

YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİ İÇERİSİNDE HAKSIZ FESİH İLE SONA ERMESİ

*UNFAIR TERMINATION OF THE FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACT IN ITS DURATION
PERIOD WITHIN THE FRAMEWORK OF SUPREME COURT DECISIONS*

Araştırma Makalesi
Doç. Dr. İstar URHANOĞLU*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	86
I. İŞVERENİN HAKSIZ FESHİ İLE SONA ERME	87
A. Bakiye Süre Ücreti Tutarı Tazminat	90
B. Haksız Fesih Tazminatı	95
C. Kıdem ve İhbar Tazminatı	98
D. İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanabilirliği	99
II. İŞÇİNİN HAKSIZ FESHİ İLE SONA ERME	102
A. Yeni İşverenin Sorumluluğu	102
B. İşçinin Sorumluluğu	103
III. SÖZLEŞMEDE CEZAI ŞARTA İLİŞKİN HÜKMÜN VARLIĞI	104
A. Cezai Şartın Geçerliliği	104
B. Cezai Şartın İndirilmesi	108
C. Bakiye Süre Ücreti Tutarı Tazminat ve Cezai Şart İlişkisi	110
D. Haksız Fesih Tazminatı ile Cezai Şart İlişkisi	113
E. Türk Borçlar Kanunu m.439 ve Cezai Şart İlişkisi	114
SONUÇ	115
KAYNAKÇA	119

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1093421

Makalenin Geliş Tarihi: 25.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 17.05.2022

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi.
E-posta: istarurhanoglu@hacettepe.edu.tr

ORCID: 0000-0002-3769-9260

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

ÖZ

İş sözleşmesinin işveren veya işçi tarafından haklı nedenlere dayanılarak feshedildiğinin ileri sürülmesine karşın gerçekte böyle bir neden yoksa veya haklı nedenler bulunmakla birlikte fesih hakkı hak düşümü süresi içinde kullanılmamışsa ya da usulüne uygun olarak yapılmamışsa haksız sayılır. Haksız fesih belirsiz veya belirli süreli iş sözleşmelerinde işveren veya işçi tarafından yapılabilir. Belirli süreli iş sözleşmesinin herhangi bir haklı nedene dayanmaksızın sürenin bitiminden önce işverence sona erdirilmesinin hukuki sonucu İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Türk Borçlar Kanunu bu tutumun bir haksız fesih oluşturduğunu, sözleşmeyi sona erdirdiğini, işçinin bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarını *tazminat* olarak talep edebileceğini ve mahkemenin hükmetmesi halinde ayrıca bir haksız fesih tazminatını isteyebileceği açıkça hükme bağlamıştır.

Anahtar Kelimeler: Belirli süreli iş sözleşmesi, Haksız fesih, Fesih hakkı, Bakiye süre, Cezai şart

ABSTRACT

Although it is claimed that the employment contract is terminated by the employer or the employee on the basis of just causes, if there is no such reason in reality or if the right of termination is not exercised within the period of forfeiture, or if it is not duly made, it is considered as wrongful termination. In employment contracts for a definite or indefinite period, wrongful termination can be made by the employer or employee. The legal consequence of the termination of an employment contract for a definite period by the employer before the expiry of the term without any just cause is not regulated in the Labor Law. The Turkish Code of Obligations clearly stipulates that; this attitude constitutes wrongful termination; it terminates the contract, the worker can claim the amount of wages related to the remainder contract period as compensation, and he can also demand wrongful termination compensation if the court decides in that way.

Keywords: Employment contract for a definite period, Wrongful termination, Right of termination, Remainder period, Penal clauses

GİRİŞ

Belirli süreli iş sözleşmesi, sürenin sona ermesiyle kendiliğinden sona erdiği için feshe karşı korumaya ilişkin hükümler ile olağan feshe ve fesih bildirim sürelerine ilişkin hükümler uygulanamaz.

