

HİŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKININ ETKİSİZLEŞMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Erhan BİRBEN**

I. ETKİSİZLEŞME KAVRAMI

Hukuk düzeni bir hakkın kullanılabilceği süreyi hak düşürücü süreye tâbi tutmuş yahut hak için bir zamanaşımı süresi öngörmüş ise anılan sürelerin geçmesiyle hak düşer yahut muhatap o hakkın yükümlüsü olarak yerine getirmesi gereken edimi ifadan kurtulur. Hak düşürücü süreler, genellikle kanun tarafından öngörülmüştür. Söz gelimi, irade sakatlıkları nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkı, hata ve hilenin fark edildiği, tehdidin ortadan kalktığı andan itibaren bir sene içinde kullanılmalıdır (6098 sayılı TBK m.39); bağışlama sözleşmesinde bağışlayan, geri alma sebebinin öğrenildiği günden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alabilecek olup bir yıl içerisinde kullanılmaması halinde bu hakkın artık ileri sürülmesi mümkün değildir (TBK m.297). Sözleşmeden doğan yenilik doğuran haklar bakımından da tarafların hakkı kuran sözleşmede, hak düşürücü süre kararlaştırmaları mümkündür. Sözleşmeden doğan fesih hakkının belirli bir süre içinde kullanılmaması halinde fesih hakkının ortadan kalkacağına bir kararlaştırma halinde sözleşme ile kararlaştırılmış hak düşürücü süreden söz edilir¹. Buna karşılık, yenilik doğuran bir hak ne kanunda ne sözleşmede hak düşürücü süreye tabi kılınmamış ise bu durumda muhatap bakımından süresi

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Buz**, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 403.

belirli olmayan bir belirsizlik tehlikesi ortaya çıkmaktadır². Zira, hakkın yükümlüsü (muhatapı), hakkın kullanılıp kullanılmayacağı konusunda hak sahibinin iradesine tâbi bir durumdadır ve bu husustaki kararın hak sahibi tarafından bir an evvel verilmesini beklemektedir. Şu halde, muhatapın içinde bulunduğu bu belirsizlikten kurtarılması gerekir³. Bir başka ifadeyle, hakkın yükümlüsü, ilanihaye hak sahibinin hakkını kullanıp kullanmayacağı hususunda bir tereddüt içerisinde bırakılamaz. Hukuki durumunun bir an önce açıklığa ve kesinliğe kavuşturulmasında muhatapın da hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğu gözönüne alınması gerekir⁴. Bu belirsizliğin ortadan kaldırılabilmesi için geliştirilen iki benzer müessese mevcuttur. Bunlardan ilki, muhataba “süre tayin etme” hakkı tanınmasıdır. Buna göre, kanunen yahut tarafların anlaşmasıyla belirlenmiş bir hak düşürücü süreye tabi olmayan yenilik doğuran haklar bakımından muhatap tarafından hak sahibine hakkını kullanması için öncelikle uygun bir süre tanınır. Muhatap tarafından kendisine tanınan süre içinde hak kullanılmadığı takdirde yenilik doğuran hak ortadan kalkar.

Muhataba süre tayin etme dışındaki diğer hukuki yol ise “hakkın etkisizleşmesi”dir. “Etkisizleşme” denildiğinde, bir hak veya yetki sahibinin, hukuk düzeninin kendisini sahibi yahut yetkilisi kıldığı bu hakkı veya yetkisini uzun bir süre kullanmamış olması nedeniyle hakkını veya yetkisini muhatabına (yükümlüsüne) karşı artık ileri sürememesi ifade edilmektedir⁵.

² “...İşverenin bu süre geçtikten sonra iş sözleşmesini feshetme haklı nedeni bertaraf etse de geçerli nedeni ortadan kaldırmayacaktır. Ancak bu sürenin de objektif ve hakkaniyete uygun bir süre olması ve uzun süre geçtikten sonra feshetme hakkının *bir baskı unsuru olarak kullanılmaması gerekir*. Bir başka anlatımla kişiler haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmelidir...” (9. HD. 2.10.2006, 2006/17797 E. 2006/25426 K. (Sicil, 5, s. 90-93)).

³ Federal Mahkeme tarafından isabetli olarak belirtildiği gibi, yenilik doğuran haklar söz konusu olduğunda, doğruluk ve güven kuralı çerçevesinde hak sahibinden sözleşme diğer tarafının menfaatlerini gözönüne alarak hakkını kullanmayı düşünüp düşünmediği hususuna bir an önce açıklık getirmesi ve bu hususta gereğinden fazla gecikilmemesi beklenmektedir (BGH, 18.10.2001 - I ZR 91/99 (München), NJW 2002, s. 670).

⁴ Buz, s. 404.

⁵ Brill, Werner, Verwirkung und Wirkungslosigkeit von Abmahnungen, NZA 1985, s. 109; Rolf, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Stand: 01.09.2013, Rn.95; Moll, Ulrich, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage 2012, Rn.325;

Etkisizleşme kurumu, sahip olduğu hakkı uzun bir süre kullanmayan yahut da davranışı ile hakkın artık kullanılmayacağı yolunda karşı tarafta güven yaratan ve özellikle muhatabın buna güvenerek başka tasarruflarda bulunmasına yol açan hak sahibinin, hakkını kullanma imkânını kaybetmesine yol açmaktadır⁶.

Hakkın etkisizleşmesi söz konusu olduğunda, hakim tarafından bu husus re'sen dikkate alınmakta olup hakkın etkisizleştiğini iddia eden tarafın bu hususu ayrıca ileri sürmesine gerek yoktur⁷. Hakim somut olayın tüm özelliklerini dikkate alarak yapacağı bir değerlendirme neticesinde hakkın etkisizleşip etkisizleşmediğini kendiliğinden belirleyecektir. Bu yönüyle, hakkın etkisizleşmesi hak düşürücü süre ile benzerlik göstermektedir. Etkisizleşmeyi, sadece belli bir sürenin geçmesini arayan zamanaşımı müessesesinden farklı kılan özelliği, bir hakkın henüz zamanaşımı süresi geçmemiş olsa dahi diğer şartların gerçekleşmesi halinde etkisizleşebilecek olmasıdır⁸.

Preis, Ulrich, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz, 4. Auflage 2012, Rn.108-109; **Linck**, Ulrich, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Auflage 2013, Rn.29.

⁶ Etkisizleşme görüşünün temelinde German Hukukundaki sükut düşüncesi yatmakla birlikte etkisizleşme bağımsız bir kurum olarak kabul edilmekte ve hukuki temeli güvenin korunması esasına dayandırılmaktadır. Bazı yazarlar, hakların etkisizleşmesini, ortaçağ German Hukukundaki “suskun kalma” öğretisinin günümüzdeki uzantısı olduğunu kabul ederken (**Buz**, s. 406, dn.35'te zikredilen yazarlar), bu konudaki diğer bir görüş etkisizleşme sonucunu doğruluk ve dürüstlük kuralından çıkarmakta ve çelişkili davranış yasağının özel bir uygulama hali olduğunu kabul etmektedir (**BGH**, 18.10.2001 - I ZR 91/99, NJW 2002, s. 669-670). Türk Hukukunda da bu son düşüncenin benimsendiği söylenebilir (Bkz. **Akyol**, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995, s. 57-58; **Soyer**, Polat, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, içinde: İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 56).

⁷ **Linck**, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, Rn. 31-32.

⁸ Belirtelim ki, hakların etkisizleşmesi kural olarak herhangi bir zamanaşımı süresine yahut hak düşürücü süreye tabi tutulmayan haklar ile bu sürelerin oldukça uzun tutulduğu durumlar için söz konusu olur. Dolayısıyla, nisbeten kısa bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre öngörülmuş bir hakkın etkisizleşmesi söz konusu değildir (Bkz. **Buz**, s. 406). Alman Federal Temyiz Mahkemesi de, hakkın tabi olduğu zamanaşımı süresi ne kadar kısa ise etkisizleşme ihtimalinin de o ölçüde nadir olarak gündeme gelebileceğini benimsemektedir (**BGH** (11. Zivilsenat), 06.12.1988 - XI ZR 19/88 (2. Instanz: KG)).

II. ETKİSİZLEŞMENİN UNSURLARI

Bir hakkın etkisizleşmesi nedeniyle muhatabına (yükümlüsüne) karşı artık ileri sürülemeyeceğinden söz edilebilmesi için bazı şartların bir arada gerçekleşmesi gerekir. Ancak, bu unsurlardan evvel hatırlanması gereken husus, bir hakkın veya yetkinin etkisizleştiğinin kabul edilebilmesi için doğmuş (mevcut) olması gerekir. Doğmamış bir hakkın etkisizleşmesinden bahsedilemez⁹. Bu husus bir tarafa bırakıldığında, bir hakkın etkisizleştiğinin kabul edilebilmesi için üç unsurun bulunması gerektiği kabul edilmektedir.

A. Zaman Unsuru

Bir hakkın etkisizleştiğinden söz edilebilmesi için, öncelikle, hak sahibi hakkını uzunca sayılabilecek bir süre içinde kullanmamış olmamalıdır. Hemen ifade edelim ki, hak düşürücü süre yahut zamanaşımı süresinde olduğu gibi sadece sürenin geçmiş olması hakkın etkisizleştiğinin kabulü için yeterli değildir¹⁰. Zira, etkisizleşmenin amacı, bir hakkın (borcun) yükümlüsünü süresinden önce o borçtan kurtarmak değildir¹¹. Öte yandan, bir hakkın etkisizleştiğinin kabul edilebilmesi için geçmesi gereken süreye ilişkin olarak kesin bir sürenin öngörülmesi de mümkün değildir¹². Etkisizleşmenin kabulü için geçmesi gereken sürenin uzunluğu belirlenirken hakkın (talebin) türü, önemi, hak sahibi tarafından muhatapta yaratılan güvenin yoğunluğu ve muhatabın korunma ihtiyacının ağırlığı dikkate alınmalıdır. Ancak, zaman unsuruna ilişkin olarak şu husus kolaylıkla söylenebilir: Hakkın kullanılmadığı süre ne kadar uzun ise etkisizleştiğinin kabulü de o ölçüde kolaylaşır. Buna karşılık, yapılacak bir değerlendirmede durum unsurunun ağırlığı geçmesi gereken zamanı kısaltabilir¹³. Başka bir söyleyiş

⁹ BAG, 20.4.2010 - 3 AZR 225/08, NZA 2010, 883.

¹⁰ BGH, 18.10.2001 - I ZR 91/99, NJW 2002, s. 670.

¹¹ BAG, 14.2.2007 - 10 AZR 35/06, NZA, 2007, s. 690.

