

## BORÇLAR KANUNU VE İŞ MEVZUATI AÇISINDAN İŞİ KABULDEN KAÇINMA

*Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ*  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1. *Genel Olarak.* Bu yazımızda hizmet (iş) sözleşmesinde<sup>1</sup> işverenin işi kabulden kaçınmasının, değişik bir söyleyişle, alacaklı temerrüdüne düşmesinin şartları ve hükümleri üzerinde duracağız. Ancak hizmet (iş) sözleşmesinde işverenin işi kabulden kaçınması halini düzenleyen hükümler Borçlar Kanunundan başka iş mevzuatında da buldukları için, bu hükümlerden her birini ayrı ayrı incelemeyi uygun bulduk. Sonra aşağıdaki açıklamalarımızda hizmet (iş) sözleşmesini ihbar sürelerine uymadan feshi ihbar eden veya haldı bir sebep bulunmadığı halde fesheden işverenin durumuna ayrı bir yer ayırdık. Çünkü bu hallerin işverenin iş vermekten kaçınması (alacaklı temerrüdü) kavramı içine girip girmediği tartışmalı bulunan konulardandır. Diğer taraftan, dokunduğumuz meseleler hakkındaki Yargıtayın görüşünü tesbit edebilmek için, Yüksek Mahkememizin kararlarını da taradık ve bulabildiklerimizi yazımızda gösterdik. Fakat bütün bunlara rağmen, yazımızı bir konferans için hazırladığımız için, açıklamalarımızda fazla tahsilâta girmekten de dikkatle kaçındık.

2. *Borçlar Kanunu Açısından İş Kabulden Kaçınma, Haksız Feshi İhbar ve Haksız Fesih.*

2.1. *İş Kabulden Kaçınma (Alacaklı Temerrüdü).*

2.1.1. *İş Kabulden Kaçınmanın Şartları.* İşverenin işi kabulden kaçınması halini düzenleyen Borçlar Kanunumuzun 325. maddesini inceler-

1) Hizmet akdi (sözleşmesi) terimi ile iş akdi (sözleşmesi) terimi farklı sözleşmelere değil, fakat aynı sözleşmeye işaret eder. Bu konuda var olan tereddüt (bk. K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt II, Özel Borç İlişkileri "Akdi Muhtelif Nev'ileri", İstanbul 1967, 326), yeni iş mevzuatı, özellikle yeni Deniz İş K. ve yeni İş Kanununda hizmet akdi (sözleşmesi) teriminin kullanılması ile ortadan kalkmış sayılmalıdır.

ken, alacaklı temerrüdü ile ilgili genel esaslar, yani BK. 91 vd. üzerinde de durma zorunluluğu vardır. Buna göre, işverenin iş vermektan kaçınmış (alacaklı temerrüdüne düşmüş) sayılabilmesi için gerekli şartlar şunlardır.

2.1.1.1. *İşin (İfanan) Teklifi*. Birinci şart, işçinin sözleşme ile yüklendiği işin ifasını teklif etmesidir. Değişik bir söyleyişle, işçi kararlaştırılmış işi ila yerinde ve zamanında şahsan ifaya hazır olmalıdır. Kaide olarak, ifa teklifinin fiilen yapılması gereklidir ve buna *fiili arz* adı verilir<sup>2</sup>. O halde işçi işyerine aletleri ile birlikte gelmeli, işe başlamalı; kısacası, işverene sadece işin kabulü kalacak surette davranmalıdır. Fakat işin görülebilmesi veya işe başlanabilmesi için işverenin bazı hazırlıklarda bulunması veya birlikte çalışması gerekli ise o zaman *sözle arz* da (yani, ifaya hazır bulunduğunu bildirme de) yetişir. Hiç kuşkusuz, sözle arz sadece işin işverenin katılması olmadan yapılamayacak kısımları için yetişir; yoksa bu nitelikte bulunmayan kısımlar için fiili arz mutlaka gereklidir. Şu halde, işveren iş yerini kapatır, ham madde veya âlet vermez, iş göstermez, işin yapılması için gerekli talimatını vermektan kaçınırsa, sadece sözlü arz da yetiştir. Ancak bu gibi hallerde işverenin temerrüde düşmüş sayılabilmesi için, işçinin işverenden hazırlık fiillerinde bulunmasını; meselâ, ham madde veya âlet vermesini istemesi gereklidir; zira ancak bu durumda ifayı kabulden kaçınmanın varlığı kabul edilebilir. Hatta işveren işçiyi işinden atmak, işyerini kapamak gibi fiillerle işi kabulden kaçınma durumuna girmişse, o zaman işçinin işini yapmaya hazır ve muktedir olduğunu bir kere bildirmesi de yetişir; her sabah iş yerine gidip işe hazır olduğunu tekrarlaması gerekmez. Bu gibi durumlarda işçinin, işe tekrar başlaması isteneceği ana kadar beklemeğe yetkili olduğu kabul edilmelidir<sup>3</sup>.

2.1.1.2. *İşin İfasının Mümkün Bulunması*. İşçinin yüklendiği borcun ifasının imkânsız bulunması alacaklı temerrüdünü (kabulde temerrüdü) bertaraf eder; zira imkânsız bir edimin ifasının teklifi düşünülemez. Bu durumda bakılır: eğer imkânsızlıkta işverenin bir kusuru varsa, işçinin ücretini ödemek zorundadır; şayet imkânsızlığın sebebi işçinin kusurunda veya sadece işçinin şahsını ilgilendiren ve işverenin hazırlık fiillerini yapmasına ait bulunmayan objektif durumlarda ise, o takdirde işveren

2) Tunçoğaç, Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I; Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1965, 432 ve Cilt II; Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nev'ileri) İstanbul 1967, 355 ve orada gösterilmiş müellifler.

3) Tunçoğaç, II, 355; Oser/Schönenberger, Das Obligationenrecht, 2. Teil, 2. Aufl Zürich 1936, md. 332, N. 2; Lang, Kommenter zum Dienstvertrag, 2. Aufl. Aarau 1930, Md. 332, N. 3.

ücret ödemez; hem BK. 81 ve hem de BK. 117. maddeden çıkan sonuç budur; meselâ, işçinin yolun kapatılması, pasaport verilmemesi veya bir hastalık yüzünden işe gidememesi halinde gördüğümüz budur. Bu esasa, ancak BK. 328 in uygulanması gereken hallerde bir istisna konması gerekir; zira BK. 328'e göre, "uzun müddet için yapılan hizmet akdinde işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır." Bundan başka, imkânsızlık bir işçinin münhasıran ve açıkça belirli bir eşya üzerinde çalışmak için tutulduğu ve bu eşyanın telef olduğu zaman da söz konusu olur; meselâ, işçinin tamiyini veya boyanmasını üzerine aldığı evin yanması halindeki durum budur<sup>4</sup>.

Buna karşılık, işverene ait hazırlık ve iştirak fiillerinin yapılmasının imkânsızlığı veya olağanüstü güçlüğü sebebiyle işin yapılamaması durumunda, özel adıyla *işletme tehlikesi* hallerinde ifa imkânsızlığının bulunup bulunmadığı çekişmelidir. Gerçekten, meselâ, fabrikaya elektrik, su, kömür veya benzin sağlanabilmesinin imkânsızlaşması yahut fabrikanın yanması veyahut kötü hava şartları ortaya çıktığı takdirde ifa imkânsızlığı vardır, diyebilecek miyiz? Bu konuda çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bunlardan birincisi, söz konusu durumlarda alacaklı temerrüdünün varlığını kabul ile işçinin yüklediği işin imkânsızlığını red eder. İkinci görüş, kusursuz işletme arzısı veya tatili hallerinde iş ediminin imkânsızlaştığını ve BK. 117 (İSBK. 119) gereğince sözleşmenin ortadan kalktığını, dolayısıyla iş görme ve ücret ödeme borçlarının düştüğünü savunur. Çoktandır terkedilmiş bulunan başka bir görüş ise, işverenin normal çalışan bir müesseseyi hazır bulundurmaya zorunda olduğunu ve bunun işletmenin bağımsız bir borcu olduğu fikrini savunmuştur<sup>5</sup>. Başhcalarını saydığımız bu görüşler içinde bizce de en doğrusu, birinci görüştür. Gerçekten işverene düşen hazırlık fiillerinin imkânsızlaşması, işçinin yüklediği edünün imkânsızlığı sonucunu doğurmazda, sadece alacaklı temerrüdünü meydana getirir. Çünkü herşeyden önce BK. muzun 90. maddesi, alacaklıya düşen hazırlık fiillerinin yapılmamış olmasını temerrüdün şartı olarak yeter görmüştür. Sonra iş sonucunun meydana gelebilmesi için, işin yapılması ve iş esas maddesinin varlığı gereklidir; bunlardan birincisini sağlamak işçiye, diğerini sağlamak ise işverene düşer. Eğer işveren kendisine düşen kısmı sağlayamamışsa, onun yüzünden ifa yapılmamış de-

4) Tunçomağ, II, 355/356; Oser/Schönenberger, md. 332, N. 4/5.