4857 sayılı İş Kanunu m.17'de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli fesih yolu ile sona ermesi, m.24 ve 25'te belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haklı nedenle sona ermesi düzenlenmiştir. Ancak belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesinin

hukuki sonuçları İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Konuya ilişkin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.430'a göre ise; *“Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. ... Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder. Sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.”*

Belirli süreli iş sözleşmelerinin nitelikleri süreli feshe uygun olmayıp ancak haklı nedenle fesih ile sona erdirilebilirler. 4857 sayılı İş Kanunu m.24 ve 25'te düzenlenmiş bulunan haklı nedenle fesih kurumu, belirsiz ve belirli süreli iş sözleşmeleri için uygulanabilir niteliktedir.¹

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından İş Kanunu m.25/II kapsamı dışında kalan haklı sebeplerle ya da haklı bir sebep olmaksızın feshedilmesi veyahut işçinin süresinden önce haklı sebeple ya da emeklilik, evlenme, askerlik gibi sebepler ile iş sözleşmesini sonlandırması halinde diğer koşullar da var ise kıdem tazminatına hak kazandırır.²

Önemine binaen belirli süreli iş sözleşmesinin işverenin haksız feshi ve işçinin haksız feshi ile sona ermesi detaylı olarak incelenmelidir.

I. İŞVERENİN HAKSIZ FESHİ İLE SONA ERME

İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın süresinden önce sona erdirilmesinin hukuki sonucu düzenlenmemiştir.³ Belirli süreli iş sözleşmelerine kural olarak iş güvencesi hükümleri uygulanmadığı için işçi, iş

¹ SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s.332 vd.; SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, Hüküm ve Sonuçları”, **Sicil İHD**, 2016, s. 17-33; EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 740.

² SENYEN KAPLAN, 2020, s. 332 vd.; KAPLAN SENYEN, 2016, s. 17-33; EKMEKÇİ / YİĞİT, 2020, s. 740.

³ SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 728.

sözleşmesinin işverence haksız feshi halinde İş Kanunu m.18 vd.'nda düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız feshedilmesine ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu m.438'de bir düzenleme yer almaktadır. Madde hükmüne göre; *“İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir. Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz.”*. İsviçre Borçlar Kanunu m.337c'ye paralel olarak, hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesinin hüküm ve sonuçları ilk defa ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.⁴

Bu düzenleme, iş güvencesi kapsamında olmayan ancak İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanabilir niteliktedir. Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından da uygulanabilir niteliktedir. Düzenlemeye göre, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir neden olmaksızın sonlandırılması kusurlu imkânsızlık ya da işveren temerrüdü değil sözleşmenin haksız feshidir. Türk Borçlar Kanunu'nda işveren tarafından yapılan haksız feshin hukuki sonuçları m.438'de açıkça düzenlendiğinden, bakiye süre ücreti tutarındaki tazminatın işverenin temerrüdünü düzenleyen m.408'e göre değil, m.438/I'e göre hüküm altına alınması gerekir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence sona erdirilmesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, öğretide bu durumun kusurlu imkânsızlık, işveren temerrüdü ve haksız fesih olduğu konusunda üç ayrı görüş bulunmaktaydı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle konu Kanun'un 438. maddesinde açıkça düzenlenmiş ve haksız fesih olarak nitelendirilmiştir.⁵ Türk Borçlar Kanunu m.438, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir

⁴ SENYEN KAPLAN, 2020, s. 333.

⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. GÖKTAŞ, Seracettin, **Türk İş Hukukunda Haksız Fesih**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 252-254, 257, 274-275.

neden olmaksızın işverence sona erdirilmesinin kusurlu imkansızlık mı, alacaklı (işveren) temerrüdü mü yoksa sözleşmenin haksız feshi mi olduğu konusundaki öğretideki daha önce yapılan söz konusu tartışmayı⁶ sona erdirmiş ve Fransız Hukukunda (Code du Travail art L.1243-4) olduğu gibi durumun bir haksız fesih oluşturduğunu, sözleşmeyi sona erdirdiğini, işçinin bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarını *tazminat* olarak talep edebileceğini, ayrıca hâkim tarafından kararlaştırılırsa bir haksız fesih tazminatı isteyebileceğini açıkça hükme bağlamıştır.⁷

Yargıtay da belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir sebep olmadan sonlandırılmasını, “*sözleşmenin haksız feshi*” olarak kabul etmektedir.⁸ Bu sebeple işçi, bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarını tazminat olarak isteyebileceği gibi, talep ve hâkimin takdirine bağlı olarak ayrıca bir haksız fesih tazminatına da hükmedilebilecektir.⁹

Yargıtay’ın yerleşik hale gelen içtihatlarına göre; taraflar arasında yazılı bir iş sözleşmesinin varlığına rağmen çalışma olgusu gerçekleşmemiş ve fiilen iş ilişkisi kurulmamış ise bakiye süre ücreti tutarında tazminat işçi tarafından istenemez.¹⁰

Basın İş Kanunu’nda ve Deniz İş Kanunu’nda da konuya ilişkin açık düzenleme olmadığından Türk Borçlar Kanunu’na tabi iş ilişkileri bakımından yapılan

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, 2021, s. 729, dn. 136.