¹² Kar, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, 2011, s. 289.

¹³ Alp, değişiklik hakkının kullanılmaması nedeniyle çalışma koşulunun somutlaştırılmasının kabul edilebilmesi için sözleşme ile bağlılığın azami süresini belirleyen BK m.343 (TBK m.430/f.2) hükmünde yer alan on yıllık sürenin yerinde bir değer ölçütü olarak kullanılabilirliğini, ancak işçide değişiklik hakkının kullanılmayacağı yolunda güven yaratan başka olaylar gerçekleştiği takdirde on yıl aynı durumun devam etmiş olmasının

ile, somut olayda hak sahibinin hakkını kullanımına ilişkin vakıtlar hakkın kısa sürede kullanılmamış olması halinde etkisizleşmesi sonucuna da yol açabilir.

B. Durum Unsuru

İkinci olarak, hak sahibinin hakkını uzunca süre kullanmamış olması muhatapta hakkın kesin olarak kullanılmayacağı yönünde hukukten korunmaya değer bir güven uyandırmış olmalıdır¹⁴ Zaman unsurunda olduğu gibi, hangi olguların hakkın etkisizleşmesine yol açacağına ilişkin peşinen (kesin) bir sınırlama yapmak da mümkün değildir. Bu hususta da şu söylenebilir: Bir hak ne kadar uzun süre ileri sürülmemiş ise durum unsurunun etkisi de somut olayda o ölçüde geri planda kalır. Buradan varılması gereken sonuç, zaman ve durum unsurlarının birbirinden tümüyle bağımsız (müstakil) iki unsur olmadığı ve aralarında karşılıklı bir etkileşim bulunduğu¹⁵.

C. Beklenemezlik Unsuru

Son olarak, muhatabından hakkın içerdiği yükümlülüğe uygun hareket etmesinin (yükümlülüğe uymasının) artık beklenemez olarak kabul edilebilmesi gerekir. Belirtelim ki, etkisizleşme, hakkın kötüye kullanılmamasının özel bir görünümüdür. Bu yönüyle, etkisizleşme çelişkili davranış yasağı ile yakın bir ilişki içinde olup hakkın yükümlüsünün hakkın kullanılmayacağına ilişkin güvenini korumaya hizmet etmektedir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen üç unsurdan “durum unsurunun” etkisizleşmenin tepside belirleyici rol oynadığı söylenebilecektir¹⁶.

aranmasının aşırı olacağını kaydetmektedir (Alp, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, s. 412).

¹⁴ **Buz**, s. 405.

¹⁵ **BGH**, 19.12.2000- X ZR 150/98 (GRUR 2001, s. 323); **BAG**, 25.4.2001- 5 AZR 497/99 Hessen (NJW 2011, s. 2907).

¹⁶ **BAG**, 9.7.1958 - 2 AZR 438/56; **BAG**, 1. 8. 1958 - 1 AZR 475/55 - AP Nr. AP BGB § 242 9 und Nr. AP BGB § 242 10 zu § 242 BGB Verwirkung.

III. İŞ HUKUKUNDA ETKİSİZLEŞME

Etkisizleşme, iş hukukunda birçok alanda iş sözleşmesinin her iki tarafının hak ve yükümlülükleri bakımından gündeme gelebilmektedir. Konunun geniş olarak ele alındığı Alman Hukukunda, alacak haklarının (normal çalışma ücreti, fazla çalışma ücreti) yanısıra inşai hakların da etkisizleşmeye konu olabileceği kabul edilmektedir¹⁷. Bu çerçevede, işçinin nakle itiraz hakkı¹⁸ yanında işverenden çalışma belgesi talep hakkının¹⁹ da etkisizleşebileceğine işaret edilmektedir²⁰. Aynı şekilde, iş sözleşmesinde işverene işçiyi başka işyeri veya işyerlerine nakletme yetkisi veren sözleşme hükümleri bakımından, işverence nakil hakkı uzun süre kullanılmamış ve buna ek olarak işçide bu hakkın artık kullanılmayacağına ilişkin güven yaratılmış ise nakil hakkının etkisizleştiği dolayısıyla sona erdiği kabul edilmektedir²¹.

Konu alacak hakları bakımından ele alındığında, Türk Hukukunda da benzer bir eğilim tespit edilebilmektedir. Söz gelimi, işyeri uygulaması²² bakımından yazılı bir kaynağa dayanmayan ikramiye uygulamasına işveren

¹⁷ **Linck**, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, Rn. 31-32.

¹⁸ **BAG**, 12.12.2006 - 9 AZR 747/06, NZA 2007, s. 396.

¹⁹ **BAG**, 4.10.2005 - 9 AZR 507/04, NZA 2006, s. 437-438.

²⁰ **Linck**, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, Rn. 31-32.

²¹ **Alp**, s. 411-412. **Baycık**, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2011 s. 498. Yazar, nakil hakkının belirli maddi vakıalara bağlı olarak kullanılacağına öngörülmesi durumunda hakkın etkisizleşmeyeceğini, sadece o vakıa bakımından işverenin hakkından zımnen feragat etmiş yahut işçiyi affetmiş sayılacağını ileri sürmektedir.

²² İşyeri uygulaması, işveren tarafından yasal ve akdi bir zorunluluk olmaksızın bir menfaatin tek taraflı olarak devamlı şekilde ve aynı koşullarla sağlanması olup kabulleri ile işyeri uygulaması iş akdi hükmü haline gelmektedir. İşverenin bu uygulamayı yaparken bunun gelecekte bağlayıcı olmasını arzu etmiş yahut istemiş olup olmasının bir önemi yoktur. İşçilerin, işverenin davranışından böyle bir isteği olduğu sonucunu dürüstlük kuralına uygun olarak çıkarmış olmaları yeterlidir (**Süzek**, Sarper, İşyeri Uygulamaları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, s. 152; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, 2013, s. 66-67; **Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Baskı, İstanbul, 2011, s. 119-120; **Narmanhoğlu**, Ünal, İş Hukuku I (Ferdî İş İlişkileri), 4. Baskı, İstanbul 2012, s. 38 vd.; **Mollamahmutoglu**, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2012, s. 70).

tarafından tek taraflı olarak son verilmesi halinde işçi uzunca bir süre itiraz etmeksizin ve ikramiye alacaklarının ödenmesine ilişkin bir talepte bulunmaksızın çalışmasını sürdürmüş ise bu durumda ikramiye talep hakkının etkisizleştiği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir²³. Yargıtay'ın içtihadından, etkisizleşmenin hangi şartlarla gerçekleşmeyeceği de tespit edilebilmektedir. Buna göre, nispeten kısa bir süre işçinin ikramiyesinin ödenmemiş olması halinde işçinin buna itiraz etmemiş olmasının bir önemi yoktur,

²³ “...Dosya içeriğine göre davalı işyerinde 1997 yılından itibaren ikramiye uygulamasının kaldırıldığı ve fesih tarihi olan 2002 yılına kadar ödenmediği anlaşılmaktadır. Şirket genel müdürünün imzasını taşıyan işyeri iç duyurusunda 1999 yılı ikramiyelerinin ödenmeyeceği, geçmiş yıllara ait ikramiye haklarının korunduğu bildirilmiştir. Davacı aradan geçen uzun zamana rağmen ikramiye uygulamasının kaldırılmasına itirazda bulunmamış ve ödemeleri ikramiyesiz olarak kabul etmiştir. İş sözleşmesi feshedildikten sonra ikramiye alacağından da bahsederek alacak isteğinde bulunmuştur. Taraflar arasındaki bir sözleşmeden kaynaklanmayan, davalı işverenin tek taraflı iradesi ile ödemekte olduğu ikramiyenin yıllar önce kaldırıldığı ve durumun davacı tarafından da bilindiği açıktır. Artık bu durumda ikramiyenin kaldırıldığı tarihten sonrası için ikramiye alacağından söz edilemez. Belirtilen döneme ilişkin isteğin reddi gerekirken kabulü yönünde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (9. HD. 25.04.2005 E.2004/22671 K. 2005/14451, Çalışma ve Toplum, 2005/3, S. 6, s. 219-220). Ancak, doktrinde, işçilerin belirli süre tekrarlanan işveren davranışına karşı olan güveninin kendi aleyhine yapılan davranışlarda söz konusu olamayacağına işaret edilerek işverenin herhangi bir şekilde belirlenen ücreti uzun süre ödememesine rağmen işçilerin buna sesini çıkarmamasının bir işyeri uygulaması sayılamayacağı, işçilerin bu fark alacaklarını talep etme haklarının saklı kalacağı ileri sürülmektedir (Güler, Mikdat, Ücretin Belirlenmesi Ve Değiştirilmesi Yöntemlerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Kamu-İş; C.7, S. 3/2004, s. 14-15). Ancak, bu görüş etkisizleşme kurumunu tümtüyle dışladığından isabetli sayılamaz. Yukarıda da değinildiği üzere, şartları varsa alacak hakları bakımından da etkisizleşme söz konusu olabilir. Hakkın sahibinin işçi olması da etkisizleşmenin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Buna karşılık Yargıtay'ın, ferdi yahut toplu iş sözleşmesinde öngörülen bir ikramiyenin uzunca bir süre ödenmemiş olması halinde ikramiye talep hakkının etkisizleştiğini kabul ettiğine ilişkin içtihadı bulunmamaktadır. Federal İş Mahkemesi de aşağıda ayrıntılı olarak değinilecek olan kararında, davacı işçinin talep etmiş olduğu ek ödemenin toplu iş sözleşmesinden doğan bir alacak hakkı olmadığını, bu nedenle etkisizleşme yasağına aykırılıktan söz edilemeyeceğini, işverence etkisizleştiği iddia edilen talep hakkının toplu sözleşme dışında öngörülen, müstakil bir talep hakkı olarak doğmuş olduğunu, dolayısıyla diğer şartları varsa etkisizleşmesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir (BAG (10. Senat), 14.02.2007 - 2. Instanz: Landesarbeitsgericht München (AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 47)).

hakkın etkisizleşmesi söz konusu değildir. Aynı şekilde, işverenin tek taraflı yaptığı uygulamaya işçi itiraz etmiş ise söz gelimi işverene ikramiye alacaklarını saklı tuttuğuna ilişkin bir irade açıklamasında bulunmuş ise yahut ikramiye tahakkuku içermeyen ücret bordrolarını ihtirazi kayıt ile imzalamış ise hakkın etkisizleşmesinden söz edilemez. Ancak, işçinin ikramiye talep hakkının etkisizleştiği iddiasına muhatap olmamak için her bordroya ihtirazi kayıt koyması gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Burada önemli olan, işçinin uzunca bir süre bu hakkını ileri sürmede hareketsiz kalmamış olmasıdır²⁴. Şu halde devam eden iş ilişkisi içinde işçinin birkaç kez talep hakkını saklı tuttuğuna ilişkin iradesini ortaya koymuş olması yeterlidir. İşçinin bu yönde bir veya birkaç kez iradesini ortaya koyması halinde işveren, işçinin ikramiye alacağını kendisinden artık talep edilmeyeceği yönünde korunmaya değer bir güvenin oluştuğunu ileri süremez.