5) Fazla bilgi için, bk. Oser/Schönenberger, md. 332, N. 4.

mektir. Bu itibarla, işletme içinde veya dışında meydana gelmiş bir kazayı, yani işletme tehlikesini işçiye yüklemek doğru olmaz<sup>6</sup>.

2.1.1.3. *İşin kabul edilmemesi.* İşverenin işi kabulden kaçınması, ifaya katılmamasıdır. İşveren açık veya zımni olarak işi kabulden kaçınabilir; işveren, meselâ, işlerin fena gitmesi, işi tatil etmesi veya işletmeyi satması sebebiyle yahut hiçbir sebep göstermeden işi red edebilir. Sonra işveren hazırlayıcı fiilleri yapmama, meselâ talimat vermeme, işyerini kapalı tutma, makineleri işletmeme suretiyle de işi kabulden kaçınabilir. Hattâ işi kabulden kaçınma işverenin ihbar süresine uymadan feshi ihbar etmesi, yahut haklı sebep bulunmadığı halde BK. 342 ye dayanarak işçiye işinden çıkarması ile de gerçekleşebilir<sup>7</sup> ve bu sonuncu hali biz aşağıda (2.2. de) ayrıca inceleyeceğiz. *Yargıtayımızın 9. Hukuk Dairesinin* bir kararına göre de, her gün çalıştırılmak üzere işe alınmış bir işçinin bir gün çalıştırılıp bir gün çalıştırılmaması halinde işin (ifanın) kısmen reddi söz konusudur ve bu olaya BK. 325 ( ve eski İşK. 53) ün uygulanması gereklidir<sup>8</sup>. Bu karar kanaatimizce tamamen isabetlidir; zira işçinin işverenden sözleşme uyarınca tam iş isteme yetkisi vardır; eğer kendisine yarım iş verilmişse, diğer yarısı işin ifası reddolunmuş, demektir.

2.1.1.4. *İşin Kabul Edilmesinin Haksız Olması.* Eğer işin ifasını kabulden kaçınma haklı bir sebebe dayanmıyorsa, bu takdirde red haksız sayılmalıdır. Ancak bu şartın gerçekleşmesi için, işverenin bir kusurunun bulunması da gerekmez. Bu itibarla, haksız kaçınma, işverenin hastalık, orada bulunmama gibi sırf şahsî engeller yüzünden işi kabul edememesi hallerinde olduğu kadar; işletmede meydana gelmiş bir bozukluk (meselâ, elektriğin veya suyun kesilmesi) sebebiyle işi kabul imkânından mahrum kalması hallerinde de meydana gelir. Bundan başka, havaların çok sıcak veya soğuk yahut yağışlı olması gibi tabii olayların işin kabulünü geçici olarak imkânsızlaştırması veya çok güçleştirmesi yüzünden yahut iktisadî durumun değişmesi sebebiyle artık işi kabulde bir menfaatin kalmaması veyahut siparişlerin azalmaları, ham maddenin tükenmesi, makinelerin bozulması sebebi ile sunulan işi kullanacak durumun bulunamaması hallerinde de işverenin işi kabulden kaçınması haksızdır<sup>9</sup>.

6) Oser/Schönenberger, md. 332, N. 5; Guhl, Das Schweizerische, Obligationenrecht. 5 Auf. Zurich 1956, 334/335.

7) Oser/Schönenberger, md. 332, N. 6; Tunçomağ II, 356.

8) Y9HD, 1/10/1965 - 8310/2226 - Olguç, Türk Borçlar Kanunu, C. I, İstanbul 1965, N. 664.

9) Oser/Schönenberger, md. 332, N. 9/12; Lang, md. 332, N. 4/5; Tunçomağ, II, 356.

*Yargıtayımızın 4. Hukuk Dairesi* bir kararında, işverenin kadro fazlalığı yüzünden hizmet "iş" sözleşmesini süresinden önce bozmasını işi kabulden haksız kaçınma saymışken; daha yeni tarihli bir *Hukuk Genel Kurulu* kararı, haksız kaçınmayı, ancak işçinin kadrosunun kötü niyetle kaldırılması halinde kabul etmiştir<sup>10</sup>. Az önce söylediklerimiz hatırlanacak olursa, birinci kararın ikincisinden daha isabetli bulunduğu kolayca anlaşılır. Çünkü işin red olunmasının haksız sayılması için, işverenin kasden veya kötü niyetle hareketi şart değildir; işin reddinin hukuken (objektif yönden) makbul bir sebebe dayanmaması yetiştir.

Buna karşılık, hizmet (iş) sözleşmesinin hiç meydana gelmemiş veya sonradan ortadan kalkmış yahut taraflar arasında yapılan anlaşma gereğince işveren belli bir süre içinde işi kabulden kaçınma yetkisine sahip yahut edim işverenin sorumlu bulunmadığı sebebler yüzünden veya objektif yönden imkânsızlaşmışsa, işi kabul etmemekte haklıdır<sup>11</sup>. Aynı şekilde, bir resmi makamın koyduğu yasa, meselâ, artık yabancıların çalıştırılmalarına izin verilmemesi veya memlekete girişin veya kadınların çalışmalarının yasaklanması durumlarında da işten çıkarma haklıdır. Hatta işverenin işçisini BK. 342 anlamında bir halde sebebe dayanarak işten çıkarması durumunda da bu davranışı haklı sayılmalıdır. Ancak fesih beyanı açıklanmaya kadar, ortada işi haklı (kusursuz) redde sebebiyet veren olaylar ve durumlar bulunmasına rağmen, işi kabulden kaçınma BK. 90 ve 325 anlamında haksızdır<sup>12</sup>.

Diğer taraftan, kısmi veya genel grev yüzünden işletmenin darması halinde greve katılmayan işçilerin durumlarının ne olacağı meselesi çok tartışmalıdır. Acaba çalışmak isteyen işçi grevciler yüzünden fabrikaya giremediği veya grev yüzünden işverenin gerekli ön hazırlıkları yapmadığı yahut makinelerin durması sebebiyle işi durdurma zorunda kaldığı takdirde, işi kabulden kaçınma haklı mıdır? Kanaatimizce, işçi çalışmaya gerçekten hazır ise, işverenin istemeyerekte olsa işi kabulden kaçınması haksız sayılmalı ve dolayısıyla işçi BK. 325'e dayanarak ücretini isteyebilmelidir; zira bu durumda işçi üzerine düşeni yapmıştır<sup>13</sup>. Fakat buna rağmen 275 sayılı *Grev, Lokavt ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu*'nun 27. maddesinin 1. bendinin 2. fıkrası, grev halinde greve katılmayan işçilerin:

10) **Y4HD**, 3/11/1962-16331/11033 ve **YHGK**, 24/6/1964-741-D-4/485-**Olgaç**, II, N. 670, 668.

11) **Lang**, md. 332, N. 4; **Tunçomağ**, II, 357.

12) **Oser/Schönenberger**, md. 332, N. 7.

13) **Oser/Schönenberger**, md. 332, N. 13; **Tunçomağ**, II, 357. Karş. **Becker**, md. 332, N. 6.

hizmet (iş) sözleşmelerinin de askıda kalacağını belirtmiştir. Hizmet (iş) sözleşmesinin adı geçen fıkra gereğince askıda kalması demek, işverenin bu gibi işçilere, çalışmak isteseler bile, iş vermek, dolayısıyla ücret ödemekle yükümlü bulunmaması (yani, işi kabulden kaçınmada haklı olması) demektir. Hiç kuşkusuz, 275 sayılı Kanunun bu hükümleri önce İş. K.na tâbi hizmet (iş) sözleşmelerine uygulanırlar. Fakat 931 sayılı ve 28/7/1967 tarihli Yeni İş Kanununun 2. maddesi gereğince, bu kanun 5. maddesindeki istisnalar dışında kalan bütün iş yerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine, faaliyet kollarına bakılmaksızın uygulanmak gerektiği için, pek çok hizmet (iş) sözleşmeleri bu hükmün çevresine girecekler, demektir.

### 2.1.2. *İşi Kabulden Kaçınmanın Hükümleri.*

2.1.2.1. *İşçinin Ücretini İsteme Hakkı.* İşverenin işi kabulden kaçınması (alacaklı temerrüdüne düşmesi) halinde hizmet (iş) sözleşmesi ortadan kalkmaz; temerrüt devam ettiği sürece hizmet (iş) sözleşmesi devam eder. Bu yüzden, işçi sanki ifade bulunmuşcasına ücretini istemek hakkına sahiptir. İşçinin işverenden isteyebileceği şeyin tazminat değil, fakat ücret olmasının uygulama yönünden de önemi büyüktür. Çünkü işçi bu parayı isteyebilmek için işin reddi yüzünden bir zarara uğradığını isbatla yükümlü bulunmadığı gibi, kanunların ücret alacakları için tanımış oldukları kolaylık ve imtiyazlardan da faydalanır<sup>14</sup>. Aynı sebeple işverenin kusursuzluğunu isbat suretiyle bu parayı ödemekten kurtulabilmesi de mümkün değildir.

