

İş Kanununda Fesih Bildirim Sürelerinin Tesbiti ve Hesaplanması

Prof. Dr. E. Tuncay SENYEN KAPLAN*

ÖZET

Bildirimli fesih hakkı, belirsiz süreli iş sözleşmesini tek taraflı irade beyanı ile bildirim sürelerinin bitiminde sona erdirmeye ilişkin, bozucu yenilik doğuran bir haktır. İş Kanununda, bildirim karşı tarafa yapılmasından itibaren işlemeye başlayan bildirim süreleri, işçinin kıdemine göre iki, dört, altı, sekiz hafta olarak belirlenmiştir. Ancak bu süreler sözleşme ile arttırılabilir. Bildirimin karşı tarafa yapılmasından sonra geçecek bildirim sürelerinin sonunda iş sözleşmesi sona erer. Bildirim süresinin hesabında dikkate alınacak olan çalışma süresinin tesbitinde, işçinin işe başladığı gün ile, fesih bildiriminin muhataba ulaştığı gün arasında geçen süre dikkate alınır. İş sözleşmesinin askıda kaldığı sürede bildirim süreleri işlemez. Makalemizde bildirim sürelerin tespiti ve hesaplanması konusu ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Fesih, Bildirimli Fesih, Bildirim Süresi, Çalışma Süresi, İş Sözleşmesi, Bildirimin Ulaşması

Determination and Calculation of the Notification Period at Labor Law

ABSTRACT

Right of recession with notification is a right that lead to disruptive novelty by ending the indefinite-term of employment contract with unilateral declaration at the end of the notification period. In Labor Law, it is stated that after the notification to the opposite party is completed, notification period starts and varies depending on employee's seniority. This period can be for two, four, six, eight weeks and can be extended by an agreement. After completion of the notification and at the end of the notification period, employment contract expires. In order to determine the duration of the notification period, the running time is calculated by considering the time passed between the beginning day of the employee's

* Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

employment and the day of the rescission notification has reached to the employees. In case of an existing hold on employment contract, the notification period does not apply. In our article, the determination and calculation of the notification period is covered.

Keywords: Rescission, Rescission with Notification, Notification Period, Running Time, Employment Contract, Receipt of Notification.

GİRİŞ

Fesih, iş sözleşmesini tek taraflı olarak derhal veya belli bir bildirim süresinin geçmesinden sonra sona erdirmeye ilişkin, karşı tarafa ulaştığı andan itibaren, geleceğe yönelik olarak hüküm ve sonuçlarını hasıl eden bir irade açıklamasıdır. Fesih hakkı her iki tarafa tanınmış olup, iş sözleşmesini tek taraflı olarak ve karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın sona erdirme imkanı veren, bozucu yenilik doğuran bir haktır¹.

Fesih, bildirimli ve bildirimsiz olarak iki şekilde yapılabilir. Bildirimsiz fesih, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı sebebe dayanarak derhal sona erdirmeye yönelik bir irade açıklamasıdır. (İş K.m.24, 25; TBK.m.435). İş sözleşmesinin sona ermesi için bir sürenin (bildirim süresi) geçmesi gerekmez. Feshe ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaştığı anda sözleşme geleceğe yönelik olarak sona erer. Bu nedenle “derhal fesih”, “bildirimsiz fesih”, “haklı fesih”, “olağanüstü fesih” tabirleri kullanılmaktadır.

Bildirimli, olağan fesih ise, iş sözleşmesini fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı andan itibaren belirli bir sürenin geçmesinden sonra sona erdiren bir fesihtir (İş K.m.17; TBK.m.432). Kural olarak haklı bir nedene dayanma zorunluluğu yoktur. Ancak, belirsiz süreli iş sözleşmesinin geçerli bir nedene dayalı olarak işveren tarafından bildirimli feshinde, İş Kanununun 18. maddesinde feshin geçerli bir nedene dayanma zorunluluğu hükme bağlanmıştır.

Bildirimli fesihte, iş sözleşmesi kanunda öngörülmüş bulunan bildirim sürelerinin bitiminde sona erer. İş sözleşmesi bu süre esnasında de-

¹ Vischer, Frank; Der Arbeitsvertrag; 3. Aufl. Basel 2005, s.229; Portmann, Wolfgang – Stöckli, Jean-Fritz, Schweizerisches Arbeitsrecht; 3.Aufl., Zürich/Basel, 2013, s.191; Brunner, Christiane - Bühler, Jean Bernhard - Waeber, Jean Michel; Kommentar zum Arbeitsvetragsrecht; 2.Aufl. Basel 1997, s.166; Brühwiler, Jurg, Kommentar zum Einzelarbeitsvetrag OR Art. 319-343; 2.Aufl., Bern 1996, s.298; Oğuzman, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet İş Akdinin Feshi; İstanbul, 1955, s.41; Ekonomi, Münir, İş Hukuku Ferdi İş Hukuku; 3.B, İstanbul, 1984 s.165 vd.; Süzek, Sarper; İş Hukuku, 10.B., İstanbul 2014, s.509 vd; Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku 4.B., İstanbul 2012, s.352; Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, 26.B, s.203; Kaplan, İbrahim; Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler) 6.B., Ankara 2012, s.27; Mollamahmutoğlu, Hamdi –Astarlı, Muhittin; İş Hukuku, 5.B., Ankara 2012, s.807; Aktay, Nizamettin –Arıcı, Kadir –Kaplan Senyen, E.Tuncay; İş Hukuku, 6.B., Ankara 2013, Kaplan, s.173; Kaplan, E. Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, s.15; Akyiğit, Ercan; 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3.B., Ankara 2008, s.610

vam ettiği için, işçi ve işveren açısından kanunda öngörülen yükümlülükler aynen devam eder. Bu nedenle bildirim sürelerinin başlangıç ve sona eriş tarihinin tesbiti önem arz eder.

Makalemizde, uygulamada uyuşmazlıklara neden olan bildirim sürelerinin tesbitine ilişkin sorunlar ve bu sürelerin hesaplanması konuları üzerinde durulmuştur.

I. Bildirim Sürelerinin Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Belirsiz süreli iş sözleşmesi, sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen tarafça karşı tarafa kanunda belirtilen veya taraflarca kararlaştırılan bildirim sürelerine uygun olarak bu iradenin bildirilmesi ile sona erdirilebilir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin tarafların tek yanlı irade beyanları ile serbestçe feshi ilkesi, kişilik haklarının korunması ilkesine² ilişkin kanuni düzenlemenin sonucudur (TMK.m.23, 24; Art. 27 ZGB)³.

Zira, tarafların süresi belirsiz bir sözleşmeyle süresiz bir şekilde bağlanmaları kişi özgürlüğü ile bağdaşmaz. Ayrıca taraflar belirsiz süreli iş sözleşmesiyle uzun süre bağlı kalmak istemeyebilir. İşçi işyeri ve iş değiştirmek, işverende örneğin, ekonomik ve teknolojik gelişmeler neticesinde yeniden yapılanma gereği işçi çıkarmak isteyebilir⁴.

Ancak iş sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi hakkının karşı tarafa zarar vermemesi gerekir. Sözleşme tarafları, özellikle ekonomik açıdan zayıf durumda olan işçi, ağır sonuçlarla karşılaşabilirler. Bu nedenle, iş sözleşmesi bildirimli fesih ile sona erdirilmek istenen tarafa, iş sözleşmesinin sona erdirileceğinin önceden bildirilmesi gerekir. İşçi bu sürede yeni bir iş arama, işverende yeni bir işçi bulma imkanına sahip olur. İş Kanununda, fesihte uyulması gerekli bildirim süreleri öngörülmüştür (İş K.m.17). Ayrıca bu süreler içinde işçiye yeni bir iş arama izni verilmesi (İş K.m.27) ve bildirim sürelerine uyulmamasının yaptırımı da (ihbar tazminatı) kanunda düzenlenmiştir (İş K.m.17). Bildirimli fesih hakkının taraflarca amaca ve doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması halinde ise kötü niyetli fesih sözkonusu olur (İş

² Süzek, s.512; Narmanlıoğlu, s.350

³ Brühwiler, Art. 334 N.8; Nitelim, belirli süresi on yılı aşan belirli süreli iş sözleşmelerinin, on yıldan sonra sözleşme taraflarınca her zaman ve altı aylık fesih öneline uyulmak koşuluyla fesih hakkı da tarafların kişilik haklarının korunması ilkesine dayanır (BK.m.430/I, Art. 334 Abs 3 OR).