Federal Mahkemeye intikal eden bir uyuşmazlıkta, işletmede vasıflı personelin görev almasını sağlamak ve onları işletmede tutabilmek için işveren tarafından 1.10.1987 tarihinden itibaren sözleşme dışı ödenen ek ödemenin 1.4.1998 tarihinden itibaren her yıl %25 azaltılmasına ilişkin karar işçiye yazılı olarak bildirilmiştir. İşçi, bu karar üzerine sessiz kalmış bilahare 29.11.2002 tarihli yazı ile söz konusu ödemenin toplu sözleşmedeki işçilik haklarının talep edilebilmesi için öngörülen altı aylık süreye uygun düşecek şekilde 2002/Mayıs ayından sonraki dönem için hesaplanarak ödenmesini talep etmiştir. İşveren 4.12.2002 ve 17.2.2003 tarihinde talep hakkının etkisizleştiği gerekçesiyle işçinin talebini geri çevirmiştir. Bunun üzerine açılan davada iş mahkemesi davayı etkisizleşme nedeniyle reddetmiş; Münih Eyalet Mahkemesi istinaf başvurusunu kabul etmiştir. Davalı işverenin temyiz etmesi üzerine Federal İş Mahkemesi, işçinin işbu dava ile talepte bulunduğu sürenin toplu iş sözleşmesinde öngörülen hak düşürücü sürenin içinde kaldığını, Eyalet İş Mahkemesinin etkisizleşmeye ilişkin esasları doğru uyguladığına ve olayda etkisizleşmenin söz konusu olmadığına karar

²⁴ Burada bir kez daha vurgulanması gereken husus, bir hakkın uzunca bir süre ileri sürülmemiş olmasının tek başına etkisizleşme için yeterli olmadığıdır. Zira, hakkın kötüye kullanılmasının özel bir görünümü olan etkisizleşmenin amacı, daha önce de ifade edildiği üzere, bir hakkın (borcun) yükümlüsünü süresinden önce o borçtan kurtarmak değildir. Etkisizleşme, hukuki güvenlik ve açıklık ilkelerine hizmet eder.

vermiştir²⁵. Konumuz olan etkisizleşme bakımından önem taşıyan husus, Yüksek Mahkeme'nin etkisizleşmenin "durum unsuru" bakımından yapmış olduğu tespitlerdir: Mahkemeye göre, davacı işçinin dava açan diğer iki işçinin davasını beklemek istemesi kendi hakkının etkisizleşmesine yol açamaz. İşveren diğer iki işçinin dava açmış olmasına rağmen davacının henüz dava açmamış olması nedeniyle işçinin bu hususta kendisine dava açmayacağı yolunda güven uyandırdığını ileri süremez. Zira, hiçbir alacaklı, kural olarak, belirli şartların gerçekleşmesi halinde dava açma hakkını saklı tuttuğuna ilişkin olarak borçlusunu haberdar etmekle (ihtar etmekle) yükümlü değildir. Somut olayda, işveren diğer iki işçinin dava açmış olmasından hareketle davacı işçinin de kendisine karşı dava açabileceğini öngörmelidir. Şu halde, uyuşmazlık konusu ödemelerin akıbetine açıklığa kavuşturmak için harekete geçmeyen işveren davacı işçinin her yıl %25 oranında yapılan azaltmalara tepki vermemiş olduğu gerekçesiyle etkisizleşme iddiasında da bulunamaz²⁶.

Yargıtay'a intikal eden bir uyuşmazlıkta ise, toplu sözleşme düzeninin mevcut olduğu işyerinde, 2001 krizinden sonra 2002 yılı sonunda işveren tüm işçilere kıdem tazminatı alacaklarını ödedikten sonra ücretleri düşürerek alt işveren işçisi olarak çalışmayı önermiş, bu teklifi kabul etmeyenlere ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının ödeneceğini bildirmiştir. Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla, davacı işçi (ve arkadaşları) bu teklifi kabul etmiş, işveren tarafından iş akdinin işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğine ilişkin dilekçe alınarak kıdem tazminatı ödemesi yapılmıştır. Ödemeyi müteakip bir ay kadar alt işveren işçisi olarak gösterilen davacı (ve arkadaşları) bilahare işverence düşük ücretle yeniden işe alınmış ve akdedilen yeni dönem toplu sözleşme zamları bu düşük ücrete uygulanarak işçiler istihdam edilmeye devam edilmiştir. Ücret farkı talepli bu davada Yüksek Mahkeme, davacı işçinin uzunca bir süre düşük ücrete yapılan toplu iş sözleşme zamlarını kabul ederek çalıştığına ve bu hususta beş yıl boyunca hiçbir

²⁵ BAG (10. Senat), 14.02.2007 - 2. Instanz: Landesarbeitsgericht München (AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 47).

²⁶ BAG (10. Senat), 14.02.2007 - 2. Instanz: Landesarbeitsgericht München (AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 47).

uyuşmazlık çıkarmadığına işaret ederek ücret farkı alacağına talep edilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu içtihadında bulunmuştur²⁷.

Sözü edilen kararda, hakkın hangi tarihte etkisizleşmiş sayılması gerektiğine ilişkin bir ayırmada bulunulmaksızın alacak talebinin tüm dönem için reddine karar verilmiştir. Yüksek Mahkeme, “etkisizleşme” kavramını doğrudan kullanmamış olmakla birlikte dürüstlük kuralı üzerinden aynı sonuca ulaşmıştır. Kararda ulaşılan sonuç tartışmaya açık olmakla birlikte, kararda etkisizleşmenin unsurlarını dolaylı olarak tespit etmek mümkündür. Her şeyden önce, davacı işçiden gerçek iradesini yansıtmayan fesih bildirimini elinden alınarak ücretinin düşürülmesinin üzerinden beş yıldan fazla bir süre geçmiştir. Ücret alacakları bakımından zamanaşımı süresinin beş yıl olduğu da dikkate alındığında etkisizleşmenin “zaman unsurunun” gerçekleştiği kabul edilebilir. Somut olayda, “durum unsuru” bakımından işveren lehine değerlendirmeye alınan hususlar ise işçinin çalıştığı dönemde uyuşmazlık çıkarmamış olması, 818 sayılı Borçlar Kanunu m.31 (6098 sayılı TBK m.39) çerçevesinde işlem ile bağlı olmadığını bir yıllık süre içinde ileri sürmemiş olması, kıdem tazminatını ihtirazi kayıtsız tahsil etmiş olması ve üyesi bulunduğu işçi sendikasının bu düşürülmüş ücret seviyesini esas alarak

²⁷ “...Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, bir tarafta oluşturulan güvenin korunması ilkesi de önem taşır. Kanunun getirdiği güvenin korunmasına ilişkin hükümler yanında, tarafların sözlü ve yazılı davranışları bu güven ortamını sağlayabilir. Sağlanan güvenin, güven sorumluluğu kapsamında hukuken korunması gerekir. Güven sorumluluğunda taraflar birbirlerinden bekledikleri güveni boşa çıkarmamalıdır. Bu bağlamda sözlü ifadeler, çeşitli vesika ve belgeler örtülü irade davranışları da sayılabilir (...) Davacı işçi, kıdem tazminatını tam olarak almış ve süregelen ekonomik kriz ortamında değerlendirmiştir. Aynı zamanda işyerinde çalışmaya devam etmiş ve ücretlerinin eksik ödendiği konusunda bir itirazını ileri sürmemiştir. Bu yönüyle işverende 2002 ve 2003 yıllarında gerçekleşen işlemlerin geçerliliği yönünden bir güven duygusu oluşmuştur. Hatta devam eden süreçte işçi ve işveren sendikaları birbirine ardına üç ayrı toplu iş sözleşmesi imzalamışlar ve işçilerin almakta oldukları ücretlerine göre ücret artışlarını belirlemişlerdir. Bu durumda işçi sendikasının da bulunduğu doğal bir süreç işlemiştir. İşçinin bu davranışları, daha önceye dayanan iddialarından vazgeçtiği ve toplu iş sözleşmesinde düzen ilkesi gereği kurulan yeni iş şartlarını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. Davacı işçinin davranışları ve işleyen sürecin davalı işveren yönünden oluşturduğu güvenin korunması gerekir. (...) Somut olaya özgü tarihsel süreç, işçi ve işveren işlem ve eylemleri dikkate alındığında güven teorisi çerçevesinde mevcut davanın reddine karar verilmelidir (9. HD. 22.10.2009 E.2009/38782 K.2009/36815-Özel Arşiv).

ard arda üç dönem toplu iş sözleşmesi akdetmiş olmasıdır. Yargıtay bu olgular karşısında işçinin, kıdem tazminatı ödenerek mevcut iş ilişkisinin tasfiye edilmiş sayılmasına rıza gösterdiği yolunda işverende bir güven uyandırdığı sonucuna varmış ise de, işçinin gerçekte iş akdini fesih iradesinin bulunmadığı, muvazaalı işlemin baştan sona işverence tertip edildiği ve işçiye ihbar tazminatı ödenmediği de dikkate alındığında işverende olduğu varsayılan “güven”in hukuk düzeni tarafından korunmaya değer olduğunu söyleyebilmek güç gözükmektedir. Dolayısıyla, işverenin üzerinden uzunca bir süre geçtiği için işçi tarafından kendisine geçmiş döneme ilişkin olarak artık herhangi bir talep yöneltilemeyeceğini dürüstlük kuralı (etkisizleşme) ile gerekçelendirmesine izin vermemek gerekir.

Normal çalışma ücretinden başka, Alman Federal İş Mahkemesine göre “fazla çalışma ücreti talebi” bakımından da etkisizleşme mümkündür²⁸. Aynı konuda verilmiş bir diğer kararda²⁹, bir işçilik hakkının, iş sözleşmesinin devamı esnasında da etkisizleşebileceğinde tereddüt bulunmadığı; ancak etkisizleşmenin doğruluk ve güven kuralının özel bir görünümü olması itibarıyla işçinin bu talebinin hakkın kötüye kullanımı yasağı kapsamında görülmesi halinde reddi gerekeceği vurgulandıktan sonra işçinin fazla mesai ücreti ödenmeksizin ya da en azından fazla mesai süresi tespit edilmeksizin fazla mesai yapmayı sürdürdükten çok uzun bir süre sonra fazla çalışma ücreti talebinde bulunması -geçen zamanın uzunluğu nedeniyle işverence bu iddianın tahkik edilmesi olanağı da ortadan kalktığından- geçerli görülmemiştir.