Maamafih çoğunluğun bu fikrine katılmayarak, burada bir kusurlu, imkânsızlığın bulunduğunu; zira alacaklı temerrüdünün alacaklıya tazminat ödeme borcunu yüklediğini; oysa burada kanunen tâyin edilmiş bir götürü tazminatın söz konusu olduğunu ve bunun ücret gibi bazı imtiyazlara bağlanmamış olmasının önemli bir eksiklik olduğunu söyleyenler de vardır<sup>15</sup>.

2.1.2.1.1. *Ücretin kapsamı.* Az önce işçinin işi kabulde kaçınan işverenden sanki işini yapmışcasına ücretini isteyebileceğini söylemiştik. İşte bu ücret, ona bağlı fer' edimleri de içine alır. Bu itibarla, ücret tamamen veya kısmen eşya biçiminde tayin edilmiş, meselâ öğle yemeği verileceği taahhüt edilmişse, işçi onları da isteyebilir. Fakat ücretin eşya biçiminde kararlaştırılmış olan kısmının aynen verilebilmesi mümkün olmazsa, işçiye-

14) Oser/Schönenberger md. 332, N. 1/2; Becker md. 332, N. 9; Lang md. 332, N. 9/10; Tunçomağ II, 357/358.

15) Bak. Oğuzman, Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 143 vd..

bunun para değeri ödenmelidir. Şayet işçiye sözleşmenin devam süresince bir yatacak yer sağlanmışsa, işveren temerrütte bulunduğu sürece, işçi orasını terk zorunda değildir. Ancak iş sadece o yerden faydalanacak kimse tarafından yapılabilecekse, işveren mütemerrit bulunmasına rağmen, o yerin boşaltılmasını isteyebilecektir. Tabii sonuncu halde işçinin o yatacak yer için bir karşılık isteme yetkisi vardır<sup>16</sup>.

**2.1.2.1.2. Ücretin Hesaplanması.** İşverenin işi kabul etmemesi ile sözleşme ortadan kalkmadığı için, işçi, hizmet (iş) sözleşmesinin ortadan kalkacağı ana kadarki ücretini istemeğe yetkilidir. Bu yüzden hizmet sözleşmesi *belirli süreli* ise, bu sürenin sonuna kadar ücretini isteyebilecektir. Ancak özellikle uzun süreli hizmet (iş) sözleşmelerinde, işçinin hemen dâva açmak veya sürenin dolmasını beklemek ve ondan sonra dâva açmakta serbest olup olmadığı sorulabilir. İşçinin, kaide olarak, her iki biçimde de hareket edebileceği kabul edilmektedir. Bu yüzden, işçi dilerse işverenin işi kabulden kaçınması sâbit olur olmaz dâvasını açar; bu durumda yargıç, tecrübesine dayanarak, onun ne kadar zaman işsiz kalacağını ve buna göre muhtemel ücret kaybının ne olacağını hesaplar ve işvereni o miktara mahkûm eder. Fakat bu halde sonradan yargıcın bu süreyi yanlış hesapladığı; meselâ, işçinin onun kabul ettiği süreden daha önce veya sonra iş bulduğu sabit olursa, taraflardan hiç biri hükmün düzeltilmesini isteyemez. İşçi dilerse yeni bir iş buluncaya kadar bekler ve dâvasını ancak o zaman açar. Hiç kuşkusuz, işçinin belli bir zamana, meselâ, dâva açtığı ana kadarki ücretini istemesi ve bu dâvada gelecekte doğacak ücret alacaklarını isteme hakkım sakh tutma yetkisi de vardır<sup>17</sup>.

Hizmet (iş) sözleşmesi *belirsiz süreli* ise, işçi en yakın (kanun veya sözleşme ile kararlaştırılmış) feshi ihbar süresi sonuna kadar ücretini isteyebilecektir; zira feshi ihbar olunan hizmet (iş) sözleşmesi ancak ihbar süresinin sonunda ortadan kalkar; meselâ, 16 lira gündelikle çalışan bir işçinin sözleşmesi 7 Ağustos Perşembe günü feshi ihbar edilmiş ve iki haftalık bir feshi ihbar süresi kararlaştırılmış olsa, feshi ihbar ancak hafta sonunda yapılacağına göre, sözleşme en erken 23 Ağustos günü için feshi ihbar olunabilir. Eğer işçi 18 Ağustosta başka bir işverenin yanında, fakat 13 lira gündelikle bir iş bulsa, eski işverenininden 7 Ağustostan 23 Ağustosa kadarki ücretini (yani,  $15 \times 16 = 240$  lirayı), bundan yeni işverenininden al-

16) Lang md, 332, N. 11/12; Tunçomağ, II, 358.

17) Lang, md, 332, N. 17; Schweingruber, Kommentar zum Dienstvertrag 3. Auflage, Bern 1960, md. 332, N. 4a; Tunçomağ, II, 358.

dığı ücret (yani,  $6 \times 13 = 78$  lira) düşüldükten sonra isteyebilir ve bu da 162 liradır<sup>18</sup>.

Uygulamaya gelince, *Yargıtayımız* belirsiz süreli hizmet (iş) sözleşmelerinde işçinin isteyebileceği ücret tutarı konusunda değişik kararlar verdikten sonra, nihayet az önce açıkladığımız çözümde karar kılınmış gibidir. Gerçekten Yüksek Mahkememiz bazı kararlarında, hükmedilecek miktarın feshi ihbar süresine göre hesaplanmasını içtihat etmişken; diğer kararlarında, işçinin yeni bir iş buluncaya kadar geçireceği (veya daha sonraki) süre üzerinden hesaplanmasını savunmuştur. Bu içtihat uyuşmazlığım çözen 1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ise, bunlardan birinci görüşü kabul etmiştir, diyebiliriz<sup>19</sup>.

2.1.2.1.3. *Ücretten İşçinin Diğer Surette Kazandığı Paraların Düşülmesi*. Borçlar Kanunumuzun 325. maddesi ücretten düşülecek miktarları üç nokta etrafında toplamıştır.

2.1.2.1.3.1. *İşin yapılmaması yüzünden tasarruf edilmiş para*. Bura ya her şeyden önce, işçinin işyerine kadar gitmek için harcayacağı yol parası ve işi yaparken kullanacağı ham madde girer.

2.1.2.1.3.2. *Başka bir iş yapma suretiyle kazanılmış para*. Ancak işçinin başka bir iş yapma suretiyle kazandığı paranın ücretten düşülebilmesi için, bunun temerrüt süresi içinde kazanılmış olması şarttır. Bu itibarla, işçinin çalışma zamanı dışında, tatilde, gece veya Pazar günleri çalışarak kazandığı para, isteyeceği ücretten düşülemez<sup>20</sup>. Bundan çıkacak sonuç şudur: işçi işinden çıkarılır çıkarılmaz aynı ücrete veya daha yükseğine bir iş bulmuşsa, eski işvereninden hiç bir şey isteyemez. Ancak daha düşük ücretli bir iş bulmuşsa, o zaman yukarıda açıkladığımız süre için, eski ücreti ile yenisi arasındaki farkı isteyebilecektir.

Diğer taraftan, işçi kendi adına bir işletme kurmuşsa, isteyeceği ücretten ne miktar bir indirim yapılacağı hususu çekişmelidir. Bu durumda, bize göre de, sadece kendi iş gücünü karşılayan bir indirim yapılması doğru olur. Eğer işçi işinden çıkarıldığı zamanda kendi evinde çalışmışsa, az önce belirttiğimiz biçimde hareket edilmeli ve kendisine ödenecek ücretten, yaptığı işin değeri düşülmelidir<sup>21</sup>.

18) Lang, md. 332, N. 16.

19) Bk. YİBK, 24/6/1959 - 31/26 - Adalet Dergisi 1959, sy. 4, 614 vd. Ancak aşağıda (2.2.'de) belirttiğimiz gibi, bu karar çelişmeli ifadeler taşımaktadır.

20) Lang, md. 332, N. 13b; Becker, md. 332, N. 12; Oser/Schönenberger, md. 332, N. 19.

21) Becker, md. 332, N. 12.