⁴ Süzek, s.512; Narmanlıoğlu, s.351

K.m.17/VI). İş Kanununda sadece işverenin fesih hakkını kötüye kullanmasının yaptırımı öngörülmüştür. Sözleşmenin işçi tarafından kötü niyetle feshinde ise işveren genel hükümlere göre tazminat talep edebilir.

2. Fesih Bildirim Süresi Kavramı ve Hukuki Niteliği

Fesih bildirim süresi, kanunen veya sözleşme ile belirlenen ve fesih bildiriminin gönderilmesi ile iş ilişkisinin sona ermesi arasında bulunması gerekli zaman süresidir. Fesih zamanı (Kündigunstermin) ise, iş ilişkisinin sona erdiği andır (örneğin ayın son günü)⁵.

Bildirim sürelerinin tanınmasının amacı, tarafların kendilerini iş sözleşmesinin sona ermesine hazırlamalarıdır. Örneğin, işçinin yeni bir iş araması, işverenin de yeni bir işçi bulması bu sürede gerçekleşebilir. Bildirim süresi içinde iş sözleşmesi sona ermez. İş ilişkisi bu sürenin sonuna kadar devam eder. Hukuki açıdan bildirim süresinin amacı, bildirim karşı tarafa ulaştığı andan itibaren iş sözleşmesini ortadan kaldırmak değil, belli bir süre geçtikten sonra (örneğin ulaştıktan dört hafta sonra), iş sözleşmesini sona erdirmektir⁶.

Bildirimli fesih, iş ilişkisini geleceğe yönelik (ex.nunc) sonuçlar meydana getirecek şekilde sona erdirir. Fesih bildirim karşı tarafa ulaştığı ve onun hakimiyet sahasına girdiği andan itibaren hüküm ifade ettiği için tek taraflı olarak geri alınamaz. Ancak irade beyanı karşı tarafa ulaşmadıysa veya ulaşmakla beraber henüz karşı tarafça öğrenilmediyse geri alınma imkanı olabilir (TBK.m.10)⁷. Karşı tarafa ulaşmış bir fesih bildiriminden geri dönülmesi ancak tarafların anlaşmasıyla mümkün olabilir⁸. Fesih, bildirim süresi sona ermemişse, taraflar anlaşarak feshi ortadan kaldırırlar. Bu durumda eski sözleşme devam eder⁹.

İş sözleşmesi bildirim süreleri esnasında devam ettiği için işçi ve işveren açısından kanunda öngörülen yükümlülükler aynen devam eder. Ayrıca işveren işçiye yeni bir iş arama izni vermekle yükümlüdür (İş K.m.27). İşçinin de bildirim süresi vererek bildirimli fesih yapması halinde de işveren tarafından, yeni iş arama izninin verilmesi gerekir.

⁵ Rehbindler Art. 355 a N.1;

⁶ Portmann - Stöckli, s.195 N.669; Kaplan, Borçlar Hukuku. 6. Bası, Ankara 2012, s.30

⁷ Oğuzman, s.134; Ekonomi, s.157; Çelik, s.208; Süzek, s.515; Narmanlıoğlu. s.359, Mollamahmutoğlu - Astarlı s.815; Kaplan, Fesih, s.2 vd.

⁸ Brühwiler, Art. 335 N.1

⁹ Schweingruber, Edwin; Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern, 1974 Art. 336 N.3; Kaplan, Fesih, s.27

Bildirim süresi verilmesi halinde iş arama izninin kullandırılması konusunda 27. maddede işverenin yükümlülüğü yerine getirmemesinin yaptırım getirilmiş, ancak iş arama izninin kullandırılmamasının bildirim önelini geçersiz kılp, kılmayacağı yolunda bir açıklık getirilmemiştir. İş arama izninin kullandırılmaması bildirim önelinin geçersiz olduğu sonucunu doğurmaz, ancak yaptırım söz konusu olur (m.27/3). Yargıtay'a göre "somut olayda ihbar öneli usulüne göre verilmiştir. İş arama izni ayrı bir alacak kalemi olup, iş arama izninin verilmemesi ihbar önelinin geçerliliğini etkilemez"¹⁰.

Diğer taraftan kanunda getirilen düzenlemeye göre, işveren bildirim sürelerinin geçmesini beklemeden, bildirim süresine ilişkin ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmesini feshedebilir (İş K.m.17/5). Bu hüküm sözleşmenin sona erme zamanının tesbiti açısından önemlidir. Yargıtay, işverenin işçinin bildirim süresine ilişkin ücretini ödeyerek iş sözleşmesini feshettiği durumlarda, iş ilişkisinin fesih ile sona erdiğini, bu nedenle işçinin bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklarını talep edemeyeceğini, ancak işverenin kanunda öngörülen bu hakkı işçiyi bildirim süresi içinde elde edebileceği haklardan yararlandırmamak amacıyla kötüye kullanması durumunda, işçinin bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklardan faydalanabileceğini kabul etmektedir¹¹. Bu görüş, hükmün amacı ve işçiyi koruma ilkesi ile bağdaşmaz. İş sözleşmesi peşin ödeme ile feshedilse bile, işçi bildirim süresi içinde çalıştırılmış olması halinde elde edeceği bütün hakları almalıdır¹². Yargıtay, daha sonra verdiği kararlarda ise, işverenin bildirim süresine uymadan ve bildirim süresine ilişkin ücreti ödemeksizin ve kötü niyetle peşin ödeme yaparak iş sözleşmesini feshetmesi halinde iş ilişkisinin bildirim süresinin sonuna kadar devam edeceğine karar vermiştir¹³.

Kanundaki düzenlemede (m.17/5), sadece işverene tanınan bildirim sürelerine ilişkin ücretin ödenerek iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı işçiye tanınmamıştır. Yargıtay, işveren tarafından bildirim süresi verilerek

¹⁰ 9.HD. 05.02.2014 E.2011/53724, K.2014/3398; Y.9.HD. 24.03.2014 E.2012/5627, K.2014/9702

¹¹ Y. 9.HD. 24.12.1982 E.9330, K.10107 İşv. Derg. XXI, S.5. Şubat 1984, s.18.

¹² Çelik; s.219; Süzek, s.527; Ekonomi, s.177 vd. ; Narmanlıoğlu, s.359; Mollamahmutoğlu - Astarlı, s.841; Kaplan (Aktay - Arıcı - Kaplan), s.179, 180

¹³ Y. 9.HD. 01.03.2004 E.13738, K.3888 sayılı karar ve eleştirisi için bkz. Taşkent, Savaş; Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, s. 57-61

İş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işçinin bildirim sürelerinde çalışmadan bu süreye ilişkin ücreti istemesine ilişkin sözleşme hükmünün geçerli olacağını eski tarihli bir kararında kabul etmiştir¹⁴. Kanunun 17. maddesinde yer alan kurallar kamu düzeni hükümleridir¹⁵. Bu nedenle bildirim sürelerini ortadan kaldırmaya yönelik anlaşmalar geçerli olmaz. Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını hasıl eder. Bildirim süresi içinde hizmet sözleşmesi aynen devam eder.

İşçinin bildirim süresi içinde iş görme edimini ifa etmeden, bu süreye ilişkin ücretini talep etme hakkı kanunda öngörülmemiştir. Ancak taraflar sözleşmede bu hususta anlaşmışlarsa ve bu sürelerle ilişkin ödemenin, işçinin hak kaybına uğramayacak bir şekilde belirlenmesi koşuluyla geçerli olacağı kabul edilebilir¹⁶. Zira Yargıtay, işverenin bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmesini feshetmesini derhal fesih olarak kabul ederek, bu süreye ilişkin haklardan işçinin yararlanabilmesini, işverenin bu süreye ilişkin ücreti tam ve peşin ödememesi ve işverenin kötü niyetli olarak peşin ödeme yaparak sözleşmeyi feshetmesi koşullarına bağlamaktadır¹⁷.

