden iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde yalnız yaşayan bir şahıs olarak büyük bir gelecek korkusuna düştüğünü kabul etmiştir<sup>27</sup>. O halde, hakimin 3. fıkra hükmüne göre işçiye ödenecek, altı aylık ücret tutarını aşmayacak tazminat miktarını takdir ederken, bu tazminatın ceza ve manevi ceza niteliğini göz önünde tutarak tarafların ekonomik durumunu ve sözleşmenin süresini ve haksız fesih nedenini dikkate alması gerekecektir.

## 2. İşçi Tarafından Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshine İlişkin Düzenlemeler

İşçi tarafından haksız feshin<sup>28</sup> hüküm ve sonuçları Türk Borçlar Kanunu tasarısında 438. maddede, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen “İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması” kenar başlığı ile yeni bir madde olarak ve kaynak İBK’nun 337d maddesi göz önünde tutularak aynen düzenlenmiştir.

<sup>27</sup> BGE 4C.271/2000 vom 15.Februar 2001.E.3b; Vischer, 262.

<sup>28</sup> 4857 Sayılı İş Kanununun 23.maddesinde “Yeni İşverenin Sorumluluğu” başlığı altında süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin, sözleşme süresinin bitmesinden önce veya bildirim süresine uymaksızın işini bırakarak başka bir işverenin işine girmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshi nedeniyle işçinin sorumluluğu yanında, yeni işverenin de hangi hallerde birlikte sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Eğer yeni işveren, işçinin bu davranışına sebep olmuşsa, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa, bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu duruma bile bile çalıştırmaya devam ederse işçi ile birlikte sorumludur (İş K.m.23/I).

Görüldüğü üzere maddede iş sözleşmesinin, işçi tarafından, sözleşme süresinin bitmesinden önce haklı bir neden olmaksızın veya bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin yanında yeni bir işe girerek iş sözleşmesinin feshi düzenlenmiştir. Sözleşmenin bu şekilde haksız feshi nedeniyle işveren uğradığı zararın tazminini işçiden genel hükümlere göre talep edebilir (BK.m.96 vd). İşveren, belirsiz süreli iş sözleşmesinde bildirim sürelerinin sonuna kadar, belirli süreli iş sözleşmelerinde ise belirli sürenin sona ermesine kadar, yeni işçi bulamaması nedeniyle uğradığı zararları örneğin mahrum kaldığı kazanç veya siparişlerin zamanında yetiştirilememesi nedeniyle uğradığı zararların veya yüksek ücretle işçi bulmuşsa buradaki ücret farkının tazminini talep edebilir. Yeni işverende sayılan şartlar oluşursa işçi ile birlikte sorumlu olur (İş K.m.23/II). Oğuzman, s.275, 280

İsviçre BK.m.337 d nin;

-Birinci fıkrasında; işçinin haklı bir sebep olmaksızın işe başlamaması veya işi derhal bırakması halinde, işverenin işçinin bir aylık ücretinin dörtte biri kadar tazminat talep etme hakkına sahip olduğu, ayrıca işverenin kalan zararının tazminini talep edebileceği,

-İkinci fıkrasında; işverenin hiç zarara uğramaması veya önceki fıkrada belirtilenden daha az, önemsiz bir zararın söz konusu olması halinde, hakimin kendi takdirine göre tazminatı indirebileceği,

-Üçüncü fıkrasında ise, tazminat talep hakkının takas ile sona ermemesi halinde işverenin, işçinin işe başlamaması veya işi terketmesinden itibaren otuz gün içinde dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanması gerektiği, aksi takdirde bu hakkın düşeceği hükme bağlanmıştır.

Bu maddenin tamamı, İBK.nın 361.maddesinde;işçi ve işveren aleyhine değiştirilemez (mutlak emredici) hükümler arasında sayılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 438. maddesinin;

-Birinci fıkrasında ise; işçinin, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işverenin, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahip olduğu, işverenin ayrıca ek zararlarının giderilmesini de isteme hakkı olduğu;

-İkinci fıkrasında; işverenin zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hakimin tazminatı indirebileceği

-Üçüncü fıkrasında ise; tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işverenin, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorunda olduğu, aksi takdirde, tazminat isteme hakkının düşeceği öngörülmüştür.

Tasarının bu hükmünün tamamı, kaynak ,İBK.nın 337d maddesinde olduğu gibi, işçi ve işveren aleyhine değiştirilemez (mutlak emredici) hüküm niteliğinde kabul edilmelidir.

### a. Hukuki Niteliği

Getirilen düzenlemeye göre, işçi iş sözleşmesi gereği işine başlamazsa veya işini terk ederse, iş sözleşmesinin, sözleşmeye aykırı olarak, haklı neden olmaksızın, sona ermesi söz konusu olur. Zira işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması fesihtir. Bu takdirde işveren tazminat talep edebilir. Madde 337 d nin uygulanmasında açıkça, işçinin işten uzak kalması öngörülmüştür. İşverenin bu konuda bir şüphesi varsa, işçiyi tekrar işe başlaması için uyarmalı ve işe başlamasını talep etmelidir. Örneğin, işçi tekrar işe dönmesi için iş arkadaşları ile konuşmak istediğini bildirmişse veya birkaç gün işyerinden uzak kalmakla beraber iş ilişkisinin devam edeceği izlenimini bırakmışsa, kesin bir uzak durma sözkonusu olmaz. İşçi eğer işyerini bildirim sürelerine uymaksızın ancak ibralaşma ile terketmişse veya ibra geçersiz ise, 337 d nin uygulanması söz konusu olmaz (TBK Ta.m.438 .D).