2.1.2.3.3. *Kasden kazanılmamış para.* Buradaki kasden kelimesi, işçinin işverene zarar vermek için önüne çıkan yeni bir işi red etmesini ifade etmez. İşçinin her hangi bir sebeple (meselâ, kendi rahatlığı için) objektif hüsnüniyet kaidesi gereğince kabul etmesi gereken bir işi red etmesi, kasden kazanılmamış para kavramı içine girer. Ancak işçi kendisine teklif edilmiş her işi kabul zorunda da değildir; ondan sadece kabiliyetlerine, mesleki yetişmesine ve sosyal durumuna uygun işleri kabul etmesi beklenebilir. Bu itibarla bir dekorasyon ressamından bir boya veya badana işine, bir orkestra şefinden bar orkestrasında çalışmaya rıza göstermesi beklenemez.<sup>22</sup> İşçinin ikâmetgâh değişikliğini gerektirecek bir işi kabul zorunda bulunup bulunmadığı sorusu, her bir olayın taşıdığı özelliğe göre cevaplandırılmalıdır; meselâ, ikâmetgâh değişikliği giderleri, yeni işin kabulünü cür'etli bir teşebbüs olarak nitelemeye götürüyorsa, işçi böyle bir işi redde yetkili sayılmalıdır. Bundan başka, ikâmetgâh değişikliğinin işçi yönünden zaten gerekli bulunup bulunmadığı noktası da araştırılmalıdır<sup>23</sup>.

Bu konudaki isbat mes'elesine gelince, işçinin para kazanmaktan kasden kaçındığını işveren isbat zorundadır. İşveren, bundan başka meselâ, iş araştırma yönünden genel tecrübeye dayanmağa da yetkilidir<sup>24</sup>. Maa-fih işçinin iş aradığını gösteren belgeleri elinde bulundurması, meselâ, İş ve İşçi Bulma Kurumuna başvurduğunu, gazeteye ilân verdiğini isbatlayacak durumda olması kendi yararınadır. Diğer taraftan, işçinin işi yapmama yüzünden tasarruf ettiği para ile başka bir iş yapma sebebiyle para kazandığının isbatı da işverene aittir<sup>25</sup>.

2.1.2.3.4. *İşçinin ortak (müterafık) kusuru.* İşçinin isteyebileceği ücretten, kendisinin ortak kusuru sebebiyle bir indirim yapılabilip yapılamayacağı sorusunun cevabında hukukçular birbirlerinden ayrılmışlardır. Bize göre de, işçinin isteyebileceği ücretten bu sebeple bir indirim yapılmaması daha doğru olur. Çünkü BK. 325 deki indirim kaidesinin amacı, işçinin işverenin temerrüdü yüzünden fakirleşmesini ve zenginleşmesini önlemektir. Oysa ortak kusur sebebiyle tazminat miktarından bir indirim yapılması başka şeydir. Sonra buradaki ortak kusur, işçinin, işverene haklı sebeple sözleşmeden dönme hakkı vermeyen sözleşmeye aykırı davranı-

22) Lang, md. 332, N. 14; Schweingruber, md. 332, N. 4b; Oser/Schönenberger, md. 332, N. 20; Becker, md. 332, N. 13/14; Tunçomağ, II, 359/360.

23) Becker, md. 332, N. 13.

24) Becker, md. 332, N. 14.

25) JdT 1953, 570.

sından ibarettir. Gerçekten bir olayda BK. 344 deki şartlar (yani, haklı sebep) gerçekleşmişse, alacaklı temerrüdü söz konusu olmaz; şayet bu şartlar gerçekleşmemişse, bu hükme haksız olarak dayanan kimse, yani işveren yalnız başına bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır<sup>26</sup>. Üstelik burada söz konusu olanın bir tazminat alacağı değil, fakat bir ücret olduğuna yukarıda bir kaç defa işaret etmiştik.

2.1.2.2. *İşçinin Sonradan İfadan Kuştuğulması*. İşveren, kendi temerrüdü yüzünden elde edemediği hizmetin (işin) sonradan ifasını işçiden isteyemez. Bunun sebebi, sonradan ifanın zaruri olarak işçiye aşırı bir yük yüklemesidir. Tabii işçi, iş ilişkisi devam ettiği sürece, vaad ettiği işin geri kalan kısmını ifa borcu altındadır. Bu yüzden, işverenin kendisine düşen fiilleri yaptıktan sonra, işçinin tekrar işe başlamayı red etmesi, bizzat kendisinin temerrüde düşmesi sonucunu doğurur; meğer ki işçiye iş verilmemiş tarzı ve biçimi, BK. 344'e göre fesih için haklı bir sebep teşkil etsin. Diğer taraftan, işi kabulden kaçınma sonraki hizmetlerin (işlerin) reddi anlamını da taşıyabilir. Hal böyle ise, işçi tereddütsüz BK. 94, 106 ve 107/bent 1'e dayanarak ta sözleşmeyi feshedebilir. Buna karşılık, işçinin başka bir işe girmesi ile, sözleşme zımnen feshedilmiş, dolayısıyla temerrüt sona ermiş olmaz; bunun sonucu, sadece bu suretle elde olunacak ücretin mahsup edilmesinde görülür. Nihayet işverenin işi kabulden kaçınması, işçi yönünden BK. 344 anlamında bir haklı sebep de teşkil edebilir<sup>27</sup>.

2.1.2.3. *İş Kabulden Kaçınma İle İlgili BK. 325'in Emredici Nitelik Taşımaması*. Borçlar Kanunumuzun 325. maddesi emredici hükümlerden değildir. Çünkü taraflar bu maddedeki hükmün aksine bir anlaşma yapabilirler. Gerçekten işveren ve işçi hangi şartlar altında işverenin, temerrüde düşmeksizin, işçisini geçici olarak işinden çıkarabileceğinin kararlaştırabilirler. Bu türlü anlaşmalar hatta zımnen de yapılabilirler. Bir yerde belli durumların ortaya çıkması halinde, meselâ, yeraltı ve yerüstü inşaatta kötü havalarda, işlerin durgun zamanında, envanter yapılacağı sırada işlerin durdurulacağına dair bir âdet varsa, işçinin hizmet (iş) sözleşmesini yaparken buna tâbi olarak sözleşmeyi yaptığını kabul gerekir<sup>28</sup>.

2.2. *Haksız Feshi İhbar ve Haksız Fesih*. Yukarıda (2.1.'de) belirttiğimiz gibi, işverenin işçisini haksız (yani, süreye uymadan feshi ih-

26) Oser/Schönenberger, md. 332, N. 21.

27) Oser/Schönenberger, md. 332, N. 22.

28) Lang, md. 332, N. 7; Oser/Schönenberger, md. 332, N. 23; Tunçomağ, II, 354.

ihbar veya haklı sebep bulunmadan) fesih yolu ile işinden çıkarması hallerine de uygulanacak madde, Borçlar Kanunumuzun 325. maddesidir. Çünkü burada söz konusu olan, gerçek anlamda bir alacaklı temerrüdüdür. Alman Hukukunda genellikle kabul edilen bu görüş<sup>29</sup>, İsviçre Hukukunda da baskın durumdadır<sup>30</sup>. Türk Hukuku yönünden de aynı görüşün kabul edilmesi uygun olacaktır, kanaatindeyiz<sup>31</sup>. Çünkü Türk Hukukunda da, tıpkı Alman ve İsviçre Hukuklarında olduğu gibi, hizmet (iş) sözleşmesi, istisnaî bazı durumlar dışında, işverene iş verme borcu yüklenmez; işçinin sunduğu işi kabul, işveren için borç değil, haktır. Bu yüzden, işverenin hizmet (iş) sözleşmesini ihbar süresine uymadan feshi ihbar veya haklı sebep bulunmadan fesih suretiyle işçiyi işinden çıkarması durumunda sözleşme varlığını devam ettirir. Fakat bu durumda sözleşme sadece feshi ihbar süresine kadar devam edecek ve sürenin bittiği anda ortadan kalkacaktır. Gerçi işveren haksız feshi ihbar veya fesih beyanı ile (ve işçinin işini görmesine fiilen engel olarak) sözleşmeyi derhal sona erdirmek iradesini açıklamıştır. Ancak bu feshin ihbarı hükümsüz olduğundan, bunun, değiştirme (tahvil) yolu ile ve ihbar süresinin sonu için yapılmış bir beyan olarak kabulü mümkündür. Yalnız bu sonucun kabulü için aranacak tek şart, işverenin yaptığı ihbarın hükümsüzlüğünü bilmesi halinde, ihbar süresi sonunda sözleşmeyi ortadan kaldırmak isteyeceğinin anlaşılır olmasıdır. İşte bu durumda işçi, BK. 325'e dayanarak, yüklendiği işi yapmığa mecbur olmaksızın ücretini isteyebilecektir. Hiç kuşkusuz, işçiye bu ücreti, aynı maddede belirtilen indirimler yapıldıktan sonra ödenecektir<sup>32</sup>. Maamafih işçinin BK. 325'e dayanarak isteyebileceği bu paranın ücret değil, fakat tazminat olduğu görüşünü savunanlar da vardır. Onlara göre,

29) **Enneccerus/Lelmann**, *Recht der Schuldverhaeltnisse*, 14. Aufl. Tübingen 1954, S. 148 V; **Planck/Gurkel**, *Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II Band, 2. Haelfte, 4. Aufl. Berlin 1928, s. 626, 5b. Kars. ReichsgerichtsKommentar zum BGB, I, 10. Aufl. S. 262, 5.