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE ETKİSİZLEŞME

Etkisizleşmenin, konumuz olan iş sözleşmesinin fesih hakkı bakımından söz konusu olabileceği kabul edilmektedir³⁰. Ancak, iş sözleşmesini fesih hakkının etkisizleşmesini iş akdinin hangi tür fesihle sona erdirildiğini dikkate alarak ayrı ayrı incelemek gerekir. Gerçekten de, her iki fesih türünün niteliği, amacı ve tabi olduğu hukuki rejim ve sonuçlarının farklılığı

²⁸ BAG (1. Senat, 23.12.1957 - 1 AZR 565/56 (AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 4).

²⁹ LAG Bremen, 05.01.1955 - 2 AZR 29/54 (AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 6).

³⁰ Linck, in: Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Auflage 2011, Rn.17; Preis, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, Rn.108.

dikkate alındığında iş akdinin fesih türü esas alınarak etkisizleşme bakımından bir değerlendirme yapmak uygun olur. Keza, işveren iş akdini haklı nedenle derhal fesih yetkisi veren bir olgunun varlığına rağmen geçerli nedenle bildirimli olarak feshetmiş de olabilir. Bu bakımından, iş akdinin hangi tarafça feshedildiğinden ziyade fesheden tarafın fesih türünü esas alarak bir inceleme yapmak metodik bakımından daha isabetli görünmektedir.

A. Bildirimsiz Fesih Hakkının Etkisizleşmesi

Kanunkoyucunun bildirimsiz fesih hakkının kullanımını hak düşürücü süreye bağlamış olduğu durumlarda etkisizleşmenin kanunen somutlaştırılmasından söz edilir. Başka bir ifadeyle, yasa koyucu hak düşürücü sürenin geçmesi halinde fesih hakkının kullanılamayacağını açıkça ve ayrıca düzenlediğinde, bu sürenin geçmesine rağmen açıklanacak bir feshin haksız fesih niteliği kanundan doğmaktadır. Yasada öngörülen hak düşürücü süre içinde bildirimsiz fesih hakkı kullanılmadığında, feshe dayanak yapılmak istenen vakının (olgunun) bildirimsiz fesih için haklı neden olma vasfını yitirdiği yönünde kanuni bir varsayımdan söz edilebilir³¹. Bu ihtimalde, feshin haksız olduğunu ileri sürmek için etkisizleşme kavramına başvurmaya ihtiyaç bulunmamaktadır.

Hukukumuz bakımından 4857 sayılı İş Kanununun 26. maddesinde bu yönde bir düzenleme mevcuttur. Hükme göre, “24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz...”³². Anılan hüküm uyarınca, bir yıllık süre içinde

³¹ BAG, 9.1.1986, 2 ABR 24/85, NZA 1986, s. 467.

³² Deniz İş Kanununun 15. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir: “14 üncü maddede işveren, işveren vekili veya gemi adamına tanınan akti feshetmek yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın öğrendiği günden başlayarak (6) işgünü geçtikten ve herhalde fiilin vukuundan itibaren bir sene sonra kullanılamaz”

kalmak kaydıyla öğrenme³³ tarihinden itibaren altı işgünü içerisinde kullanılmayan bildirimsiz fesih hakkı düşer. Buna karşılık, İş Kanununun 25. maddesinin II numaralı bendi dışında kalan haklı nedenlere ilişkin olarak fesih hakkının kullanılması gereken süreye ilişkin olarak kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır³⁴. Aynı şekilde, Basın İş Kanununun 11. maddesinde düzenlenen bildirimsiz fesih hakkı bakımından yasa da bir hak düşürücü süre öngörülmediği gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 435. maddesinde yer alan haklı nedenle fesih bakımından da hakkın kullanılması gereken süreye ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde 4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen hastalığın devamı yahut belirli bir süre geçtikten sonra zorlayıcı sebebin devamı süresince bildirimsiz fesih hakkının kullanılabilirliğini ileri süren Narmanlıoğlu, bu durumların ortadan kalkması halinde kanunda açıkça bir sınırlama bulunmayan hallerde hak sahibinin hakkını dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanması gerekeceğini ileri sürmüştür³⁵. Şu halde, burada da etkisizleşmenin kuramsal olarak uygulanabileceğinin kabulü gerekir.

Burada tartışılacak bir husus, işverenin yasa da öngörülen hak düşürücü sürenin bitimine çok kısa bir süre kala fesih hakkını kullanmak istemesi halinde etkisizleşmenin söz konusu olup olmayacağıdır. Söz gelimi, ard arda iki iş günü devamsızlık yaptıktan sonra ertesi gün işe başlamış olan işçinin iş sözleşmesinin son devamsızlığını takip eden altıncı iş günü feshedilmek istendiğinde işçi buradaki fesih hakkının etkisizleştiğini

³³ Hak sahibinin kendisine iş sözleşmesini derhal fesih yetkisi veren bir olayı henüz öğrenmeden hakkın etkisizleşmesi için gereken üç unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti söz konusu değildir. Başka bir söyleyiş ile, “öğrenme”ye rağmen fesih hakkının uzunca bir süre kullanılmamış olması gerekir.

³⁴ Doktrindeki hakim görüş uyarınca İş Kanunu’nun 26. maddesinde belirtilen hak düşürücü sürelerin sağlık nedenleri ve zorlayıcı nedenlerle yapılacak fesihler için uygulanması söz konusu değildir (Pekçok yazar yanında sadece bkz. **Saymen**, Ferit H, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s. 613; **Çelik**, s. 312; **Narmanlıoğlu**, s. 410). Aksi görüşte olan Tunçomağ/Centel’e göre, İş Kanunu m.26 hükmünde yer alan hak düşürücü sürelerin sağlık nedenleri ve zorlayıcı sebep ile yapılacak olan haklı fesih hallerinde de uygulanması doğru olacaktır. Aksi halde, haklı nedenle fesihle bulunmama, nedenin haklı sayılmadığı veya fesihle vazgeçildiği anlamına gelebilir (**Tunçomağ**, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul, 2013, s. 229).

³⁵ **Narmanlıoğlu**, s. 410.

ileri sürebilecek midir? Kural olarak, fesih iradesinin hak düşürücü sürenin ilk günü kullanılması ile son günü kullanılması arasında bir fark gözetilemez. Hak sahibi, hakkını kullanmakta acele etmeye zorlanamayacağından, onun süreyi son ana kadar kullanmak istemesi nedeniyle hakkının etkisizleştiğinin kabulü mümkün olmamak gerekir. Ancak, öğretideki bir görüşe göre, kısa bir hak düşürücü süre öngörülen yenilik doğuran haklar bakımından hak sahibinin hakkını kasden kullanmakta gecikmesi -söz gelimi işverenin iş sözleşmesinin akıbeti bakımından bir spekülasyon yaratarak bundan menfaat sağlamak istemesi- halinde fesih hakkının etkisizleştiği düşünülebilir³⁶. Bu görüşten hareket edildiğinde, işverenin bildirmsiz fesih hakkını sosyal amacından saptırarak kullanmak istemesi halinde hak düşürücü süre geçmemiş olsa dahi feshin kötünietli olarak yapıldığı gözönüne alınarak etkisizleştiği kabul edilebilecektir.

B. Bildirimli Fesih Hakkının Etkisizleşmesi

Bildirimli fesihler bakımından ise durumu ikiye ayırmak gerekir. Hukukumuzda iş güvencesi kapsamı dışında kalan iş ilişkileri bakımından fesihte bir sebep gösterilmesi zorunlu olmayıp bildirim sürelerine uyulmak suretiyle iş sözleşmesinin her zaman feshedilmesi mümkün bulunmaktadır. Zira, İş Kanununa göre, “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır...” (m.18/f.1) Şu halde, iş güvencesinin uygulama kapsamı dışında kalan iş ilişkileri bakımından bildirimli fesih hakkının etkisizleştiğinden söz edilmesine olanak bulunmamaktadır. Başka bir söyleyiş ile, etkisizleşme ancak otuz ve daha fazla işçi çalıştığı işyerlerinde kıdemi altı aydan fazla olan işçilerin ve gazetecilerin iş sözleşmelerinin geçerli nedenle bildirimli olarak feshedilmek istenmesi halinde gündeme gelebilecektir. Şu halde etkisizleşme, kural olarak iş güvencesi kapsamında yer alan bir iş sözleşmesinin bildirimli (önelli) olarak feshi bakımından anlam ifade eder.

³⁶ Buz, s. 407.

1. Ön Sorun: İhtar Bakımından Etkisizleşme

İşverenin geçerli nedenle fesih hakkının etkisizleşmesinden önce ele alınması gereken bir sorun olarak, işverence işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle fesihten önce başvuru olan “ihtar” müessesesi bakımından da etkisizleşmenin söz konusu olup olmayacağı tartışılmalıdır. Bilindiği üzere, hukukumuzda da geçerliliği kabul edilen ölçülülük ilkesi³⁷ uyarınca işveren işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce izlediği amaca ulaşmaya elverişli diğer tedbirlere başvurmakla yükümlüdür. Bu çerçevede sözleşmeye aykırılık teşkil eden davranışlarının söz konusu olması halinde işçinin işten çıkarılmadan önce uyarılması gerektiği genellikle kabul edilmektedir. Belirtilim ki, gerek Alman Hukukunda gerek Türk Hukukunda işverenin işçiye ihtar vermesi herhangi bir hak düşürücü veya zamanaşımı süresine bağlanmış değildir. Burada özellikle haklı nedenle fesih için öngörülen hak düşürücü sürelerin kıyasen uygulanması söz konusu olmayacağı da belirtilmelidir. Zira, ihtar³⁸ ve bildirimsiz fesih³⁹ niteliği itibarıyla birbirinden farklı

³⁷ Ölçülülük ilkesi, bir amaca ulaşmak için başvuru aracının amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olmasını ve araç ile amacın ölçsüz bir ilişki içinde olmamasını ifade eder. Başka şekilde ifade edildiğinde, ölçülülük ilkesinin içeriği orantılı bir araç-amaç ilişkisinin sağlanmasıdır. İş sözleşmesinin feshi bakımından, ölçülülük ilkesi, işverenin fesih ile izlediği amaca ulaşmak için fesih ile aynı derecede elverişli araç bulunması halinde öncelikle işçiyi feshe karşı daha koruyucu olan diğer araçlara başvurulmasını, başka bir ifadeyle feshin son çare olarak başvurulması gereken bir araç olmasını ifade etmektedir (Soyer, s. 51 vd; Birben, Erhan, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2006, s 3 vd.). Kavram hakkında geniş bilgi için pek çok yazar yanında bkz. Çelik, Nuri, İş Güvencesi, İstanbul, 2003; Ulucan, Devrim, İş Güvencesi, İstanbul, 2003; Ekonomi, Münir, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi, 2003/Mart Eki, s. 1-40; Güzel, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, 2005, s. 57-90).