3. Kanuni Bildirim Süreleri

a- İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda Getirilen Düzenlemeler

İş Kanununda fesih bildirim süreleri işçinin hizmet süresine (kıdemine) göre kanun koyucu tarafından belirlenmiştir (İş K.m.17/II). Bu düzenlemeye göre, bildirim süreleri, işyerinde altı aya kadar çalışmış işçiler için iki, altı ay ile bir buçuk yıl çalışmış işçiler için dört, bir buçuk yıl ile üç yıl çalışmış işçiler için altı hafta, üç yıldan fazla çalışmış olan işçiler için sekiz haftadır. Bildirim süreleri, fesih bildiriminin karşı tarafa ulaşmasından itibaren işlemeye başlar. Bildirimli fesihte kural olarak bildirim sürelerinin işlemesinden sonra iş sözleşmesi sona erer. Bildirim süreleri hem işçi hem de işveren tarafından yapılan fesihlerde geçerlidir. Deniz İş Kanununda, İş K.m.17 de öngörülen bildirim süreleri kabul edilmiş (DİK.m16/B), Basın İş Kanununda ise, işçi ve işveren açısından farklı bildirim süreleri öngörülmüştür (BİK.m.6/4, 7). İş-

¹⁴ Y. 9.HD. 26.01.2000 E.296, K.561 sayılı karar için bkz. Engin, Murat; Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2000, s.1-89, s.36

¹⁵ YHGK. 29.05.1963 E.4/39, K.59.bkz. Kaplan, Fesih, s.63, dipn.110

¹⁶ Engin, s.37; Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu /Astarlı, s.841

¹⁷ Bkz. Mollamahmutoğlu /Astarlı, s.841 ve dipn. 519, 520 de belirtilen kararlar.

verenin fesih bildiriminin tesbitinde gazetecinin çalışma süresi esas alınmıştır. Gazetecinin bildirim süresi ise, çalışma süresine bakılmaksızın bir ay olarak tesbit edilmiştir (BİK.m.7).

İş Kanunlarında getirilen düzenlemeye göre, bu süreler asgari olup sözleşmelerle arttırılabilir (İş K.m.17/3, DİK.m.16/C, BİK.m.8).

Deneme süreli iş sözleşmelerinde ise, taraflar deneme süresi içinde belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın, yani herhangi bir bildirim süresi vermeden¹⁸ ve tazminat ödemeksizin sona erdirebilir (İş K.m.15/2; TBK.m.433).

Belirli süreli iş sözleşmesi on yıldan uzun süreli ise, taraflardan her biri, on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder (TBK.m.430/3; Art. 334 OR).

Türk Borçlar Kanununda da bildirim süreleri işçinin hizmet süresi dikkate alınarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta, bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta olarak belirlenmiştir (m.432/2). Kanunda getirilen düzenlemeye göre, bildirim süreleri asgari olup sözleşme ile arttırılabilir (m.432/3)¹⁹.

Ayrıca bildirim sürelerinin, her iki taraf içinde aynı olması zorunludur. Ancak sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan bildirim süresi uygulanacaktır (m.432/5)

b- Akti Bildirim Süreleri

İş Kanunu ve diğer İş Kanunlarında getirilen düzenlemelere göre, kanunda belirtilen süreler asgari olup, bu süreler iş veya toplu iş sözleşmeleri ile arttırılabilir (İş K.m.17/3, DİK 16/C, BİK.m.8). Benzer düzenleme Borçlar Kanununda da yer almıştır (TBK.m.432/3). O

¹⁸ İsviçre Borçlar Kanununda deneme süreli iş sözleşmelerine ilişkin olarak getirilen düzenlemede ise, iş ilişkisinin bir aylık deneme süresi içinde yedi gün bildirim süresi vermek suretiyle feshedebileceği öngörülmüştür. (Art. 335 b OR).

¹⁹ İsviçre Borçlar Kanununda da fesih bildirim süreleri birinci hizmet yılı için bir ay, iki yıl ile dokuzuncu yıla kadar hizmet yılı için iki ay, daha fazla hizmet yılı için ise üç ay olarak kabul edilmiştir. Herbir ilgili ayın sonunda iş sözleşmesi feshedilebilir (Art. 335 c OR). Bildirim süreleri yazılı anlaşma, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile değiştirilebilir. Bir aylık hizmet süresinde, bir ayın altında bildirim süresi, ancak toplu iş sözleşmeleri ile belirlenebilir. Brunner- Bühler- Waeber, Art. 335 c 5

halde, bu sürelerin kısa olarak belirlenmesi veya tamamen ortadan kaldırılması veya işçinin bu sürelerden feragat etmesi söz konusu olamaz; buna ilişkin sözleşme hükümleri geçersizdir. Ayrıca bu süreler bölünerek de kullanılamaz²⁰. Zira İş Kanununun fesih sürelerine ilişkin 17. maddesi emredici niteliktedir; ancak maddedeki emredicilik mutlak olmayıp, nisbi nitelikte olduğundan, 17. maddede tanınan hallerin kapsamı toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri ile işçi lehine genişletilebilir. Aksi takdirde kanunda belirtilen yasal süreler uygulanır. Geçersiz olan hükümler nedeniyle sözleşmenin tümünü geçersiz kabul etmek (TBK.m.27/2) kanun koyucunun bu süreleri kabul ediş gayesine aykırı olacağından sadece sürelerle ilgili hükümleri geçersiz kabul etmek gerekir.

c- Bildirim Sürelerinin Arttırılması

aa- Kanundaki Düzenleme

İş Kanununda getirilen düzenlemede bildirim sürelerinin arttırılabileceği öngörülmüş, ancak işçi ve işveren açısından farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılması konusunda bir açıklık getirilmemiştir (İş K.m.17/3).

İsviçre Borçlar Kanununun 335 a (Art.335 a Abs.I OR) hükmünden alınarak düzenlenen TBK.m.432/5 maddesine göre, fesih bildirim süresinin her iki taraf içinde aynı olması zorunludur, farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılması halinde, her iki tarafa en uzun bildirim süresi uygulanır.

Bu konu İsviçre, Alman ve diğer Hukuk Sistemlerinde²¹ olduğu kadar Türk Hukukunda da tartışmalıdır.

Önceleri İsviçre Federal Mahkemesi eşit olmayan fesih sürelerini geçersiz sayıyordu²². Zira fesih sürelerinin eşit olması kuraldır. İşçinin iktisaden zayıf ve bağımlı olan taraf olması nedeniyle işçiyi güvence altına alan bir önlemdir. Daha sonra Federal Mahkeme, sözleşme ile işverene işçinkinden daha uzun bir bildirim süresinin tanınması halinde, her iki taraf içinde daha uzun bildirim süresinin uygulanması yönünde karar vermiştir²³. Eşitlik kuralına uymayan söz-

²⁰ Narmanlıoğlu, s.361; Süzek, s.516; Akyiğit, s.618

²¹ Alman ve diğer hukuk sistemlerindeki tartışmalar için bkz. Kaplan, Fesih, s.52 vd.

²² BGE 42 11 247 bkz, Kaplan, Fesih, s. 52

²³ BGE 92 180 bkz, Kaplan, Fesih, dip.74

leşmeleri geçersiz saymayarak ve aykırı hüküm yerine kanuni bildirim sürelerinin uygulanmayıp, sözleşmedeki daha uzun olan önelin her iki tarafa da uygulanması yönündeki Federal Mahkeme kararına göre, 1972 de İsviçre Borçlar Kanunu m.347/f.3 maddesi değiştirilerek, işçi ve işveren için değişik sürelerin kabulü halinde uzun olan bildirim süresinin uygulanmasını öngören 336/abs.2 maddesi yürürlüğe konulmuştur (şimdi Art. 335 a OR).

Ancak Schweingruber'e göre, bu değişiklik uygulama ve mahkemelerin tutumuna göre netice verecektir. Yazara göre, bildirim sürelerinin eşit olmaması halinde en uzun bildirim süresinin uygulanacağına ilişkin bu emredici hükmün, işçiyi işverene karşı koruması daimi olmaz. Örneğin, personel eksikliğinin hissedildiği dönemlerde işveren için uzun bildirim süresi, işçi için kısa bir bildirim süresi, işçi için haksızlıklara yol açabilir. Örneğin, işçi yeni işyerinde tecrübe sahibi olmak isteyebilir. Bu nedenle hangi bildirim süresinin daha faydalı olacağı, olaya göre araştırılarak, uygun olan bildirim süresini seçmek yerinde olur²⁴.