30) **Oser/Schönöberger**, md. 332, N. 33; **Becker**, md. 332 N. 11; **Lang**, md. 332, N. 9/10; **Guhl**, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 5. Aufl. Zurich 1956, 335; kısmen **Schweingruber** md. 332, N. 2; **BGB** 53 II 257; **JdT** 1953, 568 vd. Oysa Federal Mahkeme daha eski tarihli bir kararında (BGB 49 II 349) haksız feshin sözleşmeyi imkânsızlaştırdığını ve sözleşmenin fiilen hükümden düştüğünü belirttikten sonra, bu durumda işçinin isteyebileceği şeyin ücret değil, borcun ifa edilmemesinden doğan bir tazminat niteliği taşıdığını savunmuştu.

31) Aynı fikir, **Kaniti**, Mahkeme Kararları Kroniği, İHFM 1964 c. XXIX, Sy. 4, 1212 vd.

32) **Oser/Schönöberger**, md. 332, N. 1; **Becker** Md. 332, N. 1/2, **Lang**, md. 332, N. 8/9; **Tunçomağ**, II 357/358; **Kaniti**, 1208/1210.

işveren haksız feshi ihbar ile kendi ediminde, (işverme) borcunda kusurlu bir imkânsızlık yaratmıştır ve bu kusurlu imkânsızlık ile sözleşme derhal ortadan kalkmıştır; bu yüzden işveren işçinin zararını tazmin zorundadır. Bu tazminat BK. 96'ya değil, bu hali özel bir şekilde düzenlemiş bulunan BK. 325'e göre tayin olunmalıdır; zira bu madde, alacaklı temerrüdünü değil, kusurlu imkânsızlığı düzenlemiştir ve maddenin tazminat yerine ücretten söz etmesi, sırf işçiyi ücretle ilgili imtiyazlardan faydalandırmak içindir<sup>33</sup>.

Yargıtayımız bu konudaki görüşüne gelince, Yüksek Mahkememizin konumuzla ilgili 24/6/1959 gün ve 31/26 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı açık olmaktan uzaktır. Çünkü bu kararın II numaralı gerekçesinde, haksız feshi ihbar sebebi ile sözleşmenin ihbar süresi sonunda ortadan kalkacağı ve tazminatın bu süre sonuna kadar hesaplanması gerekeceği belirtilmişken; IV numaralı gerekçesinde, haksız feshi ihbar halinde işverenin sözleşmeye uymasını sağlamanın imkânsızlığı yüzünden sadece, tazminat istenebileceği ve sonuç kısmında da bu durumda işçinin mahrum kaldığı ücrete karşılık BK. 96 hükmünce isteyeceği tazminatın hesabında, ancak Borçlar Kanunu hükümlerince beklenmesi gereken ihbar süresinin sonuna kadarki iş parasının esas alınacağı yazılıdır. Yüksek Mahkememizin özetlediğimiz bu sözlerinden, haksız feshi ihbar halinde hizmet (iş) sözleşmesinin ne zaman sona ereceği ve bu durumda işverenden istenebilecek paranın hukukî niteliği konusundaki düşüncesini açık olarak öğrenmek mümkün değildir. Hele Yargıtayımız bu kararın I numaralı gerekçesinde, olayımıza uygulanacak hükümleri araştırırken BK. 325'i de anmasına rağmen, sonuç kısmında, asıl uygulanması gereken bu maddeden hiç söz etmeyerek, işverenden BK. 96 gereğince tazminat istenebileceğini söylemesi, durumu daha çok karıştırmıştır. Diğer taraftan, bu karar üzerinde yazılmış iki içtihat notunda da değişik görüşler öne sürülmüştür. Gerçekten bunlardan birincisi, Yargıtayın bu kararı ile, haksız feshi ihbar halinde kusurlu imkânsızlık yüzünden sözleşmenin derhal ortadan kalkacağı ve dolayısıyla işverenden istenebilecek paranın tazminat niteliği taşıdığını; karardaki çelişmenin gerekçesindeki fikir silsilesinin iyi ifade edilmemiş olmasından doğduğunu ve bunun giderilebileceğini savunmuşken<sup>34</sup>; ikincisi, bu kararda haksız feshi ihbar halinde alacaklı temerrüdünün meydana geleceği ve sözleşmenin ancak en yakın ihbar süresinin bitiminde, sona ereceği belirtildikten sonra, bu durumda işçinin ücret de-

33) Oğuzman, 143 vd. ve Karar Tahlili, İHFM 1959 c. XXV. sy. 1/4, 430/436.

34) Oğuzman, Karar Tahlili, 433/436.

gilde tazminat isteyebileceğinin ifade edilmesini, bir çelişme olarak nitelemiş ve bu çelişmenin giderilmesinin mümkün bulunmadığı görüşünü ortaya atmıştır<sup>35</sup>. Kanaatimizce de 1959 tarihli İctihadı Birleştirme Kararı, haksız feshi ihbar durumunda sözleşmenin ihbar süresi sonunda ortadan kalkacağını açıkça kabul etmiş<sup>36</sup>, fakat buna rağmen işçinin isteyebileceği parayı tazminat olarak nitelemekle açık bir çelişmeye düşmüştür.

3. *İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma, Haksız Feshi İhbar ve Haksız Fesih.*

3.1. *İşverenin İş Kabulden Kaçınması.*

3.1.1. *İş Kanunundaki Durum.* Eski İş K. da işverenin işi kabulden kaçınması halini düzenleyen açık bir hüküm yoktu. Fakat bu Kanunun 40. maddesinin C bendinin bu hali düzenlediği söylenebilirdi. Çünkü eski İş K. 40/bent c'ye göre, "işçinin işinde ve işverenin her an emrine hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği zamanlar... 35, 36 ve 37. maddeler mucibince tespit edilmiş bulunan günlük kanunî çalışma müddetleri içinde sayılır ve bu sebeplerden dolayı işçi ücretleri hiç bir türlü eksiltmeye uğratılamaz" dı. 931 Sayı ve 1967 tarihli yeni İş K. nun 62. maddesinin I. fıkrasının c bendi de yukardakine tamamen benzer bir hüküm koymuştur. Bu bende göre, "işçinin, işinde ve işverenin her an buyruğuna hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.. işçinin günlük kanunî iş sürelerinden sayılır". İşte yeni İş K. nun bu hükmüne dayanmak suretiyle, işverenin işi kabulden kaçınmasının İş K. yönünden şartları ve hükümlerini şöylece tesbit edebiliriz.

3.1.1.1. *İş Kabulden Kaçınmanın Şartları.*

3.1.1.1.1. *İşin ifasının teklifi.* İş K. yönünden de birinci ve en önemli şart, işçinin yüklendiği işi, ifa yerinde ve zamanında şahsan ifaya hazır bulunmasıdır. Fakat Borçlar Kanunundan farklı olarak, İş K. 62/Ic, "işçinin işinde ve işverenin her an buyruğuna hazır bir halde..." bulunması; yani işin ifasını fiilen arz etmesini şart koşmuştur. Bu itibarla, İş K. yönünden sözle arz yetiştirmez, kanaatindeyiz.

3.1.1.1.2. *İşin ifasının mümkün bulunması.* Bu noktada İş K. 62/Ic' de her hangi bir açıklama yoktur. Fakat bu şartı tabii olarak var saymak, gerekir; zira imkânsız bir edimin ifa olarak teklifi düşünülemez. Bu yüzden, ifa imkânsızlığı işçinin kusurundan doğmuş veya sadece işçinin şah-

35) Kanıtı, Karar Tahlili, 1220/1222.

36) Tunçomağ, II, 358/359.

sını ilgilendiren ve işverenin hazırlık fiillerine girmeyen bir olaydan meydana gelmişse, o zaman işveren ücret ödemez; hem BK. 81 ve hem de 117'den çıkan sonuç budur. Şayet işverene ait hazırlık ve iştirak fiillerinin yapılmasının imkânsızlığı veya olağanüstü güçlüğü (yani, bir işletme tehlikesinin ortaya çıkması) yüzünden iş yapılamıyorsa, bu takdirde, yukarıda (2.2.2.'de) belirttiğimiz gibi, işveren (alacaklı) temerrüdünün meydana geleceğini ve dolayısıyla işverenin ücret ödemek zorunda bulunduğunu kabul doğru olur.