³⁸ Fesih hukuku anlamında ihtar, işçinin idrak edebilmesi için yeterli ölçü ve açıklıktaki bir usulde işverenin işçinin iş sözleşmesine aykırılık teşkil eden davranışlarından dolayı hoşnutsuzluğunu ve bunun tekrarlanması halinde iş sözleşmesinin içeriğinin veya devamının tehlikeye düşeceğini işçiye bildirmesidir (Rewolle, Hans-Dietrich, Die Abmahnung im Arbeitverhaeltnis, DB 1976, s. 774; Falkenberg, Rolf-Dieter, Die Abmahnung, NZA 1988/14, s. 489; Schaub, Günter, Die Abmahnung als zusaetliche Kündigungsvoraussetzung, NZA 1997, s. 1185; Adam, F. Roman, Grundfragen der Abmahnung im Arbeitverhaeltnis, AuR 2001/2, s. 4).

durumlar olup bildirimlessiz feshine ilişkin düzenlemenin kıyasa esas alınması mümkün olmadığı gibi burada doldurulması gereken bir kural boşluğundan da söz edilemez⁴⁰. Zira, hak düşürücü süre bildirimlessiz feshine yetkili olan tarafın iş sözleşmesini derhal sona erdirme yetkisini makul bir süre içinde kullanmasını sağlayarak sınırlandırmak için getirilmiş olup buradan tüm fesih hukukunda geçerli olacak bir genelleştirmeye varılamaz⁴¹. Ancak, işverenin işçiye ihtar vermek için uzunca bir süre beklemesi ihtarın uyarı fonksiyonunun azalmasına yol açar.

Alman Hukukunda işçiye verilen ihtarların da etkisizleşebileceği kabul edilmektedir⁴². Alman Federal İş Mahkemesi, bir işletmede kasiyer olarak çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshine ilişkin olarak verdiği kararında⁴³, kullanılmış boş şişelerin otomata iadesi karşılığında müşterilere para iadesi edilmesi şeklindeki uygulama kurallarını ihlal ederek haksız (usulsüz) olarak iki ayrı işlemle kendisine 0,48 Euro ve 0,82 Euro haksız kazanç temin eden davacının davalı işveren nezdinde 30 yıldır çalıştığını, bu süre içinde taraflar

³⁹ İş sözleşmesinin yürürlüğü esnasında meydana gelen bazı haller sebebiyle iş ilişkisinin kurulduğu sırada mevcut şartlarda önemli değişiklikler meydana gelebilmekte ve iş sözleşmesinin bu değişikliğe uyarlanarak iş ilişkisine devam edilmesi âkit taraftan daha fazla beklenememektedir. Böyle bir durumda bildirim süresinin ya da sözleşme süresinin bitimini beklemeye gerek olmaksızın iş ilişkisinin derhal sona erdirilebilmesi mümkün olabilmelidir. Bu imkân, haklı nedenle bildirimlessiz fesih aracı ile sağlanmaktadır. Haklı nedenle feshi düzenleyen hükümler (İşK m.24, m.25, TBK m.), katlanılamaz ağırlık teşkil eden durumlarda sözleşmenin her iki tarafına bu sözleşmeyi ortadan kaldırılabilmek konusunda çok önemli bir araç temin etmektedir. Ancak, bildirimlessiz fesih hakkı istisnai olarak başvurulması gereken bir araç olup, bu yönüyle bildirimlessiz fesih, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının bir uygulama halini oluşturmaktadır (Preis, Ulrich, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, Köln, 1987, s. 476).

⁴⁰ Berkowsky, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht 3. Auflage 2009, Rn.144. İhtar iş sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik bir hukuki işlem niteliğinde olmayıp, bu yönüyle, dürüstlük kuralına göre sözleşmeye devam etmesi kendisinden artık beklenemez hale gelen tarafı katlanılamaz hale gelen hukuki ilişkiden bildirim süresinin bitimine kadar beklemeye gerek olmaksızın kurtarmayı amaçlayan bildirimlessiz fesihten ayrılmaktadır.

⁴¹ Brill, s. 109.

⁴² Brill, s. 109; Berkowsky, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Rn.145.

⁴³ BAG, 10.6.2010 - 2 AZR 541/09, NJW 2011, s. 167.

arasında hukuki bir ihtilaf haline gelen uyuşmazlık söz konusu olmadığını, davacının hasarlanmaksızın sürdürdüğü 30 yıllık çalışmasıyla işverene sadakatini gösterdiğini, bu hususun dikkate alınması gerektiğini, özellikle bir yıl önce müşteriler önünde bir başka meslektaşına karşı söylediği sözler nedeniyle verilmiş olan ihtarın da bir yıllık sürenin geçmesiyle davacının şahsi dosyasından çıkarılması gerektiğini içtihat etmiştir⁴⁴. Burada, özellikle kıdemli işçilere süregelen iş ilişkisi içinde daha önce verilmiş olan ihtarların da belli bir sürenin geçmesiyle etkisizleşeceğinin kabulü halinde kıdemli işçilerin iş akitlerinin feshinin aşırı ölçüde zorlaştırılması hatta işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının fiilen ortadan kaldırılması riskinden söz edilebilir. Ancak, Federal İş Mahkemesi'nin her iki sözleşme tarafının menfaatlerini dengeleyen içtihadı isabetli gözükmektedir. Gerçekten de, iş sözleşmesiyle kurulan iş ilişkisinde işçinin iş görme edimini sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi asıl olmakla birlikte iş ilişkisi içinde işçinin hiçbir zaman hata yapmayacağını düşünmek mümkün değildir⁴⁵. Burada önemli olan söz konusu akde aykırılıkların türü, önemi, tekrarlanma sıklığı ve sayısıdır. İşçi aynı veya benzer mahiyetteki ihlalleri nispeten kısa sayılabilecek bir zaman diliminde tekrarlamış ve işverence uyarılarak ihtar verilmesine rağmen bu davranışını sürdürme eğiliminde olduğu tespit edilmiş ise işverenden bu işçiyle çalışmaya devam etmesi beklenemez. Bu durumda işçiye aynı dönemde verilmiş olan ihtarlar olumsuz tahmin varsayımının dayanağını oluşturabilir. Buna karşılık, tek başına geçerli neden teşkil edemeyecek bir davranış nedeniyle işçinin iş akdini geçerli olarak feshetmesine olanak bulunmayan işverenin işçinin iki hatta üç yıl öncesinde gerçekleşmiş

⁴⁴ Federal İş Mahkemesi, söz konusu olayda sonuç olarak feshin haklı ve/veya geçerli bir nedene dayanmadığı, işverenin fesihden önce işçiye uyarı vermesi gerektiği, bu nedenle feshin sosyal bakımından haksız olduğu sonucuna ulaşmıştır (**BAG**, 10.6.2010 - 2 AZR 541/09, NJW 2011, s. 167).

⁴⁵ Yargıtay'a göre "...Kuşkusuz hiçbir kimse sürekli olarak hatasız çalışamaz. Bu sebeple, bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmet, iş sözleşmesini fesih hakkı vermez. Özellikle bir işçiden yapması beklenebilecek ortalama üretim veya hizmet hatası iş sözleşmesinin fesih nedeni olamaz. Ancak, bir işçiden yapması beklenebilecek hata payının, bir başka anlatımla tolerans sınırının üstünde hatalı bir üretim veya hizmet, iş sözleşmesinin feshi açısından önem arz edebilir..." (9. HD. 31.03.2008 2007/29966 E. 2008/7020 K., Çalışma ve Toplum, S. 18, s. 243).

vakıalara fesih nedeni olarak dayanmasına da izin verilemez. Zira, etkisizleşmenin aynı zamanda hukuki güvenliğin korunması işlevi dikkate alındığında işçiye çok önce verilmiş yazılı ihtarların daha sonra yapılacak bir fesihte olumsuz tahminin gerçekleştiğinin objektif temelini oluşturmalarına izin verilmesi işçinin sürekli biçimde geçmiş hatalarının tehdidi altında iş görme edimini yerine getirmesine yol açar. Bu durum, işverenin işçiyi gözetme borcu ile uyumlu olmadığı gibi işçinin kişilik haklarına dolaylı müdahale teşkil eder.

4857 sayılı İş Kanununda, işveren tarafından 75. madde uyarınca tutulan özlük dosyasında mevcut ihtarların belirli bir süre geçtikten sonra işçinin talebi üzerine dosyadan çıkarılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de bazı toplu iş sözleşmelerinde işçiye bir önceki dönem toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde verilen disiplin cezalarının sicil dosyalarından çıkarılacağına ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Bu suretle, bizzat toplu iş sözleşmesi normuyla işverenin önceki dönemde vermiş olduğu ihtarların olumsuz varsayımına dayanak teşkil etmesi engellenmektedir. Bu ihtimalde, eski ihtarların işverence açıklanan bir feshin denetiminde dikkate alınamamasının hukuki dayanağı etkisizleşme kurumu değil bizzat toplu sözleşme normu olmaktadır.

2. Makul Süre Kavramı

4857 sayılı İş Kanununun 18. Maddesinde, iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçilerin iş sözleşmesinin feshinden geçerli nedene dayandırılması zorunluluğu benimsenmiş ancak geçerli nedenin doğması halinde işverenin fesih hakkını kullanması gereken süreye ilişkin açık bir düzenleme getirilmemiştir. Bu hususta Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesinde⁴⁶ de işverenin fesih hakkını kullanabileceği süreye ilişkin bir hükme yer verilmemiş; sadece işçinin hizmet ilişkisine son verme işlemine karşı makul bir süre içinde itirazda bulunmamış olması halinde hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılacağı benimsenmiştir. 158 sayılı ILO Sözleşmesindeki bu eksiklik, 01.06.1982 tarihinde kabul edilen 166 sayılı Tavsiye'de giderilmiştir. Söz konusu Tavsiye'ye göre, işveren işçinin sözleşmeye aykırı

⁴⁶ RG.18.06.1994- S. 21964.

kusurlu davranışını öğrendikten sonra makul bir süre içinde sözleşmeyi fesih hakkını kullanmamış ise fesih hakkından feragat etmiş addolunmalıdır (m.10).