İş Kanununda bildirim sürelerinin asgari olduğu sözleşmeler ile arttırılabileceği öngörülmüştür (m.17/3). Yukarıda da ifade edildiği gibi bu madde nisbi emredici nitelikte olduğu için işçi lehine değiştirilmesi, yani sözleşmeler ile bildirim sürelerinin işçi lehine düzenlenmesi gerekir. Türk Borçlar Kanununun 432. maddesinin 5. fıkrasında yer alan eşitlik kuralının ihlâli halinde, yani sözleşmede farklı süreler kabul edilmişse, tarafların iradeleri dikkate alınarak ve ekonomik yönden zayıf olanların korunması ilkesinden hareket ederek en uzun olan önelin kabulü gerekir. Zira TBK.m.432/5 hükmünde yer alan eşitlik ilkesini mutlak olarak almayıp iş hukukunun temel ilkesinin işçinin işverenden daha kötü duruma düşmesini önlemek olduğu düşüncesinden hareketle işçi lehine işverenin uyacağı süreyi daha uzun tutmak yerinde olur²⁵. Bu takdirde bildirim sürelerinin

²⁴ Schweingruber, Art. 336; Vischer, 233.

²⁵ Yargıtay, işveren bakımından daha uzun bildirim sürelerinin tesbitinin mümkün olduğu görüşündedir. Y9.HD.23.11.1993 E.1993/9065, K.1993/16893 Mollamahmutoglu - Asarlı, s.819, dipn.432; Soyer, BK.m.432/3, 5 hükmünün iş kanunlarına tabi iş ilişkileri hakkında da geçerli olduğunu ifade ederek bildirim önelerinin asgari olup sözleşmelerle arttırılabileceğine ilişkin düzenlemede işçiyi daha kısa bildirim süresi ile "bağlı tutma olanağının açık bırakılmasının" en uygun çözüm olduğu görüşündedir. Polat, M.Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku

kanunda düzenleniş amacına uygun hareket edilmiş olur. Ancak uzun olan sürenin uygulanması işçinin aleyhine olacaksa, kısa olan süreyi her iki taraf için de uygulamak yerinde olur.

Diğer taraftan, işçi ve işveren tarafından farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılmayacağı ilkesinin istisnasına ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 335 a Abs. II maddesinde getirilen düzenleme, Türk Borçlar Kanunu m.432 de yer almamıştır. Getirilen düzenlemeye göre, işveren iş ilişkisini ekonomik nedenlerle feshederse veya buna uygun niyetini açıklamışsa, taraflar anlaşarak, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işçi için kısa olan bildirim süresi tesbit edebilirler (Art. 335 a Abs II OR). Amaç, işçinin yeni bir işe girmesini mümkün kılmaktır. Ekonomik nedenler; birleşme, verimli hale getirme, sipariş azalması veya personel sayısında azaltmaya gitme zorunluluğu gibi işyerinin sevk ve idaresine ve devamlılığına ilişkin nedenlerdir. Bu nedenlerin işçinin, davranışları veya verimliliği ile ilgisi yoktur²⁶.

bb- Bildirim Sürelerinin Çok Yüksek Olarak Belirlenmesi

Bildirim sürelerinin asgari olduğu ve taraflarca arttırılabilmesi imkanının tanınmış olması, ancak ne kadar arttırılabileceği hususunda bir açıklık olmayışı uygulamada bildirim sürelerinin çok yüksek olarak belirlenmesine neden olmaktadır. İş K.m.17 de, ihbar önellerine bir üst sınır tanınmaması, bu artışın sınırsız olarak yapılabileceği anlamına gelmez. Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan otuz altı haftalık bildirim süresine ilişkin uyuşmazlık hakkında verdiği yeni tarihli bir kararında, toplu iş sözleşmesi yapma hakkının Anayasanın 53. maddesinde tanınan bir hak olmakla birlikte bu hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağını, ihbar öneline uyulmaması halinde ödenecek ihbar tazminatının yüksek oluşunun işverenin fesih hakkını önemli ölçüde sınırladığını, ihbar tazminatının İş Kanunundaki düzenleme amacını aştığını, işçilere yasanın tanıdığı koruma sınırlamasının aşıldığını ifade ederek ihbar tazminatı tutarından hakkaniyete uygun bir indirim yapılması gerektiği yolunda karar vermiştir²⁷.

Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre, “eğer toplu iş sözleşmesinde yer alan aşırı yüksek bildirim süreleri (ihbar tazminatları), iş aktini süreli

Bakımından Önemi, Sicil, Haziran 11 Y.6.5.22 s.12. 22, s.15; Süzek, BK.m.432/5 hükmünün İş Kanununa tabi iş akitlerinde uygulanmayacağı, sadece TBK.na tabi iş ilişkilerinde uygulama alanı bulacağı görüşündedir. s.517; Aynı şekilde Mollamahmutoglu /Astarlı; s.820

²⁶ Vischer, s.233

²⁷ Y.9HD. 12.06.2013 E.2011/23582, K.2013/18093

fesih hakkının kullanılmasını dolaylı olarak olanaksız hale getiriyor diğer deyişle anayasal sözleşme özgürlüğünü ihlal ediyorsa ve toplu iş sözleşmesi hakkının kötüye kullanılması durumunu oluşturuyorsa geçersizdir (STİST 83/5)". Bu durumda ilgili hükmün geçersizliği kararlaştırılabilir ve geçersiz hükmün yerine İş K.m.17 de getirilen yasal bildirim süreleri uygulanır²⁸.

Bir diğer görüşe göre ise, fahiş bildirim süreleri işçilerin yararına da olsa kamu yararının aleyhine olup geçerli olamaz. Kanun boşluğu giderilinceye kadar hakimın taktir hakkını kullanarak sözleşme hükmüne müdahalesi uygun olur²⁹.

Başka bir görüşe göre, bildirim sürelerinin belirlenmesi toplu iş sözleşmesi taraflarına bırakılmıştır. "İlke niteliğinde" bir üst getirilerek "bildirim sürelerindeki artış ihbar ve kötü niyet tazminatlarının toplamını geçemez" demek yerinde olmaz³⁰.

Görüşümüze göre, TİS de getirilen taraflarca fahiş olarak kararlaştırılmış ihbar önellerini, MK.m.2/II de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağının, hakkın tanınış amacı dışında kullanılmasını yasaklayan düzeltici ve düzenleyici fonksiyonu³¹ kapsamında, hakim sözleşmeye müdahale ederek³² düzeltebilir. Hakimın bu düzeltme yetkisi hukuka uygun ve yerindedir. Hakim bu düzeltmeyi yaparken, Borçlar Hukuku mevzuatımızda sürekli uzun süreli ilişkilerden olan TBK.m.620 ve devamında düzenlenmiş olan, adi şirketlerde öngörülmüş bulunan azami altı aylık feshi ihbar süresini (TBK.m.640) kıyasen dikkate alarak, TİS'deki bildirim sürelerini üç yıldan fazla devam eden hizmet ilişkileri için 24 hafta üst sınırı

²⁸ Süzek, s.520

²⁹ Mollamahmutoglu - Astarlı, s.821

³⁰ Taşkent, Savaş; İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Kamu -İş Dergisi Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s.159-203, s.169; aynı görüşte, Şahlanan, Fevzi; İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2008, Türk -İş Yayını, 136. 137 s.137; Bakırcı, Kadriye; Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi, Sicil, Mart 2007, Y.2. S.5 s.106-114

³¹ Honsell, Heinrich; Basler Kommentar zum ZGB; 2. Auf, Basel-Genf-München 2012, Art. 2 N.51

³² Kaplan, İbrahim; Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi 2.B. Ankara 2007, s.11; Kaplan, E.Tuncay; Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Arttırılmasının Üst Sınırı Sorunu, Sicil, Mart 2008, S.9, s.10-13, s.13.

ile sınırlandırılması şeklinde düzeltme yapabilir. Böylece ihbar tazminatı talepleri de azami 24 haftalık bildirim süresi ile sınırlandırılmış olur³³.