⁷ SENYEN KAPLAN, 2020, s. 334; SENYEN KAPLAN, 2016, s. 222; SÜZEK, 2021, s. 729; YAYVAK NAMLI, İrem, *İş Hukuku’nda Cezai Şart*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 386.

⁸ Yargıtay 22. HD, T. 01.07.2020, E. 2017/39270, K. 2020/8344 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022); Bazı kararlarda TBK m.438/II (haksız fesih) yerine TBK m.408’e (işveren temerrüdü) atıf yapıldığı görülmekte ise de bu durumun yazım hatasından kaynaklandığı düşünülmektedir. bkz. Yargıtay 9. HD, T. 27.01.2021, E. 2020/2390, K. 2021/2568 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁹ Yargıtay’ın, bakiye süre ücreti ile birlikte haksız fesih tazminatının da istenmesinin mümkün olduğunu belirten bir kararı için bkz. Yargıtay 9. HD, T.08.03.2021, E.2020/4650, K. 2021/5684; Karar kendi içerisinde çelişkili olup, bakiye süre ücretinin kabulünün ve işverenin haklı sebeple iş sözleşmesini feshettiği gerekçesiyle haksız fesih tazminatının reddinin sonuç olarak isabetli olduğundan bahsedildiği görülmektedir. Kanaatimizce burada ifade edilmek istenilen “*somut olay bakımından haksız fesih tazminatına ayrıca hükmedilmesine gerek olmadığı*”dır <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

¹⁰ Yargıtay 22. HD, T. 08.12.2014, E. 2013/25149, K. 2014/34675 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

düzenlemeler geçerli olacaktır.¹¹

A. Bakiye Süre Ücreti Tutarı Tazminat

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence haklı nedenle feshi halinde işçi bakiye süreye ait ücretine hak kazanamaz, ancak haklı bir sebep olmaksızın feshi halinde bakiye süreye ait ücretine hak kazanır.¹² Yapılan fesih haksız olsa dahi belirli süreli iş sözleşmesini süre bitiminden önce sona erdirdiği için Türk Borçlar Kanunu m.438’de bakiye süreye ait hak kazanılacak miktar için “*ücret*” yerine “*tazminat*” kavramı kullanılmıştır.¹³ Bu tazminat, işverenin temerrüdü halinde Türk Borçlar Kanunu m.408’e göre ödenmesi gereken bakiye süre ücretinden farklıdır.¹⁴

İşçi, işverenle yaptığı belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi nedeniyle TBK m.438/I hükmünün öngördüğü bakiye süre ücretini tazminat olarak talep ettiğinde, işveren işçi ile başlangıçta belirli süreli olarak yapılmış sözleşmenin İş Kanunu m.11/I’de öngörülen objektif koşullarının bulunmadığını ve dolayısıyla sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ve işçinin talebinin reddini savunabilmektedir. Bu savunmaya değer verildiğinde, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli bir sözleşme niteliğinde kabul edileceğinden işçinin TBK m.438/I hükmüne dayalı talebi olumsuz sonuçlanacaktır. Benzeri bir sonuç, İş Kanunu m.11 hükmünün emredici niteliğini dikkate alan mahkemenin, bu maddede öngörülen objektif koşulları somut uyumsuzluk açısından re’sen değerlendirerek, sözleşme türünün hukuki nitelemesini yapmasıdır. Bu değerlendirme sonucu, sözleşmenin belirli değil, belirsiz süreli sözleşme niteliğinde olduğu mahkeme tarafından tespit edildiğinde, işçi belirli süreli sözleşmenin işveren tarafından haksız feshine ilişkin TBK m.438/I hükmü ile sağlanan ve bir tür “*medeni ceza*” olarak nitelendirilebilecek tazminat hakkından da yoksun kalabilecektir. Yargıtay önceki tarihli kararlarında öğretilerdeki tüm haklı eleştirilere rağmen, *kanunda öngörülen objektif koşullar bulunmadan yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin,*

¹¹ GÖKTAŞ, 2020, s. 330, 336.

¹² EKMEKÇİ / YİĞİT, 2020, s. 532, MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1, Bireysel İş Hukuku*, 5. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 269.

¹³ EKMEKÇİ / YİĞİT, 2020, s. 531.