Türk İş Hukuku öğretisinde, Tavsiye hükmüne uygun olarak makul sürenin gözönünde bulundurulması gerektiği benimsenmekte⁴⁷; geçerli fesih sebepleri ile bunlara ilişkin uygulamaların değişkenliği ve özellikleri karşısında Kanuna 26. maddedeki gibi hak düşürücü kesin bir sürenin konulmamış olmasının isabetli olduğu⁴⁸, geçerli nedenin mevcudiyetine rağmen işverenin fesih hakkını uzunca bir süre geçtikten sonra kullanmış olması veya geçerli nedenin artık mevcut olmadığı uzunca bir süre sonra kullanılmış olması halinde feshin geçerli olduğunu söylemenin, hukukta istikrar ve güven prensibi bakımından doğru olmadığı ve işçi üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmasına yol açacağı⁴⁹ vurgulanmaktadır. Bu konudaki diğer bir görüşe göre, işverenin geçerli nedenle fesihlerinde 26. maddede öngörülen hak düşürücü sürelerin işlemesi düşünülemez ise de, geçerli nedene dayalı fesih beyanının da yenilik doğurucu bir hak olması itibarıyla bir *hak düşürücü süreye* tabi tutulması kaçınılmazdır⁵⁰. Ancak, yasada bir hakkın yitirilmesi için açıkça ve ayrıca hak düşürücü süre öngörülmedikçe, o hakkın hak düşürücü süre nedeniyle kullanılamayacağı ileri sürülmesi metodik açıdan isabetli sayılamaz. Böyle bir durumda olsa olsa hakkın etkisizleşmesinden söz edilebilir⁵¹.

Öğretiye göre, etkisizleşmenin süre unsurunun somut olayın özellikleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Özellikle davranış ve yeterlilik nedeni

⁴⁷ **Soyer**, s. 56; **Çelik**, s. 254; **Aktay**, Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen-Kaplan**, E. Tuncay, İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2011, s. 169; **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s. 926; **Süzek**, s. 614; **Baycık**, s. 435; **Manav**, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2009, s. 155.

⁴⁸ **Çelik**, s. 254.

⁴⁹ **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s. 926; **Avcı**, Mustafa, Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre, Sicil, Mart 2007, S. 5, s. 92.

⁵⁰ **Kar**, s. 289.

⁵¹ **Soyer**, s. 56. Yazara göre, işveren süregelen tutumuyla işçide feshe başvurmayacağı yönünde haklı bir güven uyandırmış ise artık bu güvene üstünlük tanımak gerekecektir. Aksi yöndeki davranış çelişkili davranış sayılacağından hakkın etkisizleşmesi nedeniyle fesih geçersiz sayılacaktır.

ile fesih, fesih hakkının işverence kullanıldığı esnada işçinin feshe konu edilen davranışı işyerinde olumsuzluklara neden olmaya devam etmiş ve iş ilişkisinin devamı bakımından geçerli nedenler etkisini yitirmemiş ise makul sürenin geçmediğinin kabulü gerekir⁵². Belirtmek gerekir ki, bu görüşte ileri sürülen feshe neden olan olayların devam etmesi olgusu mevcut ise işverenin fesih hakkının etkisizleşmesi ihtimali kural olarak söz konusu değildir. Zira, sürekli olarak iş sözleşmesini kusurlu olarak ihlal eden bir işçi, işverenin o ana kadar fesih hakkını kullanmadığı gerekçesiyle iş akdinin artık feshedilmeyeceği yönünde kendisinde hukuken korunmaya değer bir güven uyandırıldığını iddia edemez. Başka bir söyleyiş ile işveren işçinin geçerli neden ağırlığındaki akde aykırı her ihlali nedeniyle iş akdinin feshi yoluna gidebilir.

Etkisizleşme bakımından önem taşıyan süre unsuru bakımından genellikle işverenin “makul süre” içinde hakkını kullanmamasının etkisizleşmeye yol açtığı ileri sürülmekle birlikte makul süreden somut olarak anlaşılması gereken süre, etkisizleşmeye konu olan hakkın niteliğine göre değişir. Söz gelimi, işverenin işçiyi nakil yetkisi söz konusu olduğunda öğretide 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 343. maddesinde (6098 sayılı TBK m.430/f.3) öngörülen azami 10 yıllık sürenin esas alınabileceği savunulmaktadır⁵³. Bu uzunlukta bir süre fesih hakkının niteliği ile kuşkusuz bağdaşmaz. Yargıtay’a göre, “geçerli fesih nedeni” bulunması halinde işverenin eylemi öğrendikten sonra makul süre içinde kullanmış olması yeterlidir⁵⁴. Ancak, işverenin altı günlük hak düşürücü süre içinde iş akdini haklı nedenle feshetmemiş olması feshi haksız kılsa dahi geçersiz kılmaz⁵⁵. Başka bir

⁵² **Kar**, s. 289. Benzer görüşte olan Baycık da, makul süreden anlaşılması gereken sürenin, feshe dayanak oluşturan maddi vakianın, iş sözleşmesinin geçerli olarak sona erdirilebilmesi için geçerli neden niteliği taşıdığı süre olduğunu kabul etmektedir (**Baycık**, s. 435).

⁵³ **Alp**, s. 412.

⁵⁴ **9. HD**. 12.09.2005 E.2005/24429 K.2005/29361 (**Kar**, s. 292).

⁵⁵ “...Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu nedenlerle fesih hakkının hak düşürücü süre içerisinde kullanılmaması, feshin geçerli nedenlerle yapılmadığı anlamına gelmez. Başka bir anlatımla, 6 günlük hak düşürücü süre içinde fesih hakkı kullanılmadığı takdirde fesih haksız hale gelir, ancak geçersiz hale gelmez...” (**9. HD**. 31.01.2005 E.2004/17355 K.2005/2619, **Kar**, s. 293).

uyuşmazlıkta verilen kararda ise makul sürenin geçip geçmediğine ilişkin olarak şu esas benimsenmiştir: “özellikle davranış ve yeterlilik nedeni ile fesihte, fesih hakkını kullandığı anda işçinin feshe konu edilen davranışı işyerinde olumsuzluklara neden olmaya devam ediyor ve işyerinde iş ilişkisinin devamını etkiliyorsa, kısaca işçinin davranışı veya diğer geçerli nedenler etkisini yitirmemiş ise makul sürenin geçmediğinin kabulü gerekir”⁵⁶.

Kanımızca, makul süreye verilecek anlam somutlaştırılırken, objektif hüküm veren bir işverenin bakış açısı esas alınarak hayatın olağan akışı içinde aynı durumdaki bir işverenin mutad olarak ortalama olarak ne uzunluktaki bir sürede iş sözleşmesinin akıbeti hakkında nihai bir karar verebileceğinin esas alınması gerekir. Bu noktada fesih hakkının daha kısa veya daha uzun bir sürede kullanılmasını haklı kılan sebepler⁵⁷ söz konusu olmadıkça 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde düzenlenmiş olan önellere hareket edilerek makul bir süre belirlenebilir. Buna göre, yasa da öngörülen en uzun ihbar öneli olan sekiz hafta içerisinde işveren öneli fesih hakkını kullanmamış ve davranışlarıyla iş sözleşmesinin söz konusu geçerli nedenin varlığına rağmen devam edeceği yolunda işçide kanaat uyandırmış ise artık söz konusu vakiya dayalı iş akdini fesih hakkının etkisizleştiğinin kabulü uygun olur. Sekiz haftalık süre, işveren bakımından geçerli fesih sebebi teşkil ettiği ileri sürülen durum ve davranışın değerlendirilmesi bakımından işverene ihtiyaç duyacağı süreyi sağladığı gibi daha kısa sürede karar verilmesinin istenmesi halinde işçinin eksik ve hatalı bir değerlendiril-

⁵⁶ **9. HD.** 27.04.2009 E.2008/25629 K.2009/11669 (**Kar.**, s. 298). Aynı yönde **9. HD.** 29.06.2009 E.2008/34110 K. 2009/18279). Yüksek Mahkemeye göre, sık sık rapor alan işçinin son rapordan sonra üç ay süreyle çalışmış olması nedeniyle rapor alma davranışı etkisini yitirmiş, makul süre geçmiştir (**9. HD.** 19.10.2009 E.2009/20652 K.2009/27683).

⁵⁷ Avcı'ya göre, her iki tarafın menfaatini dengeleyecek adil bir süreyi tespit etmekte güçlükler bulunmakla birlikte her somut olayda, işçinin işyerindeki çalışma süresi, geçerli fesih nedeninin işin yürütümü ve işyerinde yol açtığı olumsuzluklara etki süresi, tüm yönleri ve sonuçlarıyla ortaya çıkma süreci, olayın vuku bulmasından sonrasında işverenin tutum ve davranışları, aynı veya benzer mahiyetteki davranışların tekrarlanma durumu gibi hususlar dikkate alınarak makul süre belirlenmelidir (**Avcı**, s. 93). Ne var ki yazarın makul sürenin belirlenmesine esas aldığı hususların önemli bir kısmı akde aykırı davranışın geçerli neden sayılıp sayılmayacağına ilişkin değerlendirmeye esas alınabilecek ölçütlerdir.

dirmeye dayalı olarak işini kaybetmesi riskini engelleyerek işçinin menfaatlerini de korumaktadır. Bu süre içinde iş akdinin feshine ilişkin bir irade açıklamasında bulunmayan işveren bakımından fesih hakkının tükenmiş sayılması çıkarlar dengesine uygundur.