II. Bildirim Süresinin Hesabına Esas Olarak Hizmet Süresinin Tesbiti

1. Hizmet Süresinin Tesbiti

Fesih bildirim öneli, iş ilişkisinin devamı süresine göre kademeli olarak kanun koyucu tarafından öngörülmüştür (İş K.m.17). Diğer iş kanunlarında da bildirim süresinin tesbitinde çalışma süresi esas alınmış, gazetecinin fesih süresi ise çalışma süresine bakılmaksızın bir ay olarak tesbit edilmiştir (BİK.m.7).

İş Kanununda getirilen düzenlemeye göre, işçi ile işveren arasında kurulan ilişki iş ilişkisidir (m.2). Akit teorisine göre iş ilişkisi, iş sözleşmesinin yapılması ile meydana gelir. Katılma teorisine göre ise, iş ilişkisi işçinin fiilen işyerinde işe başlaması ile doğar³⁴. Türk İş Hukukunda iş sözleşmesinin yapılması ile iş ilişkisinin doğacağı kabul edilmektedir. Ancak her olayın özelliği dikkate alınmalıdır. Nitekim kanun koyucu da bu düştünceden hareket ederek, kıdem tazminatının hesabında işçinin işe başlamasının esas alınacağını öngörmüştür. Fesih bildirim sürelerinin hesabında işçinin çalıştığı süreyi de tesbit ederken sözleşmenin yapılış tarihi mi, yoksa işçinin fiilen işe başladığı tarihin mi esas alınacağı tartışmasına girmeden olaya göre karar vermek gerekir. İşçi sözleşmede belirtilen günde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle (örneğin sağlık nedenleri ile) başlayamazsa veya işveren işçiyi geç başlatırsa, hizmet süresinin sözleşmede kararlaştırılan günde başladığını kabul etmek gerekir. Ancak işçi kendi kusuruyla belirtilen tarihten sonra işe başlarsa, hizmet süresi fiilen çalışmaya başladığı tarihten itibaren hesap edilecektir³⁵. Yargıtay, fesih bildirim önellerinin tesbitinde işçinin sözleşme süresinde fiilen çalıştığı sürenin önemli olduğu görüşündedir³⁶.

³³ Alman Medeni Kanununun hizmet akdi ile ilgili 624. paragrafında feshi ihbar önellerinin üst sınırı 24 hafta olarak öngörülmüştür. Bu üst sınır toplu iş sözleşmeleri ve hizmet akitleri ile aşılamaz Soergel-Kraft, BGB § 624; 12. Aufl. Stuttgart- Berlin- Köln, 1997, Rz. 1-2

³⁴ Çelik, s.82; Süzek, 516

³⁵ Oğuzman, s.184; Çelik, s.83

³⁶ Y.9.HD. 17.09.2009 E.29103/K.26743. Yargıtay Kararları Dergisi, Nisan 2008, S.4, s.656 vd.

Diğer taraftan bildirim süresinin tesbitinde dikkate alınacak çalışma süresinin başlangıcı işçinin işe başladığı, emeğini işverene arz ettiği tarih; çalışma süresinin sonu ise fesih bildirimının muhataba ulaştığı tarihtir. Bu iki tarih arasında yer alan süre çalışma süresidir. Bildirim sürelerinin tesbitinde sadece çalışma süresi dikkate alınacak, iş sözleşmesinin devam ettiği bildirim süreleri ise hesaba katılmayacaktır. Ayrıca işçinin işe başladığı gün ile fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı gün arasında geçen sürede hastalık, gebelik, kaza, işçinin kusuru dışında tutuklanması³⁷, kanuni bir görev, tatil ve izin süreleri ile deneme süresi çalışılmış gibi dikkate alınacaktır³⁸.

Ayrıca mevsimlik işlerde Yargıtay'a göre, işçinin "çalıştığı günler veya yasaya göre çalışılmış gibi sayılan günler ve aylar toplanarak çalışma süresi tesbit" edilecektir³⁹.

2- Bildirim Süresinin İşlemesini Engelleyen Durumlar

Çalışma süresine göre belirlenen bildirim süreleri, kanunda belirtilen hallerde ve askı durumlarında işlemez, (TBK.m.432/6); önceden işlemeye başlamışsa bu durumların ortaya çıkması halinde durur⁴⁰. Diğer bir ifadeyle, işverenin fesih hakkı, işçinin askerlik, hastalık veya iş kazası nedeniyle ve hamilelik durumunda, yani geçici olarak iş görme edimini ifa edemediği durumlarda kanunen zaman yönünden sınırlandırılmış olup, yapılacak fesih bildirimini hiçbir hukuki netice doğurmaz. Bu sınırlamalar işçi lehine düzenlenmiştir ve emredici olup sözleşme ile sınırlandırılmayacağı gibi tamamen kaldırılamaz. Ancak işçi lehine genişletilebilir. Bildi-

³⁷ Yargıtaya göre, kusuru dışında tutuklanan işçinin tutukluluk süresi kıdem süresine katılmaz. Bkz. Narmanlıoğlu, s.556, dipn. 629 da belirtilen kararlar. Aynı şekilde Yargıtay, işçinin iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürelerin kıdem hesabında dikkate alınmayacağı görüşündedir. Bkz. Y.9.HD. 20.4.2009, E. 2009/42879 K. 2009/11009, s.669 N.323; Çil, Şahin; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (B.3). Ankara 2010

³⁸ Ekonomi, s.328; Çelik, s.332; Narmanlıoğlu, s.363, s.554; ; Süzek, s.516; Mollamahmut oğlu/Astarlı, s.817

³⁹ Y. 9.HD. 14.04.1980 E.3546 K.3257; Narmanlıoğlu, s.363, dipn. 92

⁴⁰ Mollamahmut oğlu - Astarlı, s.821; Süzek, s.498; Narmanlıoğlu, s.364

rim süreleri askı süresinin sonunda işlemeye başlar. Bu sürede kural olarak⁴¹ ücret ödenmez⁴². İşveren, sözleşmenin askıya alınmasına neden olan sebep dışında, haklı nedenle, örneğin sadakat borcuna aykırılık nedeniyle, iş sözleşmesini feshedebilir.

Muvazzaf askerlik dışında, manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır (İş K.m.31/1.2). İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için işte en az bir yıl çalışmış olması gerekir. Bu iki aylık (en fazla doksan gün) askı süresi içinde taraflar belirsiz süreli iş aktini feshederse, bildirim süreleri işlemez; askı döneminin sona ermesinden itibaren işlemeye başlar. İş sözleşmesinin askıya alınma sürecinde ücret ödenmez (İş K.m.31/4).

İş Kanununun 25/I. b-a maddesine göre, işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işverenin iş sözleşmesini bildirimden önce fesih hakkı, devamsızlığın, 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta geçmesinden sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddeye göre, kadın işçinin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olup, çoğul gebelikte doğum önce çalıştırılmasının yasak olduğu süreye iki hafta süre eklenir. Belirtilen sürelerde kadın işçinin iş sözleşmesi askıdadır; ancak bu sürelerin geçmesi ile işverenin bildirimden önce fesih hakkı doğar. Ayrıca, işçinin iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürede ücret işlemez. Yargıtaya göre, işçinin raporlu olduğu sürede işveren fesih bildiriminde bulunmuşsa, fesih bildirimini rapor süresinde hukuki sonuç doğurmaz; rapor

⁴¹ Ancak İş K.m.24/III ve 25/III de getirilen zorlayıcı nedenlerle iş aktinin askıya alınması durumunda işçilere bir hafta süreyle yarım ücret ödenir (m.40). Ayrıca, maktu aylık ücretli işçilere hasta izinli veya sair nedenlerle mazeretli oldukları hallerde de aylıkları tam olarak ödenir (m.49, 4).

⁴² Türk Borçlar Kanununun 409 maddesine göre, uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür. İsviçre Borçlar Kanununda ücret ödenebilmesi için, iş ilişkisinin üç aydan fazla sürmüş veya üç aydan fazla bir süre için yapılmış olması öngörülmüştür. Ayrıca ödenecek ücretin miktarının belirlenmesinde, sınırlı bir süreye düşen ve ayına ilişkin ödemelerinde dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır (Art. 324 a OR). Geniş bilgi için bkz. Kaplan E.Tuncay, İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engellyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul, 2011, s.592

süresinin bitiminde fesih gerçekleşir. Bu sürede yürürlüğe giren toplu iş sözleşmesi hükümlerinden işçinin yararlandırılması gerekir⁴³.