3.1.1.1.3. *İşin ifasının haksız olarak red olunması.* İşverenin işi kabulden haksız kaçınması, işveren (alacaklı) temerrüdünün üçüncü şartıdır. İş K. 62/1c bu şartı, "*işçinin ... çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.*" şeklinde ifade etmiştir. Ancak işverenin işi kabulden kaçınmasının haksız olması gerektiğine dair bir kayıt İş K. 62/1 c'de yoktur. Fakat buna rağmen, alacaklı temerrüdünün işverenin işi kabulden haksız kaçınması halinde söz konusu olabileceği kanaatindeyiz. Çünkü, meselâ işveren sözleşme gereğince belli bir süre içinde işi red etmeye yetkili veya resmi bir makamın koyduğu yasak yüzünden işçisini çalıştıramıyor yahut kendisinin sorumlu bulunmadığı olaylar yüzünden ve objektif yönden işi yapmak imkânsızlaşmışsa, bu şart gerçekleşmiş sayılamaz. Çünkü bu gibi durumlarda işverenin işi red etmesi haklıdır.

### 3.1.1.2. *İşi Kabulden Kaçınmanın Hükümleri.*

3.1.1.2.1. *Ücretin istenmesi.* İş K: 62/1 C'ye göre, "*...İşçinin... çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler... işçinin günlük kanuni iş sürelerinden sayılır*". Şu halde, işçi, İş K. 61/a gereğince haftada 48 saat ve 36, 37. maddelerdeki özel durumlar varsa, fazla çalışacağı saatler için 35. madde gereğince işverenden ücretini tam olarak isteme yetkisine sahiptir; hatta onun isteyebileceği bu ücretten, BK 325 te olduğu gibi, bir indirim de yapılamaz; zira İş K. 63/1 c, bu konuda açık ve kesindir. Zaten çalışmadığı halde ücretini isteyebilmesi için, işçinin işinde ve işverenin her an buyruğuna hazır bir halde bulunması gerektiğinden, işçinin iş saatleri içinde her hangi bir gelir sağlayabilmesi, imkânsız değilse bile, çok güçtür.

3.1.1.2.2. *Ücretin ödenmemesi halinde sözleşmenin feshi ve tazminat.* Bütün hizmet (iş) sözleşmelerinde değil, fakat ücretin parça başına veya iş miktarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılmış olanlarında, işveren, işçiye yapabileceği miktardan az iş vermiş ve aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmamışsa, işçi, aksine bir kayıt bulunmadığı takdirde, sözleşmeyi derhal fesih yetkisine de

sahiptir; fesih için sözleşme süresinin bitmesini veya belirsiz süreli sözleşmelerde ihbar süresini (bildirim önelini) beklemek zorunda değildir, İş K. 16/11 e. Ancak işçi bu niyette ise, işverenin aradaki ücret farkını zaman esasına göre ödeyerek eksik aldığı ücreti karşılamayacağını öğrendiği andan itibaren 6 iş gününde veya en geç bu fiilin vuku bulunduğu tarihte itibaren bir yıl içinde fesih iradesini açıklamak zorundadır, İş K. 18.

Sözleşmeyi bu suretle fesheden işçi, işverenden, İş K. 18/11 gereğince, ayrıca bir tazminat ta isteyebilir. Yalnız bunun için, işçinin uğradığı zararı isbatlamış ve işverenin de kusursuzluğunu isbatlayamamış olması zoruridir. Bundan başka, sözleşmeyi fesheden işçinin, İş K. 14'teki şartlar gerçekleşmişse, kıdem tazminatı da isteyebileceğinde kuşku yoktur. Fakat biz kıdem tazminatını aşağıda incelediğimizden, burada aynı nokta üzerinde durmayacağız.

3.1.2. *Deniz İş Kanunundaki Durum.* 854 Sayı ve 29/4/1967 tarihli *Deniz İş Kanununda* işverenin işten kaçınması halinde uygulanacak özel bir madde yoktur. Zaten yenisi ile yürürlükten kaldırılmış bulunan 6379 sayılı eski *Deniz İş Kanununda* da bu yolda bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu yüzden, *Deniz İş K.nun* uygulandığı hallerde işverenin işi kabulden kaçınması söz konusu olduğu zaman, *Borçlar Kanunumuzun* yukarda incelediğimiz 325. maddesinin uygulanması doğru olur, kanaatindeyiz. Çünkü *Borçlar Kanunumuz*, İş Mevzuatında özel bir hüküm bulunmaması durumunda uygulanması gerekli genel esasları içinde barındıran bir kanundur.

3.1.3. *Basın İş Kanunundaki durum.* 5953 Sayı ve 20/6/1952 tarihli *Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun* da da konumuzla ilgili bir hüküm yoktur. Bu itibarla, bu kanunun uygulanma alan içinde, işveren işi kabulden kaçındığı takdirde *Borçlar Kanunumuzun* 325. maddesinin uygulanması gerekecektir.

3.2. *İşverenin Hizmet (İş) Sözleşmesini Haksız (Süreyle Uymadan) Feshi İhbar Etmesi.*

3.2.1. *İş Kanunundaki Durum.*

3.2.1.1. *Haksız (süreyle uymadan) feshi ihbarın şartları İş K. 13/A'ya göre, "süresi belirli olmayan hizmet akitlerinin feslinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir.*

*Hizmet akdi :*

a. *İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimden diğer tarafa yapılmasından başlayarak i k i h a f t a sonra,*

b. *İşi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimini diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,*

c. *İşi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimini diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,*

ç. *İşi üç yıldan fazla sürmüş olan işçi için, bildirimini diğer tarafa yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş olur” ve yine aynı maddenin B bendine göre ise, “öneller asgari olup sözleşme ile arttırılabilir”.*

Şu halde, işçinin (veya işverenin) açıkladığı feshi ihbar iradesi, tıpkı Borçlar Kanunumuzda olduğu gibi, karşı tarafa bildirilir bildirilmez hüküm doğurmaz; bunun için, feshi ihbar iradesinin karşı tarafa bildirilmesinden (yani, karşı tarafa varmasından) itibaren belli bir sürenin geçmesi gereklidir. Bu süre, İş K. 13/A gereğince, işin devam süresine göre iki, dört, altı veya sekiz haftadan (yahut taraflarca kararlaştırılmış daha uzun bir süreden) ibarettir. İşte bu sürenin geçmesi ile feshi ihbar hükümlerini doğuracağı için, hizmet (iş) sözleşmesi de bu sürelerin bittiği anda ortadan kalkmış olur. Ancak İş K.nun 16. maddesinde gösterilmiş sağlık sebepleri veya ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller veya benzerleri söz konusu olursa, işveren, ihbar süresini (bildirim önelini) beklemeksizin, sözleşmeyi derhal feshi ihbar yetkisine de sahiptir.

İşte feshi ihbarda bulunan İş K. 13/A'da belirtilmiş ihbar sürelerine uymadığı takdirde, haksız feshi ihbar durumu ortaya çıkar ve bu, aşağıdaki hükümleri doğurur.

3.2.1.2. *Haksız (süreye uymadan) feshi ihbarın hükümleri.* Bunları üç nokta etrafında toplayabiliriz.

3.2.1.2.1. *Ücretini (ihbar tazminatını) isteme hakkı.* İşverenin hizmet (iş) sözleşmesini İş K. 13/A'da belirtilmiş (veya sözleşme ile kararlaştırılmış) süreye uymadan feshi ihbar etmesi halinde, işçi, önce, bu bildirim (ihbar) süresinin sonuna kadarki ücretini isteme hakkına sahiptir. Buna, uygulamada *i h b a r t a z m i n a t ı* denmektedir. Fakat kanaatimizce burada, tıpkı BK. 325'te olduğu gibi, tazminat değil, bir ücret ödenmesi söz konusu olduğu<sup>37</sup> için, bu ad isabetli değildir. Çünkü her şeyden önce eski İş K. 13/IV'te açıkca ücret ödeneceği yazılı idi. Gerçi yeni İş K. 13/C, *“yukarıda yazılı önellere ait ücret tutarında tazminat ödemek”* ten söz etmiştir. Fakat buna rağmen, yeni İş Kanunu yönünden de duru-

37) Eski İş Kanununa ait olmak üzere aynı fikir, **Saymen**, 608. Aksi fikir, **Oğuzman**, 276 ve **YÖHD** nin 23/11/1964 gün ve 7977/7625 (-Eranıl, 191) ve 31/12/1965 gün ve 10578/10295 sayılı kararları (-Orhaner, 379).



ımm farklı olduğunu sanmıyoruz; zira İş K. mm gerekçesinde bu ifade değişikliğinin bir anlam değişikliğine işaret ettiğini gösteren bir kayıt yoktur. Sonra, normal feshi ihbar ancak bildirim (ihbar) süresinin sonunda hükümlerini doğururken, süreye uyulmadan yapılacak bir feshi ihbarın sözleşmeyi derhal sona erdirebilmesi düşünülemez. Mademki süreye uyulmadan yapılmış feshi ihbar ile de sözleşme en erken bildirim süresinin sonunda ortadan kalkar; o halde bu süre içinde işçinin işverenden isteyebileceği para elbette ki ücreti olacaktır. Kaldı ki, işçinin İş K. 13/C gereğince isteyebileceği bu paranın ücret sayılmasında işçi yönünden bazı önemli faydalar da vardır<sup>38</sup>; bu parayı tazminat olarak nitelenmek suretiyle işçinin bu faydalardan yoksun bırakılmasında ciddi bir menfaat bulunmadığı düşüncesindeyiz.