Yargıtay'a intikal eden bir uyuşmazlıkta, Yüksek Mahkeme, feshine konu olan olayın dört ay önce meydana gelmiş olmasını ve işçiden üç ay önce savunmasının alınmış olmasını dikkate alarak, feshin dürüstlük kuralına aykırı biçimde, objektif ve hakkaniyete uygun bir sürede kullanılmadığı gerekçesiyle geçersiz olduğuna karar vermiştir⁵⁸. Diğer bir kararda, Yüksek Mahkeme, davacı işçinin iş akdinin 29.11.2006 tarihinde feshedildiği uyuşmazlık konusu olayda, işverence feshine konu edilen internet görüşmelerinin altı ay öncesine ait olduğunu, davacının internet yolu ile özel görüşmelerinin mesaisini etkilediği kabul edilse dahi fesih için makul sürenin geçtiğini vurgulamıştır⁵⁹. Böylece Yüksek Mahkeme'nin de geçerli nedenin doğmasında üç ay ve daha fazla bir süre geçmiş olması halinde fesih hakkının etkisizleştiğini kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Nihayet Alman Federal İş Mahkemesi'ne intikal eden bir uyuşmazlık bu hususta geçerli temel prensipleri tespit etmek bakımından önem taşımaktadır. Karar konusu olayda, 1.1.1977 tarihinden beri bir kumarhane işletmesinde krupiyer olarak çalışan davacı işçi hakkında iş arkadaşı S tarafından salon şefine 18.12.1998 tarihinde yapılan ihbarda davacı işçinin bir kumar müşterisine sakladığı jetonları gizlice verdiği yolunda ihbarda bulunulmuştur. Davacının da amiri olan salon şefi tarafından işverene yapılan bildirimde davacının kamera ile izlenmesi talep edilmiş ise de kamera kayıtlarının izlenmesi sonuçsuz kalmıştır. 29.5.2000 tarihinde davacı işçi 21:15-21:30 saatleri arasında salon şefi görevini üstlenmiş ve bu esnada iki defa yerine terk etmiştir. Bu terk edişler esnasında bir başka krupiyerin kumarhane müşterisine gizlice jeton verdiği ortaya çıkmıştır. İşveren davacı işçinin görev yerini terk etmek suretiyle bu jeton manipülasyonuna iştirak ettiğini iddia etmiştir. İşveren tarafından aynı akşam görevli olan işçinin ifadesi alındıktan sonra davacı hakkındaki işten el çektirme kararı kaldırılmıştır. Bu

⁵⁸ **9. HD.** 02.10.2006 E.2006/17797 K. 2006/25426 (Avcı'nın incelemesi ile Sicil, 5, s. 90-93).

⁵⁹ **9. HD.** 10.11.2008 E.2008/3699 K.2008/30555 (**Kar.**, s. 295).

arada davacı işçi hakkında ihbarda bulunan işçi S 18.12.1998 tarihinde gerçekleşen eylem hakkında işverene ifade vermeye hazır olduğunu bildirmiştir. İşveren 22.6.2000 tarihli bildirim ile İşyeri Kurulu'na davacının iş akdinin olağanüstü fesih ile sona erdirilmesi hususunda dinlemek için çağrıda bulunmuştur. Davacı işçi, kendisine yöneltilen suçlamaları kabul etmemiş ve hiçbir zaman jeton yolsuzluğu yapmadığını veya böyle bir yolsuzluğa iştirak etmediğini savunmuş; 18.12.1998 tarihli olayı ise hatırlayamadığını beyan etmiştir. İşveren davacının iş sözleşmesini 29.6.2000 tarihinde 31.10.2000 tarihi için önelli olarak feshettiğini bildirmiştir. İş mahkemesi davayı kabul etmiştir. Berlin Eyalet Mahkemesi işverenin önelli fesih ile sınırlı istinaf başvurusunu geri çevirmiştir. Temyiz üzerine davayı ele alan Yüksek Mahkeme, Alman Medeni Kanununun 626. paragrafında yer alan 2 haftalık hak düşürücü sürenin sadece bu madde kapsamında açıklanacak olağanüstü fesihler bakımından uygulama alanı bulabileceğine işaret etmiş; hak düşürücü sürenin kaçırılmış olması halinde olağanüstü feshe dayanak yapılan olgunun işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih için geçerli neden olarak değerlendirmeye alınabileceğini, zira Alman Medeni Kanununun 626. maddesinde yer alan hak düşürücü sürenin önelli fesih bakımından söz konusu olamayacağını, önelli fesih hakkı bakımından sadece etkisizleşmeye ilişkin genel prensiplerin geçerli olacağını vurgulamıştır⁶⁰.

Alman Federal İş Mahkemesine göre, işverenin önelli fesih hakkının etkisizleştiğinin kabul edilebilmesi için işverenin feshe dayanak teşkil edebilecek olayı öğrendikten sonra feshin mümkün ve beklenebilir (öngörülebilir) olmasına rağmen uzunca bir süre hareketsiz kalmış olması ve işverenin bu tutumunun işçide iş akdinin sürdürüleceği konusunda bir güven yaratmış olması gerekir. Bu güvenin yaratılmasından sonra iş akdinin feshi hakkın geçerli olmayan kullanımı oluşturur ve giderek doğruluk ve güven kuralına aykırılık nedeniyle fesih işlemi geçersiz sayılır. Yukarıda incelenen somut olayda, davacı işçinin işverenin fesih niyetinden özellikle işverence kendisi hakkında yürütülen soruşturmada haberi bulunmamaktadır. Bu nedenle işverence işçiye iş vermeye devam edilmiş olması 18.12.1998

⁶⁰ BAG, 15.08.2002 -2 AZR 514/01 (Berlin Eyalet Mahkemesi 11.07.2011 17 Sa 293/01), NZA 2003, s. 795.

tarihinde meydana gelen olay bakımından fesih hakkının kullanılmayacağı yönünde haklı bir güven oluşturmaz. Daha genel olarak ifade etmek gerekirse, belli bir yükümlülüğün ihlali veya belirli bir davranış nedeniyle sözleşmenin karşı tarafının fesih hakkı bakımından hiçbir şekilde bilgisi bulunmayan taraf, böyle bir yenilik doğuran hakkın kullanılmayacağını genel olarak temenni edebilirse de bu hakkın kullanılmayacağına ilişkin somut bir güven yaratıldığını iddia edemez⁶¹. Feshin” sosyal bakımından haksız” olup olmadığı bakımından yapılan incelemede, Yüksek Mahkeme, davacı işçiye isnat edilen jeton yolsuzluğu fiilinin kumarhane işletmecisi işveren bakımından taraflar arasında bulunması gereken güveni ortadan kaldıran ve işveren bakımından iş akdine devamı imkansız kılacak ağırlıkta bir sözleşme ihlali olarak vasıflandırmıştır. Öyle ki, bu durumda işçinin önceden uyarılması dahi işverenden beklenmemektedir. Ne var ki, işverenin bir fesih sebebinin uzunca bir süre adeta “stok”ta saklayıp kendisi için en uygun olabileceğini düşündüğü zamanda ileri sürmesine izin vermek ve o ana kadar ihtilafsız ve herhangi bir ihlal olmaksızın sürdürüle gelmiş iş ilişkisini dilediği an feshedebileceğini kabul etmek Federal Alman Anayasasının 12. maddesi (1982 Anayasası m.48) ile bağdaşmaz ve etkisizleşmeye ilişkin olarak yukarıda açıklanan esaslar ile de çelişir. Dolayısıyla, olağanüstü fesih hakkından farklı olarak geçerli nedene dayanan olağan (önelli) fesih hakkı bakımından bir hak düşürücü süre söz konusu olmasa bile, feshedilene dayanak yapılabilecek bir olgu zamanın geçmesiyle iş akdinin feshi bakımından taşıdığı önemi yitirebilir; yani fesih sosyal bakımından haksız sayılabilir. Bu suretle işçiye sağlanan koruma ölçülülük ilkesi ile değil etkisizleşmeye ilişkin esaslar sayesinde hayata geçmektedir⁶².

İşçinin eyleminin geçerli neden ağırlığında bir davranış sayılıp sayılmayacağını tespiti bir soruşturmayı gerektirmekte ise, soruşturmanın

⁶¹ BAG, 15.08.2002 -2 AZR 514/01 (Berlin Eyalet Mahkemesi 11.07.2011 17 Sa 293/01), NZA 2003, s. 795.

⁶² BAG, 28.4.1994, 8 AZR 157/93, BAGE 76, 334 = NZA 1995, S. 169. Anılan kararda Yüksek Mahkeme, Demokratik Alman Cumhuriyetinde gizli servis teşkilatında görevli olan davacının Birleşme Anlaşmasından sonra bu görevi hakkında işverene bilgi vermesinden sonra istihdam edilmeye devam edildiğini ve feshin geciktirildiğini, bu durum karşısında etkisizleşmenin diğer koşullarının araştırılmasına gerek olmaksızın işverenin fesih hakkının etkisizleştiğini içtihat etmiştir.

devam ettiği süre boyunca fesih hakkının kullanılmamış olması nedeniyle fesih hakkının etkisizleştiği ileri sürülemeyecektir⁶³. Zira, akılcı hareket eden bir işveren feshi müteakip açılacak işe iade davasını kazanma şansını tartacaktır. İşe iade davasında geçerli nedene dayandığı kanıtlanamayacak olan bir feshi açıklamanın hiçbir anlamı bulunmamaktadır. İşveren bir şüphe feshi açıklamakla yükümlü kılınmayacağına göre işçi hakkında başkaca araştırmalara devam ederek feshin somut olarak dayandırılabilceği vakıalara kesin olarak ulaşabileceği tarihe kadar bekleyebilir⁶⁴.

Bu çerçevede işverence işçiye disiplin soruşturması sırasında geçici olarak işten el çektirilmiş ise yahut işçinin çalıştığı işyeri değiştirilmiş ise işçinin kendisine uygulanan bu disiplin tedbirleri nedeniyle işverence fesih hakkının kullanılmayacağı ileri sürülemez. Buna karşılık, işverence işçinin eyleminin affedilmiş olduğuna ilişkin olarak irade beyanında bulunulmuş ise bu vakıa nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmeyeceği yolunda işçide bir güven uyandırıldığı kabulü gerekir. İşçiye yeni bir görev verilmiş hatta terfi ettirilmiş olması durumunda böyle bir güvenin uyandırılmış olduğunu evleviyetle kabul etmek uygun olur⁶⁵.

Burada tartışılabilir olan bir diğer durum, geçerli neden teşkil edebilecek bir durum şahsında gerçekleşen yahut sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunan işçinin, olgunun veya davranışın gerçekleşmesinin üstünden belli bir süre geçtikten sonra söz konusu vakıa nedeniyle iş sözleşmesinin sürekliliğine etki edebilecek bir disiplin işleminin kendisi hakkında uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin olarak işverene süre vermiş olmasıdır⁶⁶. İşverenin önelli fesih hakkı yasa da hak düşürücü süreye tabi tutulmadığından işçi tarafından işverene böyle bir süre tanınmasına hukuken

⁶³ “...Dosyada mevcut bilgi ve belgelere göre yapılan soruşturma ve davacının savunmasına göre, işverenin makul sürede hizmet akdini geçerli bir nedene dayanarak feshettiği anlaşılmiş olmasına göre davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır...” (9. HD. 12.09.2005 E.2005/24429 K.2005/29361 (Kar, s. 292)).

⁶⁴ BAG, 29.07.1993 - 2 AZR 90/93, NZA 1994, s. 171.

⁶⁵ Baycık, s. 435.