Yıllık izinlere ilişkin İş K.m.59/2 de getirilen düzenlemeye göre, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde 17 nci maddede belirtilen bildirim süreleri ile yıllık ücretli izin süreleri iç içe giremez. O halde, bildirim süresi yıllık izin süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlar. Kanunda sadece işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi durumunun öngörülmesi nedeniyle, Yargıtay, işçi tarafından iş sözleşmesinin feshi durumunda bildirim süreleri ile yıllık izin süresinin iç içe girebileceğinin kabulü gerekeceği görüşündedir⁴⁴.

Kanuni grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalır (STİSK.m.67/3). Bu süre esnasında fesih bildiriminde bulunulsa dahi bildirim süreleri işlemez. Diğer taraftan bu süre kıdemin hesabında dikkate alınmaz.

Yine zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesi bir hafta askıda kalır (İş K.m.24/III; İş K.m25/III). Ayrıca işçinin gözaltına alınması ve tutuklanması halinde devamsızlığın sürdüğü 17 nci maddede belirtilen bildirim süreleri esnasında, işçinin evlenmesi, ana veya babanın, eşin, kardeş yahut çocukları ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin sürelerinde de (İş K.m.46/III) iş sözleşmesi askıda kalır.

Diğer taraftan, işveren tarafından yapılan ücretsiz izne çıkma önerisinin yazılı olarak yapılması ve işçilerin bu öneriyi altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmesi halinde, iş sözleşmesi askıya alınmış olur⁴⁵. Ancak askı süresi taraflarca belirli bir süreye bağlanmamışsa veya belli bir süreye bağlanmışsa, her iki durumda da olayın özelliği dikkate alınarak geçici makul bir süreden sonra işçiler iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilirler⁴⁶. Yargıtay, ücretsiz izin süresinin kararlaştırılmadığı hallerde makul sürenin aşılması halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedileceğini kabul etmektedir⁴⁷.

⁴³ Çelik, s.212 dipn. 41 ve 42'de belirtilen kararlar

⁴⁴ Y.9HD. 05.09.2010, E.2008/33424 K.2010/22100 Bkz. Mollamahmutoğlu - Astarlı, s.822 dipn.441; Akyiğit, s.616

⁴⁵ Süzek, 490

⁴⁶ Süzek, s.491, 492

⁴⁷ Y.9HD. 30.03.2006, 28789/8012. Süzek, s.492 dipn.39

III. Bildirimsiz Fesihle Kısa Bildirim Süresinin (Sosyal Süre-Sozialfrist) Tanınması

İsviçre Hukukunda bildirimsiz (haklı nedenle) fesihle bir sosyal süre (Sozialfrist), yani bildirimli fesihle sözleşme ile belirlenen bildirim süresinden daha kısa bir bildirim süresinin kabul edilip edilemeyeceği sorunu tartışmalıdır.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre; bildirimsiz fesihle iş sözleşmesini fesheden işveren, feshin sonuçlarını hafifletmek için, bildirimli fesihdeki bildirim sürelerinden daha kısa bir bildirim süresi (Sozialfrist) verebilir. Bu sürenin uzunluğunu fesheden işveren tesbit eder. Ancak, işveren yapılan feshin bildirimsiz fesih olduğunu açıkça belirtmelidir. Eğer söylemezse yapılan fesih bildirimli fesih olarak kabul edilebilir. Belirlenen sürenin, bildirimli fesih süresinden daha kısa olması gerekir. Ayrıca fesheden, süre sonuna kadar iş ilişkisinin çekilmez bir hale geldiği intibasını uyandırmalıdır. Zira, kısa bildirim süresi tanınmış olmasına rağmen fesih bildirimsiz fesihtir. Karşı taraf (işçi) bu süreyi kabul etmek zorunda değildir. Kabul etmezse iş ilişkisi derhal sona erer⁴⁸.

Bir başka görüş ise; sosyal nedenlerle bildirimli feshe ilişkin sürelerden daha kısa bildirim süreleri ile fesih yapılamayacağını, kanunun iş ilişkilerinin haklı nedenlerle feshinde, kısaltılmış bildirimli fesih süreleri ile sona erdirilmesine ilişkin bir çözüm getirmediğini kabul etmektedir. Güven ilişkisi objektif kriterlere ve zarar gören tarafın subjektif kriterlerine göre derinden sarsılmış ise, iş ilişkisinin bildirimsiz olarak derhal feshi yegane yol olarak görülebilir. Böyle bir durumda ise, bildirimli feshin kısaltılmış fesih süresi ile belirlenen süreden önce sona erdirilmesi yerine, iş sözleşmesini sona erdirme sözleşmesi (Aufhebungsvertrag) yapılması kararlaştırılabilir (Art. 115 OR). Ancak sözleşmeyi sona erdirme sözleşmesinin yapılması tavsiye edilir⁴⁹.

Sosyal sürenin (Sozialfrist) tanınabileceğini kabul eden bir diğer görüşe göre; bildirimsiz fesih, iş ilişkisini derhal veya sosyal sürenin sona ermesi ile hüküm ve sonuçlarını hasıl eder. Eğer, taraflardan biri için bildirimsiz fesih şartları oluşmuşsa, feshedebilir; ancak bildirimsiz olarak feshetmek zorunda değildir. Fesih hakkı olan taraf fesihten vazgeçebilir

⁴⁸ Rehbinder, Manfred; Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Art. 331-355 OR, Bern 1992, Art. 337. N.19

⁴⁹ Brühwiler Art.337 OR N.12

veya diğer tarafa bildirimli fesihle belirlenen fesih bildirim sürelerinden daha kısa süre sosyal bildirim süresi (Sozialfrist) tanıyabilir. Bu durumda ise bildirimsiz fesih değil, sosyal süreli bildirimsiz fesih sözkonusu olur⁵⁰. Sosyal sürenin tanınması, iş sözleşmesi feshedilenin menfaati düşünülerek yapılmıştır. Şüphesiz bu konuda feshedilenin iradesine baskı yapılmaz⁵¹.

Diğer bir görüşe göre; bildirimsiz fesihle iş ilişkisi, fesih bildiriminden karşı tarafa ulaşması ile sona erer. Bildirimsiz, haklı nedenle fesih için başka bir çözüm, yani özellikle bildirimli fesihle öngörülen bildirim sürelerinden daha kısa bildirim sürelerinin belirlenmesi mümkün değildir. Zira kanun tek taraflı olarak kanuni veya akti bildirim sürelerinin kısaltılmasına müsaade etmemektedir⁵².

Görüşümüze göre; bildirimli fesih için öngörülen sürelerden daha kısa süreler belirlenerek belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshi mümkün değildir. Haklı nedenlerle belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmeleri feshe yönelik irade açıklamasının karşı tarafa, karşı tarafın bilgi sahasına ulaşması ile sona erer. Haklı nedenlere dayanarak işveren ve işçi iş sözleşmesini her zaman sona erdirebilirler. Bunun, sosyal bildirim süresi tanınmak suretiyle, uzatılması mevcut kanuni düzenlemeler karşısında yerinde görülmemek gerekir. Ayrıca böyle bir sürenin tanınması, mevcut iş ilişkisine etkisinin hüküm ve sonuçların tesbitinde, hukuki sorunlar ortaya çıkarabilir.