İşçi bildirim öneli (feshi ihbar süresi) içindeki ücretini, hiç bir zarar olmasa da isteyebilir; zira madde işçiye bu hakkı, zararını isbat şartına bağlamadan ve mutlak olarak vermiştir. Şu halde, feshi ihbar süresine uyulmadan sözleşmesi feshi ihbar edilen işçi, derhal bir iş bulmuş olsa da, yine o süre içindeki ücretini isteme yetkisine sahiptir ve bulduğu yeni iş sebebi ile bu ücretten bir indirim de yapamaz<sup>39</sup>. Oysa BK-muzda bu halde ödenecek ücretten bir indirim yapılması gerekeceğini yukarıda (2.1.2.1.3'te) belirtmiştik. Bu her iki kanun arasında bulunan önemli bir hüküm farkıdır. Diğer taraftan, işçinin bildirim öneli (feshi ihbar süresi) içinde isteyebileceği ücret, brüt değerdir. Bu ücrete meselâ, pahalılık zammı, prim ve yüzdelerin de eklenmeleri doğru olur. Hatta ücretin bir kısmı eşya biçiminde tayin edilmişse, bunu para olarak ifade ettiği değer de bu ücrete katılmalıdır<sup>40</sup>.

İşçi, feshi ihbar süresine (bildirim öneline) uymadan sözleşmesini feshi ihbar eden işverenden, İş K. 13/C gereğince, feshi ihbar süresi sonuna kadarki ücretini isteyebilir, demiştik. Bu feshi ihbar süreleri (bildirim öneleri), yukarıda belirttiğimiz gibi, hizmet (iş) sözleşmesinin devam süresine göre iki, dört, altı veya sekiz haftadan ibarettir. Hatta yine aynı madde feshi ihbar sürelerini uzatma yetkisini tanımış olduğu içm, taraflar bu yetkilerini kullanarak süreyi arttırmışlarsa, usulsüz (haksız) feshi ihbar halinde, işçi bu daha uzun feshi ihbar süresi için de ücretini

38) Meselâ, işçinin ücreti için, kendisine verilmiş alet ve eşya üzerine hapis hakkı ve işverenin mallarının haczi ve iflâsı halinde imtiyazlı bir durumu vardır, bk. **Tunçomağ**, II, 368/371.

39) Bu, olayımızda tazminatın söz konusu olmadığını gösteren önemli bir noktadır.

40) **Saymen**, 605/606; **Oğuzman**, 277/278. Ayrıca ücret hakkında geniş bilgi için bk. **Tunçomağ**, II, 329/334.

isteyebilmelidir<sup>41</sup>. Çünkü, İş K. 13/C'deki “*yukarıda yazılı önellere ilişkin ücret tutarında*” sözünü, aynı madde sürelerin uzatılmasını kabul ettiğine göre, sadece adı geçen maddede gösterilmiş sürelerle hasretme zarureti yoktur. Üstelik feshi ihbar süresi sonuna kadar sözleşme devam ettiği ve bu sürenin taraflarca kararlaştırılmış olması durumu değiştirmedigi için, işçiye anlaşma ile kararlaştırılmış feshi ihbar süresi için ücret isteme hakkı tanıma, yasakoyucunun amacına da uygun düşer, düşüncesindeyiz.

3.2. *Tazminat (takdir tazminatı)*. Haksız (usulsuz) feshi ihbar halinde işçinin sahip bulunduğu ikinci imkân, tazminat (uygulamadaki adı ile, takdir tazminatı) isteyebilmesinde görülür. Gerçekten İş K. 13/C'ye göre, “*tarafların ayrıca tazminat isteme hakkı saklıdır.*” Ancak bu maddedeki tazminat hakkına, haksız feshi ihbar ile ortadan kaldırılmış bir sözleşmeden doğmuş olmasına rağmen, yine de sözleşmeye aykırılıkla ilgili genel esasların uygulanması doğru olur. Çünkü bu tazminat, işverenin dolayısıyla sözleşmeye aykırı bir hareketine dayanmaktadır. Bu yüzden, işçinin feshi ihbar süresine ait ücret tutarının (ihbar tazminatının) üstünde bir zarara uğradığını ve bunun miktarını ispatlaması gerekir. Eğer işçi zararı değil, fakat bunun miktarını ispat edemezse, yargıç, BK. 42'ye dayanarak zararın yüksekliğini bizzat tayin edecektir. Buna karşılık, işçi işverenin kusurunu ispatla yükümlü değildir; tam aksine işveren kusursuzluğunu ispat etmelidir. Nihayet işçinin sahip bulunduğu bu tazminat hakkı, BK. 125 gereğince, on yılın geçmesi ile yillanır.

Eğer işverenin ihbar süresine uymaksızın sözleşmeyi feshi ihbar etmesi sonucu işçi manevi yönden bir zarara uğramış, meselâ, bu suretle şöhreti, meslekî itibarı veya haysiyeti kırılmışsa, ayrıca m a n e v î t a z m i n a t ta isteyebilmelidir. Çünkü İş K. 13/c'nin geniş bir deyim kullanarak sadece tazminattan söz etmesi, işçinin manevi tazminat isteyebilmesine çok elverişli bir durum yaratmıştır<sup>42</sup>. Yalnız işçinin bu sebeple manevî tazminat isteyebilmesi, BK. 49'daki şartların bulunduğunu ispatlayabilmesine bağlıdır, kanaatindeyiz. Çünkü Türk Hukukunda manevi tazminatın genel olarak düzenleyen madde, B.K. 49'dur ve herhangi bir kanunda özel bir hal için ayrı şartlar konmamışsa, bu maddenin uygulanması gereklidir. Şu halde, işçi haksız (usulsuz) feshi ihbar ile şahsiyet haklarına ağır bir tecavüz yapıldığını ve bunda işverenin ağır bir kusuru bulunduğunu isbat edebildiği takdirde, işverenden manevi tazminat ta istiyebilecektir<sup>43</sup>.

41) Aynı fikir, Atabek, 94. Aksi fikir, Oğuzman, 277.

42) Eski İş Kanunu için aynı fikirde: Saymen, 607; Oğuzman, 278.

43) Tunçomağ, I, 295 ve II, 408 ve N. 50.

Uygulamaya gelince, Yargıtayımız bu konudaki görüşünün eski İş K. zamanında istikrar kazanmamış olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü *Ticaret Dairesi*, nisbeten eski tarihli iki kararında, haksız (usulsüz) feshi ihbar halinde işçinin, (hatta, bunlardan birisinde B.K. 49'daki şartlar bulunmadan da) manevi tazminat isteyebileceğini kabul etmişken; daha yeni bir *Genel Kurul Kararı*, eski İş K. 13/VI da manevi tazminat istenebileceğine dair açık bir hüküm bulunmadığı gerekçesi ile, aksi görüşü savunmuştur<sup>44</sup>. Buna karşılık, Yüksek Mahkememizin henüz iki aylık bir ömrü bulunan yeni İş K-nun uygulamasında, manevi tazminat yönünden, nasıl bir yol izleyeceği şimdiden kestirilemez.

3.2.1.2.3. *Kıdem Tazminatı*. Eski İş K. 13/VI gereğince, işveren, hangi amaçla olursa olsun sözleşmenin feshini bildirdiği (feshi ihbarda bulunduğu) taktirde işçiye ayrıca kıdem tazminatı da ödemek zorunda idi. Buna karşılık, işçi, ancak (askerlik) veya (münhasıran ihtiyarlık sigortasından aylık veya toptan ödeme almak amacı ile) sözleşmenin feshini bildirdiği durumlarda, işverenden kıdem tazminatı isteyebilirdi. Yeni İş K. 14'teki ifade değişikliğine rağmen, kanunkoyucunun hukukî durumda bir değişiklik yapmak istemediği, kanunun gerekçesindeki sözlerden açıkça anlaşılmaktadır. Bu yüzden, tıpkı eskiden olduğu gibi, şimdi de işverenin sözleşmenin feshini bildirmesi halinde işçi kıdem tazminatı isteyebilme hakkına sahiptir. İşverenin sözleşmenin feshini bildirmekle güttüğü amacın şu veya bu olmasının yahut onun bildirim önellerine (ihbar sürelerine) nıymuş bulunup bulunmamasının bu yönden bir önemi yoktur. Oysa işçi, yeni İş K. na göre de, ancak (askerlik görevi) dolayısıyla veya (ihtiyarlık aylığı bakımından bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan aylık veya toptan ödeme almak amacı) ile sözleşmenin feshini bildirmiş ise, işverenden kıdem tazminatı isteyebilecektir. Eğer işçi başka bir amaçla, meselâ, artık çalışmak istememesi yüzünden, feshi bildirmişse, kıdem tazminatı isteme yetkisi yoktur.