### b. Hüküm ve Sonuçları

İş ilişkisi, sözleşmeye aykırı olarak sona erdiği için işveren tazminat talep etme hakkına sahiptir. Tazminat talebinin etkili bir yaptırım olarak ortaya konulabilmesi için, m.337 d, I e (TBK Ta.m 438 .II ) göre, işverenin özel bir zararının olduğunu ispatlamasına gerek yoktur. Maddede, sadece götürü bir tazminattan söz edilmektedir. Bu da işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşittir. Ancak işveren fazla zararın olduğunu ispat ederse hakim bu zararı BK.m.42 ye göre tesbit etmelidir. O zaman bu ek zararın da tazmini gerekir.<sup>29</sup>

Ancak, işverenin, işçinin sözleşmeye uygun olarak işi bıraktıktan sonra tasarruf ettiği miktarlar zararın hesaplanmasında dikkate alınmaz. Zira işçi, örneğin deneme süresi içinde iş sözleşmesini, bildirimsiz ve tazminatsız sona erdirebilir.<sup>30</sup>

Diğer taraftan işçi, işi bırakması nedeniyle işverenin hiç veya çok az zarara uğradığını (m.337 d, II)<sup>31</sup> bu zararın aylık ücretinin dörtte birinden az olduğunu (TBK m.438/II) ispat ederse hakim götürü tazminatı indirebilir. Eğer işveren işçinin yerini doldurabilirse veya bunun

<sup>29</sup> Hansell-Vogt-Wiegand, W., Basler Kommentar. (Hrsg) Obligationenrecht 1 Art. 1.529 OR 3. Aufl. Basel 2003. Rehbinder, Portmann Art. 337 d, s.1844

<sup>30</sup> BGE 118 11 312.

<sup>31</sup> Rehbinder, Portmann, Art. 337 d s.1844.

için gerekli tedbirleri almamışsa, örneğin yeni işçi aramamışsa zararın doğmadığını işçinin ispatı zorunludur. Bu durum işverenin yükümlülüğünü azaltır; ancak işveren aksini iddia ederse, bunu ispat etmekle yükümlü olur.

Eğer zararın tazmini işçinin ödenmemiş ücreti ile takas edilerek sağlanamıyorsa, işveren dava veya takip yoluyla zararın tazminini isteyebilir. İşverenin dava veya takip yoluyla zararın tazminini talep hakkı işçinin işe başlamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gündür. Aksi takdirde talep hakkı düşer (m.337 d. III; TBK Ta. m.438. III) Götürü tazminatı talep hakkı ise 10 yıllık zaman aşımına bağlıdır (İBK m.127, BK m.126)

## SONUÇ

Belirli süreli iş sözleşmelerinin, haklı neden olmadan süresinden önce sona erdirilmesine ilişkin olarak İş Kanununda bir düzenleme yoktur. Ancak, İBK m.337 c ve m. 337 d dikkate alınarak, TBK tasarısında m.437 ve m. 438 de getirilen düzenlemeler, İş Kanununda bu konudaki kanun boşluğunu giderecek, işçiyi koruma ilkesi ile uyumlu, sorunu çözümleyecek niteliktedir.

Zira, öncelikle taslakta getirilen düzenlemeye göre iş sözleşmesinin haklı sebep olmadan derhal feshedilmesi iş ilişkisini fiilen ve hukuken sona erdirir.

İşveren tarafından iş sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın derhal feshinde, işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim süresi-ne; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması halinde, bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebilecektir. (TBK Tasarısı m.437, I; İBK m.337 c,I). Burada ücret kaybını karşılamaya yönelik bir ücret kaybı tazminatı söz konusudur.

Ayrıca maddede mahsup kuralı getirilerek, tazminattan hangi hallerde indirim yapılabileceği açıkça hükme bağlanmıştır (m.437, II; m. 337 c II).

Maddede getirilen önemli bir diğer düzenleme ise; ikinci bir tazminat miktarının hakim tarafından belirlenebileceğine ilişkindir.

Hakim bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilecektir (m. 437, III, m.337 c III) Burada amaç işvereni haksız fesih yapmaktan caydırmak, işçiyi manen tatmin etmektir.

Görüldüğü üzere, tazminatın ödenmesine karar verme hususunda bir zorunluluk söz konusu olmayıp tamamen hakimin taktirine bırakılmıştır. Hakim taktir hakkını kullanırken, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak tazminat miktarını serbestçe belirleyebilir. Ancak burada bir üst sınır getirilerek, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağı öngörülmüştür (m.437. III; 337 c.III).

İşçinin haklı sebep olmaksızın işe başlamaması veya aniden işi bırakması halinde de iş sözleşmesi fiilen ve hukuken sona erer. Bu durumda işverene, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkından başka, ayrıca ek zararlarının giderilmesini (tazminini) talep hakkı öngörülerek (TBK Ta.m.438, I; İBK m.337 d.I), işverenin zararını giderici özel bir düzenleme getirilmiştir.

İşverenin zararının hiç olmaması veya uğradığı zararın işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az olması halinde ise hakim tazminat miktarını indirebilecektir.

Ayrıca işverene, işçiye karşı tazminat alacağını takas yolu ile kullanma hakkı tanınmış, bu şekilde tazminat isteme hakkı sona ermemişse işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından itibaren otuz gün içinde dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorunluluğu getirilmiştir. Bu süre hak düşürücü süredir.