Diğer taraftan TBK.m.435 de getirilen tanıma göre, haklı sebep, “dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek durum ve koşullardır” (Art. 337 Abs. 2 OR). O halde, hizmet ilişkisinin çökilemeyecek hale gelmesinin tesbitinde işin çeşidi, tarafların sosyal durumları sözleşmenin süresi, karşı tarafın tutumu gibi değişik hususlar dikkate alınmalıdır. İş münasebeti sürdürülebilecek gibiyse bildirimsiz (haklı nedenle) feshe gidilmemelidir. Böyle bir durumda taraflarca anlaşarak hizmet aktini sona erdirmeye ilişkin bir anlaşma (ikale) yapılması durumunda ise, bir fesih sözkonusu değildir ve fesih ile ilgili koruyucu hükümler burada uygulanmaz. Ayrıca tarafların sona erdirme sözleşme-

⁵⁰ Porttmann - Stöckli, s.219, N.745, 746, 749

⁵¹ Porttmann - Stöckli, s.196, N.676

⁵² Brunner - Bühler - Waeber, Art. 337 OR N.12

sinde aksi kararlaştırılmamışsa tazminat istemeleri de mümkün değildir⁵³. Zira taraflar anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirdikleri için belirli süreli akitlerde sürenin bitimine kadar beklenilmez. Belirsiz süreli akitlerde ise, bildirim sürelerine uyulmaması nedeniyle tazminat istenmesi mümkün değildir. İhbar ve kıdem tazminatı iş sözleşmesinin feshine bağlı ödemelerdir⁵⁴. Ancak aksi kararlaştırılabilir. Yargıtayda bir kararında "tarafların bozma sözleşmesine ihbar ve kıdem tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmalarının da mümkün olacağına hükmetmiştir⁵⁵.

IV. Bildirim Sürelerinin Hesaplanması

İş Kanununda fesih bildirim süresinin ne zaman sona erdiğinin, yani iş sözleşmesinin sona erdiği tarihin kesin olarak belirlenmesinin gayesi, öncelikle sözleşme süresinin tesbitidir. Diğer taraftan fesih bildirim süresi esnasında işçiye yeni iş arama, işverene de yeni bir işçi bulma imkanı verir.

Fesih bildirim önelleri, fesih bildiriminde bulunulan günü izleyen günden başlar. Ancak Anayasa Mahkemesi sürelerin hesabında, sürenin başlangıcı olan günün de hesaba katılması görüşündedir⁵⁶. Belirsiz süreli iş sözleşmesi, sözleşmenin feshine ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşmasından itibaren işlemeye başlayan bildirim sürelerinin bitiminde sona erer.

Fesih bildiriminin hüküm ve sonuçlarının hasıl edebilmesi, bildirim karşı tarafa ulaşmasına bağlıdır. Bildirim süresi bu tarihten itibaren işlemeye başlar⁵⁷. Bildirim karşı tarafın hakimiyet sahasına ulaşması için

⁵³ Ekonomi, s.163

⁵⁴ Mollamahmutoğlu /Astarlı, s.712;

⁵⁵ Y.9.HD. 25.05.2011, E.2010/1650, K.2011/15378 İşveren (Yargıtay Kararları) Özel Eki, Mayıs-Haziran, s.4; Yargıtay bir başka kararında da "işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla feshi gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanması şüphesinin" ortaya çıktığını, bu nedenle irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapmak konusunun "makul yararının" bulunup bulunmadığının araştırılması gerekliliğini, "makul yarar" ölçüsünün, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmasını belirtmiştir. Y.9.HD. 21.04.2008, E.2007/312, K.2008/9600

⁵⁶ Any.Mah. 08.12.1966 5/45 (RG. 28.06.1967, 12633)

⁵⁷ Brühwiler, Art. 335 N.3/a; Akyiğit, s.616; Narmanlıoğlu s.362; Kaplan, Fesih, s.16 Yargıtaya göre de, "hizmet aktinin feshi, bu yöndeki irade beyanının karşı tarafa ulaşması

gereken herşey yapılmışsa geçerli bir fesih bildirimini sözkonusu olur. Muhatap tarafından bunun geç öğrenilmesi durumu değiştirmez⁵⁸.

Feshe yönelik irade açıklamasının, iş ilişkisini sona erdirecek kadar açık ve şüpheye yer vermeyecek kadar belirli olması gerekir⁵⁹. Ayrıca fesih bildirimini gönderen tarafın, feshin iş ilişkisini hemen mi, yoksa belli bir sürenin geçmesinden sonra mı sona erdireceğini belirtmesi gerekir. Kural olarak fesih yenilik doğuran haklardan olduğu için şarta bağlı olarak yapılamaz⁶⁰. Şartsız feshin gayesi, fesih bildirimini yapılan tarafı belirsiz bir hukuki durumda bulunmaktan korumaktır.

İş Kanununun 109. maddesinde, bu kanunda öngörülen bildirimlerin yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerektiği, bildirim yapılan kişinin bunları imzalamaması halinde, durumun o yerde tutanakla tesbit edileceği öngörülmüştür. 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat bu kanun hükümlerine göre yapılır. Yazılı olarak yapılması koşulu ispat koşuludur. Ancak geçerli nedenle belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, fesih bildirimini yazılı yapılması geçerlilik koşuludur (İşK.m.19/I).

Yargıtay'a göre "fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması bunu örnek verilebilir"⁶¹

Fesih bildiriminden muhatabın haberi varsa veya doğruluk dürüstlük kuralı gereğince bildirim ulaştığı anlaşılıyorsa yahut muhatap fesih bildirimini havi mektubu postacıdan veya tebliğ memurundan almayı reddederse, fesih beyanı kabulün reddedildiği anda ulaştığı sayılır. Yine işçi işverene haber vermeden tatile çıkarsa, bildirim işçinin son adresine

ile hukuki sonuçlarını doğuran hukuki bir işlemdir". HGK 12.06.1991, E.91/9-287 K.91/349 Narmanlıoğlu, s.363 Dipn.89

⁵⁸ Süzek, s.515

⁵⁹ Schweingruber, s.227; Süzek, s. 513

⁶⁰ Brunner - Bühler - Waeber. Art. 335 N.4; Brühwiler, Art. 335; Rehbindler, Art. 335 N.6 Oğuzman, s.172; Süzek, s.513 ve dipn. 28 de belirtilen Yargıtay kararları; Çelik, s.207; Narmanlıoğlu, s.358; İstisnai olarak şarta bağlı feshin geçerli sayılabilmesi hakkında bkz. Schweingruber, s.227; Kaplan, Fesih, s.24 vd.

⁶¹ Y.9.HD. 12.06.2013, E.2011/23582, K.2013/18093

yapılır. Eğer fesih bildirim işçinin hakimiyet alanına ulaşırsa, muhataba ulaşılmış sayılır⁶².

7201 sayılı Tebligat Kanununun 10. maddesine göre tebligat tebliğ yapılacak şahsa bilinen son adresinde yapılır.11.01.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanunun 3. maddesi ile 7201 sayılı Kanunun 10. maddesine ilave edilen 2. fıkrasına göre bilinen en son adrese tebligata elverişli olmadığının anlaşılması veya tebliğ yapılamaması halinde muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi bilinen en son adres olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır (Yön. m.16/1, 2)⁶³.

Kendisine tebliğ yapılacak şahıs adresinde bulunmazsa; tebliğ kendisi ile aynı konutta oturan kişilere veya hizmetçilerinden birine yapılır (m.16). Muhatap yerine kendisine tebliğ yapılacak kimsenin onsekiz yaşından aşağı olmaması gerekir (m.27).

7201 sayılı Kanunun 21. maddesinin 1. fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkraya göre, gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış ise, tebligat memuru tebliğ olunacak evin bulunduğu muhtar heyetine, ihtiyar heyeti azasına veyahut zabıta amirine imza karşılığında teslim eder ve ihbarnameyi gösterilen adresteki binasına kapısına yapıştırır, yapıştırma tarihi tebliğ tarihi sayılır.

Muhatap o adreste bulunmazsa veya muhatabın veya kendisine tebligat yapılacak kişi tebellüğden kaçarsa evrak o yerin muhtarına, ihtiyar heyeti ve meclis üyesine imza karşılığı verilir. Tebliğ memuru ihbarnameyi gösterilen adresteki kapıya yapıştırır. Adresin kapısına yapıştırıldığı tarih tebliğ tarihi sayılır (Yön.m.31)⁶⁴.