Diğer taraftan, bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan aylık veya toptan ödeme almak amacı ile sözleşmenin feshini bildiren işçiye verilecek kıdem tazminatının hesabında, işçinin yalnız 1 Nisan 1950 tarihinden önceki hizmet süreleri gözönünde tutulur; değişik bir söyleyişle, bu ihtimalde işçi 1 Nisan 1950 yılından sonraki hizmet süreleri için kıdem tazminatı isteyemez. Fakat işçinin söz konusu tarihten önceki hizmet süreleri karşılığında kıdem tazminatı isteyebilmesi için, “ aylık veya toptan öde-

44) **YTD**, 28/5/1951-2961/3137 ve 17/3/1952-288/554-**Saymen**, 607 den. **YHGK**, 10/11/1965-1121-D-9/414 - Ankara Barosu Dergisi, 1966, sy. 1, 59 dan.

meye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması ve toptan ödeme yapılması için, ihtiyarlık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kurum veya sandığa müracaat etmiş bulunduğunu alacağı bir belge ile belgelemek zorundadır”, yeni İş K. 14/IV<sup>45</sup>.

3.2.2. *Deniz İş Kanunundaki Durum.* 6379 sayı ve 10/3/1954 tarihli *Deniz İş Kanununda* işverenin sözleşmeyi süreye uymadan feshi ihbar etmesi halinde uygulanacak özel bir hüküm yoktu. Fakat 854 sayı ve 29/4/1967 tarihli *Deniz İş Kanunu* 16. maddesi ile hizmet (iş) sözleşmesinin süreye uyulmadan feshi ihbarını, tıpkı İş K. 13 teki gibi, düzenlemiştir. Gerçekten *Deniz İş K. 16/D*'ye göre “*bildirme şartına uymayan taraf yukarıda yazılı önellere uygun ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır*” ve yine aynı fıkranın son cümlesine göre, “*tarafaların ayrıca tazminat isteme hakkı saklıdır*”.

Şu halde, gemi adamı, işverenin (yani, gemi sahibinin veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimsenin), hizmet (iş) sözleşmesini *Deniz İş K. 16*'da gösterilmiş (veya sözleşme ile belirtilmiş) süreye uymadan feshi ihbar etmesi halinde, önce bu süreye uygun ücret tutarında bir tazminat isteme hakkına sahiptir; bu, *İş K.* uygulamasında (ihbar tazminatı) adı verilen tazminattan başka bir şey değildir. Hatta bu tazminat miktarı yönünden de *İş K.* na tamamen benzemektedir; zira her iki kanundaki feshi ihbar süreleri birbirinin aynıdır. Sonra, gemi adamı işverenden, yine *Deniz İş K. 16/D*'ye dayanarak ayrıca tazminat ta isteyebilir; bu, *İş K.* uygulamasında (takdir tazminatı) adı verilen tazminatın aynıdır. Bu itibarla, yukarıda (takdir) tazminatı konusunda, özellikle bu kavram içinde yer alan maddi ve manevî tazminat istenebilmesinin şartları hakkında, söylediklerimiz aynen burası için de doğrudur.

Buna karşılık, işverenin sözleşmeyi ihbar süresine uymadan feshi ihbar etmesi halinde, gemi adamının kıdem tazminatı isteme yetkisi yoktur. Çünkü *Deniz İş K. 20*'de sözleşmenin işveren tarafından haksız feshi ihbarının kıdem tazminatına hak vereceği belirtilmiş değildir. Zaten eski *Deniz İş K.* da da bu noktada hüküm aynı idi.

3.2.3. *Basın İş Kanunundaki Durum.* 5953 sayı ve 20/6/1952 tarihli “*Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun*, süreye uymadan yapılmış bir feshi ihbarın

45) Kıdem tazminatı konusunda toplu ve kısa bilgi için, bk. Tunçomağ, II, 406/407.

hükümlerini düzenlemiş değildir. Basın İş K. 5/II'deki "ihbar mühletlerine tekabül eden ücret miktarındaki tazminatın işveren ve gazeteci tarafından önceden ödenmesi suretiyle akdin derhal feshi de câizdir" hükmüne dayanarak bu konuda İş K. dakine benzer bir sonuca varmak oldukça güçtür. Bu durumda, en iyisi BK. 325'i uygulamaktır, düşüncesindeyiz<sup>46</sup>.

Fakat hemen belirtelim ki, haksız (usulsüz) feshi ihbar halinde gazetecinin hakkı sadece BK. 325'e dayanarak kanun (veya sözleşme) ile belirtilmiş feshi ihbar süresine ait ücretini istemekten ibaret değildir. Gerçekten meslekte en az beş yıl çalışmış gazeteciye, sözleşmenin feshi ihbarı halinde, kıdem tazminatı isteme hakkı tanıyan Basın İş K. 6. maddesi, haksız feshi ihbar haline de uygulanmalıdır. Çünkü işvereni kıdem tazminatı ödemeye zorlayan bu madde yönünden önemli olan, sözleşmenin feshi ihbar edilmiş olmasıdır. Üstelik, Basın İş K.'da belirtilmiş ihbar süresine uyularak yapılmış bir feshi ihbar kıdem tazminatına hak verdiriyorsa, bu süreye uyulmadan yapılmış bir feshi ihbarın da aynı hakkı sağlayabilmesi pek tabiidir. Şu halde, meslekte en az beş yıl çalışmış bulunan gazeteci, aralarındaki belirsiz süreli hizmet (iş) sözleşmesini ihbar süresine uymadan (veya uyarak) feshi ihbar eden işverenden, "son aylığı esas itti-haz olunmak suretiyle her yıl için bir aylık ücreti miktarında" kıdem tazminatı isteyebilecektir. Ancak yıllık hizmetin altı aydan az kısmı bu tazminatın hesabında nazara alınmaz; dolayısıyla gazeteci yılın altı aydan az olan kısmı (meselâ, yedi yıl, beş ay hizmet görmüşse, bu beş ay) için kıdem tazminatı isteyemez.

33. *İşverenin sözleşmeyi Haksız Feshetmesi.* İş Kanununda belirli süreli bir hizmet (iş) sözleşmesini işverenin haklı bir sebep bulunmadan feshetmesinin sonuçlarını düzenleyen bir hüküm yoktur. Diğer taraftan, belirsiz süreli hizmet (iş) sözleşmesinin haksız feshi ihbarına ait bulunan İş K. 13/C'deki hükmün, belirli süreli hizmet (iş) sözleşmelerine uygulanması mümkün değildir. Çünkü adı geçen hüküm sadece belirsiz süreli hizmet (iş) sözleşmeleri için konmuştur. Nitekim, Yargıtayımız da bir kararında aynı görüşü savunmuştur. Bu itibarla, belirli süreli hizmet (iş) sözleşmelerinin haksız feshine, Borçlar Kanunumuzun yukarıda etraflı şekilde incelediğimiz 325. maddesinin uygulanması gereklidir. Çünkü Borçlar Kanunu, İş Kanunu karşısında genel bir kanun niteliğini taşıdığı için, İş K. daki boşlukların bu kanun esas tutularak doldurulması normal bir sonuçtur.

46) Bk. ve Karş. Oğuzman, 281.

Diğer taraftan, Deniz İş K. ve Basın İş K. da da haksız fesih halinde düzenleyen özel bir hüküm yoktur. Bu yüzden, Deniz İş K. veya Basın İş K. na giren bir hizmet (iş) sözleşmesinin haksız feshine de yine BK. 325'i uygulamak gerekecektir. Çünkü Borçlar Kanunumuz, Deniz İş K. ve Basın İş K. karşısında da genel bir kanun niteliğini taşır ve dolayısıyla onlardaki boşlukların BK. nu hükümleri esas tutularak doldurulması yerinde olacaktır. Zaten Yargıtayımız da rastlayabildiğimiz iki kararında aynı görüşü savunmuştur.

3.4. *İş Mevzuatındaki Konumuzla İlgili Hükümlerin Emredici Niteliği.* İş mevzuatında yer alan hükümlerin büyük çoğunluğu emredici bir nitelik taşırlar. Çünkü hizmet (iş) sözleşmesinde zayıf olan tarafı, yani işçiyi ve kamu düzenini korumak amacı ile konulmuşlardır. İşte konumuzla ilgili olmak üzere burada incelediğimiz İş K. nun 13/A, C, 14, 16/II, 18/I-II, 62/Ic, Deniz İş K. 16/D ve son cümlesi ile Basın İş K. 6 maddeleri de emredici nitelik taşıyan hükümler arasında yer alırlar. Bu itibarla, taraflar yapacakları anlaşmalarla bu hükümlerin aksini kararlaştırabilme yetkisine sahip değildirler.