⁶⁶ Belirtmek gerekir ki, işçinin işverene böyle bir süre tanınması dolaylı olarak feshin dayandırılacağı geçerli nedene ilişkin vakıaların işçi tarafından yazılı biçimde ikrar edilmesi sonucuna yol açabilir. Bu itibarla, işçinin işverene süre tanırken kullanacağı ifadeleri belirlerken kendi aleyhine delil teşkil etmemesine özen göstermesi gerekir.

engel bulunmamaktadır⁶⁷. Böyle bir süre tanıma işlemine muhatap olan işveren kendisine yapılan bildirimde tanınan süre içinde hareketsiz kalmış ise bu durumda, işçide artık iş akdinin feshedilmeyeceği konusunda bir güven uyandırıldığı düşünülebilir. İşçi, iş akdinin işverence daha sonra feshedilmek istenmesi halinde, işverenin kendisine tanınan sürede tümüyle hareketsiz kalması nedeniyle fesih hakkının etkisizleştiği iddiasında bulunabilecektir. Buna karşılık, işveren söz konusu bildirimde tanınan süre içinde işçi hakkında bir disiplin soruşturmasına başlamış yahut başlanacağını işçiye bildirmiş ise veya bu davranış nedeniyle fesih hakkını saklı tuttuğunu beyan etmiş ise burada işçide hukuken korunmaya değer bir güven oluştuğu kabul edilemeyecek ve fesih hakkının etkisizleştiği bu aşamada söylenemeyecektir.

3. İşletme Gereklarine Dayanan Fesihlerde Etkisizleşme Sorunu

İşyeri ve işletme gereklerine dayanan fesihlerde etkisizleşmenin söz konusu olup olmayacağı ayrıca incelenmelidir. Bilindiği üzere, işletme gereklerine dayanan fesihte, işyeri içinden veya işyeri dışından kaynaklanan nedenlere bağlı olarak işyerinde çalışan işçilerin yerine getirdikleri görevler kısmen dahi olsa özdeşliğini süreklilik arz edecek şekilde yitirmekte ve bunun sonucunda işyerinde istihdam fazlalığı doğmaktadır⁶⁸. İşveren, işyerindeki fiili işgücünü iş hacminin gerektirdiği işçi sayısı ile uyumlu hale getirmek için istihdam fazlası haline gelmiş olan işçileri son çare olarak işten çıkarmaktadır. İşçinin işe yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenden farklı olarak burada fesih sebebi işverene ve onun işletmesine ilişkindir. Ancak bu durumda dahi işverenin sırf işletme gereği bir kez doğduğu için iş akdini dilediği zaman feshedebileceği sonucuna varılamaz. Söz gelimi, yasaya uygun bir alt işverenlik uygulamasına gidildiği için kurucu işveren kararına dayalı olarak işletmede asıl işveren işçisi olarak çalışan işçiler istihdam fazlası haline gelmiş olabilirler. Bu durumda dahi iş sözleşmesinin feshinin alt işverenlik uygulamasına fiilen geçilmesini

⁶⁷ Yasada öngörülmemiş olmakla birlikte işverenin iş güvencesi kapsamındaki bir iş sözleşmesini geçerli nedene dayalı olarak fesih hakkı için bir hak düşürücü süre öngörülmüş ise işçinin işverene süre tanıma yolunu kullanması mümkün değildir.

⁶⁸ Engin, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere Nedeni ile Feshi, İstanbul, 2003, s. 35-37; Güzel, s. 62-63; Ulucan, s. 60-61; Süzek, s. 603.

müteakip makul bir süre içinde gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi halde, fesih tarihinden çok önce gerçekleştirilen alt işverenlik uygulaması nedeniyle işçinin işyerinde istihdam fazlası haline geldiği kabul edilemeyecektir. Zira, işveren alt işverene verdiği taşımacılık işinde istihdam ettiği şoför işçileri alt işverenlik uygulamasına başlanmasından altı ay sonra işten çıkarma kararı almışsa bu ihtimalde işçinin alt işverene verilen işinin özdeşliğini yitirmesinden sonra akdin feshedildiği tarihe kadar işyerinde fiilen nasıl istihdam edildiğinin araştırılması ve akdin feshedildiği tarihte yaptığı iş bakımından işgücü fazlası haline gelip gelmediğinin araştırılarak sonuca gidilmesi gerekir. Basiretli bir işadamı gibi hareket etmekle yükümlü olan işverenin ücret ödeme borcu ile sinalagmatik ilişki içinde olan işçinin iş görme ediminden yararlanmaksızın kendi edimini yerine getirmeye devam etmesi iş hayatında pek rastlanılacak bir durum değildir. Bu durumda, alt işverenlik ilişkisinin kurulmasından sonra işçinin iş tanımının değiştiği kabul edilebilecektir. Dolayısıyla, feshin geçerlilik denetimi bakımından işin alt işverene verilmiş olup olmaması önem taşımayacaktır. Elbette kamu işyerlerinde görüldüğü üzere işçinin emekliliğine hak kazanacağı tarihe kadar işçinin işyerinde istihdamına devam edilmiş olması da mümkündür. Bu tür istisnai durumlarda iş akdinin fesih tarihinin ileri bir tarih olarak belirlenmesi halinde bu durum feshin geçerli alt işverenlik uygulamasından doğan geçerli nedene dayandığını değiştirmeyecektir. Benzer şekilde, alt işveren işçilerinin işyerinin koşullarını öğrenmeleri, uyum sağlamaları gibi nedenlerle asıl işveren işçilerinin bir süre daha işyerinde çalışmaya devam etmeleri halinde feshin alt işverenlik uygulamasından doğan geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir. Bu hususta azami bir sürenin önceden söylenmesi mümkün olmayacağından her somut olayda ayrıca değerlendirme yapılmalıdır.

SONUÇ

Hukuk düzeninde bir hakkın (yetkinin) kullanımı, zamanaşımı süresi yahut hak düşürücü süreye tabi tutulmamış ise muhatabın hakkın kullanılıp kullanılmayacağı, kullanılacak ise ne zaman kullanılacağı hususlarında içinde bulunduğu belirsizlik halinden kurtarılması gerekir. Böyle bir belirsizlikten muhatabın kurtarılmasının iki yolu bulunmaktadır: “Süre tayin etme” ve “etkisizleşme”.

Doğmuş (mevcut) bir hakkın etkisizleştiğinin kabul edilebilmesi için hak sahibi hakkını uzunca sayılabilecek bir süre içinde kullanmamış olmalı, hak sahibinin hakkını uzunca süre kullanmamış olması muhatapta hakkın kesin olarak kullanılmayacağı yönünde hukuken korunmaya değer bir güven uyandırmış olmalı, nihayet muhatabından hakkın içerdiği yükümlülüğe uygun hareket etmesinin (yükümlülüğe uymasının) artık beklenemez olarak kabul edilebilmelidir.

4857 sayılı İş Kanununun 26. maddesinde, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeniyle yapılacak bildirimsiz fesih hakkı bakımından hak düşürücü süre açıkça ve ayrıca öngörülmüş olduğundan bu sürelerin geçmesiyle hak kanun gereği etkisizleşmektedir. Dolayısıyla, açık yasal düzenlemenin mevcudiyeti karşısından “etkisizleşme” kurumuna başvurmaya kural olarak ihtiyaç bulunmamaktadır. Buna karşılık, İş Kanununun 18. Maddesi uyarınca işverenin bildirimli fesih hakkını geçerli nedene dayandırması gereken durumlarda fesih hakkının hangi süre içerisinde kullanılabileceğine ilişkin bir sınırlama yer almamaktadır. Yasada bu konuda bir süre düzenlemesine yer verilmemiş olması işverenin fesih hakkının ilanihaye kullanılabileceği anlamına gelmemektedir. İşveren, fesih hakkını makul süre içinde kullanmalıdır. Makul süreye verilecek anlam somutlaştırılırken, objektif hüküm veren bir işverenin bakış açısı esas alınarak hayatın olağan akışı içinde aynı durumdaki bir işverenin mutad olarak ortalama hangi uzunluktaki bir sürede iş sözleşmesinin akıbeti hakkında nihai bir karar verebileceğinin esas alınması gerekir. Bu noktada fesih hakkının daha kısa veya daha uzun bir sürede kullanılmasını haklı kılan sebepler söz konusu olmadıkça, İş Kanununun 17. maddesinde yer alan düzenlenmiş olan sekiz haftalık en uzun önel süresinden hareket edilerek makul bir süre benimsenenebilir.

Kaynakça

- Adam**, F. Roman, Grundfragen der Abmahnung im Arbeitverhaeltnis, AuR 2001/2.
- Aktay**, Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen-Kaplan**, E. Tuncay, İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2011.
- Akyol**, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995.
- Alp**, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005.
- Avcı**, Mustafa, Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre, Sicil, Mart 2007, S. 5.
- Baycık**, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2011.
- Berkowsky**, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht 3. Auflage 2009.
- Birben**, Erhan, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2006.
- Brill**, Werner, Verwirkung und Wirkungslosigkeit von Abmahnungen, NZA 1985.
- Buz**, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Çelik**, Nuri, İş Güvencesi, İstanbul, 2003.
- Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Baskı, İstanbul, 2011.
- Ekonomi**, Münir, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart Eki/2003.
- Engin**, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri Nedeni ile Feshi, İstanbul, 2003.
- Falkenberg**, Rolf-Dieter, Die Abmahnung, NZA 1988/14.
- Güler**, Mikdat, Ücretin Belirlenmesi ve Değiştirilmesi Yöntemlerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Kamu-İş; C.7, S. 3/2004.
- Güzel**, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005.
- Kar**, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, 2011.

- Linck**, Ulrich, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Auflage 2013.
- Manav**, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2009.
- Moll**, Ulrich, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage 2012.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2012.
- Narmanlıoğlu**, Ünal, İş Hukuku I (Ferdî İş İlişkileri), 4. Baskı, İstanbul 2012.
- Preis**, Ulrich, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, Köln, 1987.
- Preis**, Ulrich, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 4. Auflage 2012.
- Rewolle**, Hans-Dietrich, Die Abmahnung im Arbeitsverhältnis, DB 1976.
- Rolfs**, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Stand: 01.09.2013
- Saymen**, Ferit H, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954.
- Schaub**, Günter, Die Abmahnung als zusätzliche Kündigungsvoraussetzung, NZA 1997.
- Soyer**, Polat, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, içinde: İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005.
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, 2013.
- Süzek**, Sarper, İşyeri Uygulamaları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997.
- Tunçomağ**, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul, 2013.
- Ulucan**, Devrim, İş Güvencesi, İstanbul, 2003.