Diğer taraftan, fesih bildirim süresinin son gününün tatil günlerine gelmesi durumuna ilişkin bir düzenleme İş Kanununda yoktur. Borçlar Kanununun 93. maddesinin birinci fıkrasında (Art. 78 OR) de getirilen düzenlemeye göre, ifa zamanı veya sürenin son günü kanunlarda tatil olarak

⁶² Brühwiler, Art. 335. N.3/b

⁶³ RG. 19.01.2011 27820

⁶⁴ 7201 sayılı Kanunun 7. maddesine 6099 sayılı Kanun ile eklenen düzenlemeye göre, tebligata elverişli bir elektronik adres vererek tebligat yapılmasını isteyen kişiye elektronik yolla tebligat yapılabilir. Tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günü sonunda yapılmış sayılır. (m.70)

kabul edilen bir güne rastlarsa kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer. 93. madde hükmüne göre, bir günlük kanuni süre uzatımı söz konusu olur. Ancak, emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile aksinin kararlaştırılması mümkündür⁶⁵.

Bu madde edim yükümlülüklerinde sınırsız uygulanır. Ancak maddi edimin ifasına ilişkin bir hüküm olduğu için, iş sözleşmesinin feshinde uygulanmaz. Fesih bildirimindeki adrese ulaşamama bir edimin ifası yerine geçmez⁶⁶. Sözleşme ile tesbit edilen sürelerde m.93 hükmü (Art. 78 OR) uygulanmaz⁶⁷. Zira fesih bildirim süresi tatil günlerine rastladığı takdirde, ortada fiilen maddi bir edim yükümlülüğü söz konusu olmadığı için, yani işçinin iş görme edimini ifa yükümlülüğü bulunmadığından iş sözleşmesi tatil gününde sona erer; herhangi bir kanuni süre uzatımı söz konusu olmaz. Bunun hukuki sonucu ise, işçinin, fesih bildirim süresinin tatil gününe rastladığına ilişkin bir talep hakkının olamayacağıdır.

İş Kanununda işçinin kıdemine göre belirlenen sürelerde hafta esaslı kabul edilmiştir. Haftaların hesaplanmasında kanunda bir açıklık getirilmediği için, Borçlar Kanununun buna ilişkin hükmünün uygulanması gerekir. TBK. m.92/1. b.2 (Art. 77 OR) hükmüne göre, "hafta olarak belirlenmiş süre, son haftanın sözleşmenin kurulduğu güne ismen uyan gününde dolmuş olur"⁶⁸. TBK.m. 92/1.b.2 (Art. 77 OR), bütün hukuki fiillerde sürelerin hesaplanmasını düzenlemektedir. Borçların ifa edilmediği pazar ve tatil günleri bu günlerin hesabında dikkate alınır. Ancak taraflar tatil günlerinin hesaba katılmamasını sözleşme ile öngörebilirler. Bu takdirde bildirim süreleri bu günlerde işlemez⁶⁹.

SONUÇ

Fesih bildirim süreleri, İş Kanununda işçinin kıdemine göre iki, dört, altı, sekiz hafta olarak düzenlenmiştir. Ancak bu süreler asgari olup sözleşmelerle arttırılabilir. Bu konuda bir sınırlama getirilmemiş olması, bildirim sürelerinin çok yüksek olarak belirlenmesine neden olmaktadır. İş Kanununda yapılacak bir düzenleme ile TBK.m.620 ve devamında düzenlenmiş adi şirketlerde öngörülmüş olan azami altı aylık feshi ihbar süresi

⁶⁵ Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2013, s.955

⁶⁶ Brühwiler Art. 335 N. 3a

⁶⁷ Honsell -Vogt -Wiegand, Art 78 IV. 1, 2, 3, 4

⁶⁸ İsviçre Hukukunda aylık fesih bildirim sürelerinin hesap edilmesinde, feshi takip eden ayın sonu kabul edilmiştir. (Art. 335 c Abs. 1 OR)

⁶⁹ Honsell -Vogt -Wiegand, Art. 77 N. 1, 2

(TBK.m.640) kıyasen alınmalıdır. Böylece, ihbar tazminatı talepleri de azami 24 haftalık bildirim süresi ile sınırlandırılmış olur.

İş Kanununda, işçi ve işveren açısından farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılması konusunda bir açıklık yoktur. TBK.nun 432/5 maddesine göre, fesih bildirim sürelerinin her iki taraf içinde aynı olması zorunludur. Farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılması halinde her iki tarafa da en uzun bildirim süresi uygulanır. Maddede yer alan eşitlik ilkesini mutlak olarak almayıp, işçi lehine işverenin uyacağı süreyi daha uzun tutmak yerinde olur. Ancak, uzun olan sürenin uygulanması işçinin aleyhine olacağına kısa olan süreyi her iki taraf içinde uygulamak uygun olur.

Bildirim süreleri iş sözleşmesinin kaza, hastalık, gebelik ve doğum, ücretli izin gibi nedenlerle askıda kaldığı sürede işlemez. Bildirim süreleri, fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı anda işlemeye başlar. Sürelerin sona erdiği tarihte iş sözleşmesi sona erer.

Diğer taraftan bildirimsiz fesihte, sosyal nedenlerle bildirimli fesihteki bildirim sürelerinden daha kısa bildirim sürelerinin (sosyal süre) tanınıp tanınmayacağı İsviçre Hukukunda tartışmalıdır. Bildirimsiz fesihte işçi ve işveren iş sözleşmesini haklı nedenlere dayanarak her zaman sona erdirebilir. Sosyal süre tanınması mevcut kanuni düzenlemeler karşısında yerinde görülmemektedir. Ayrıca, böyle bir sürenin tanınmasının mevcut iş ilişkisine etkisinin hüküm ve sonuçları, yeni hukuki sorunlar ortaya çıkarabilir.

KAYNAKÇA

- AKTAY, Nizamettin - ARICI Kadir – KAPLAN SENYEN, E. Tuncay; İş Hukuku, 6.B, Ankara 2013
- AKYİĞİT, Ercan; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2.B. Ankara 2008
- BAKIRCI, Kadriye; Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi, Sicil, Mart 2007 Y.2. S.5, s.106-111
- BRUHWİLER, Jürg; Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag OR. Art. 319-343, 2. Aufl, Bern 1996
- BRUNNER, Christiane -BÜHLER, Jean Michel –WAEBER Jean Bernard; Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl. Basel 1997
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 26.B. 2013
- ÇİL, Şahin; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (3.B.) Ankara 2010
- EKONOMİ, Münir; İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, 3.B, İstanbul 1984
- ENGİN, Murat; Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s.1-89
- EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası. Ankara 2013
- HONSELL, Heinrich –VOGT, Nedim Peter –WİEGAND, Wolfgang (Hrsg); Obligationenrecht Art. 1-529 OR 5. Aufl. Basel/Bern/Zürich, 2011
- HONSELL, Heinrich; Basler Kommentar zum ZGB; 2. Aufl.; Art. 2 N:51; /Genf/München, Basel 2012.
- KAPLAN E. Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987
- KAPLAN E. Tuncay; Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Arttırılmasının Üst Sınırı Sorunu Sicil, Mart 2008, S.9, s.10-13
- KAPLAN, E. Tuncay; İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s.567-595
- KAPLAN, İbrahim; Borçlar Hukuku (Genel Hükümler); 6. B. Ankara 2012
- KAPLAN, İbrahim; Hakim Söleşmeye Müdahalesi, 2.B. Ankara 2007
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi -ASTARLI, Muhittin; İş Hukuku, 5.B. Ankara 2012
- NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, 4.B. İstanbul 2012
- OĞUZMAN, M. Kemal; Türk Borçlar Hukuku ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş Aktinin" Feshi, İstanbul 1955

- POLAT, M. Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni Türk Borçlar Kanunu” Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil, Y.6. S.22 s.12-22
- PORTMANN, Wolfgang - STÖCKLI, Jean Fritz; Schweizerisches Arbeitsrecht 3.Aufl. Zürich-Basel, 2013
- REHBİNDER, Manfred; Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Art. 331-355, Bern, 1992
- SCHWEİNGRUBER, Edwin; Kommentar zum Arbeitsrecht, Bern 1974
- SOERGEL - Kraft; BGB § 624. 12. Aufl. Stuttgart- Berlin – Köln, Rz 1-2
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 10 B. İstanbul 2014
- ŞAHLANAN, Fevzi; İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2008, Ankara 2010, s.136-137
- TAŞKENT, Savaş; Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, s.57-61
- TAŞKENT, Savaş; İş ilişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2009, Ankara 2011, s.159-203
- VİSCHER, Frank; Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. Basel 2005