¹⁴ SENYEN KAPLAN, 2020, s. 334; GÖKTAŞ, 2020, s. 254-258.

başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılacaklarını ve bakiye süre ücretinin tazminat olarak talep edilmesinin olanaklı olmadığını, sözleşmenin belirli değil, belirsiz süreli olduğunun işveren tarafından ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından da resen dikkate alınabileceğini ifade etmekteydi.¹⁵ Yargıtay öğretideki haklı eleştirileri de göz önünde bulundurarak ve öğretinin dayandığı aynı gerekçelerle, belirli süreli iş sözleşmesinin istisna olmasının asıl gerekçesinin işçinin korunması olduğu, işveren tarafından objektif koşulun mevcut olmadığı itirazının sonradan ileri sürülmesinin bu ilkeye ters sonuçlar doğuracağı gibi işverence hakkın kötüye kullanılması sayılacağı sonucuna varmıştır.¹⁶

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından 2020 tarihinde; *belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için gereken objektif koşullar veya esaslı neden olmadığı halde belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığında işverenin sonradan sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi TMK m.2 hükmüne aykırılık oluşturur; bakiye süre ücreti tutarında tazminat ve işverence süresinden önce haksız feshine bağlı cezai şartı isteyebilir* şeklindeki yaklaşım, ilke kararı haline getirilmiştir.¹⁷

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 15.09.2020 tarihli ve kanaatimizce isabetli olan kararına¹⁸ göre; *geçerli nedenlerin varlığına rağmen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde kalan süreye ait ücretinin ödenmesi gerekir.* Geçerli nedenle fesih, İş Kanunu m.18/I hükmü ile sadece belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence feshine özgülenmiştir. Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde ise İş Kanunu m.24 ve m.25

¹⁵ Yargıtay 7. HD, T. 02.07.2015, E. 201/19191, K. 2015/13511; Yargıtay 9. HD, T. 16.12.2015, E. 2014/12613, K. 2015/35687; Yargıtay 22. HD, T. 23.12.2015, E. 2014/25217, K. 2015/35562; Yargıtay HGK, T. 18.1.2017, E. 2014/9-2514, K. 2017/13 (Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022); ALP, 2019, s. 477 vd.

¹⁶ Yargıtay 22. HD, T. 21.12.2017, E. 2015/20653, K. 2017/30350 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

¹⁷ ÇİL, Şahin, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1633; Yargıtay 9. HD, T. 15.09.2020, E. 2016/22178, K. 2020/7846; Yargıtay 9. HD, T. 24.12.2020, E. 2018/300, K. 2020/20141; Diyarbakır BAM 7. HD, T. 20.11.2019, E. 2019/24, K. 2019/31. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

¹⁸ E. 2016/22178, K. 2020/7846 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

hükümleri uygulanma alanı bulacaktır. TBK m.438/I hükmünde yer alan, “*haklı sebep olmaksızın*” ibaresini *İş Kanunu kapsamındaki işçiler açısından İş Kanunu m.25’deki nedenler olmaksızın* biçiminde anlamak gerekir.

Türk Borçlar Kanunu m.438/I’de yer alan tazminata esas alınacak ücret konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre; maddede ifade edilen ücret, işçinin çıplak ücretidir.¹⁹ Kanaatimizle aynı yöndeki diğer bir görüşe göre ise; *kazanabileceği miktar* kavramı ücreti de içine alan daha geniş bir anlam ifade etmektedir ve bu bağlamda *işçinin bakiye süre içinde çalışmış olsaydı kazanabileceği miktarın* kapsamına sadece ücret değil, olağan çalışma süresi içinde iş görmeye bağlı ve parayla ölçülmesi mümkün tüm menfaatler girecektir.²⁰ O halde tazminatın hesabında, ödenen çıplak ücretin yanında işçiye sağlanan para ve para ile ölçülmesi mümkün olan ve devamlılık arz eden tüm menfaatlerin dikkate alınması gerekmektedir.²¹ Hatta önceden yapılması kararlaştırılmış olan fazla çalışmaların ücretlerinin dahi dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir.²² Yargıtay’a göre; hesaplama bakiye sürenin sonuna kadar yapılmalıdır.²³ Bundan sonra TBK m.438/II’de işçiye ödenecek tazminattan (süreye uyulsaydı hak kazanacağı miktar) indirilmesi gereken kalemler indirilmelidir. Öğretide bizim de katıldığımız görüş uyarınca, işçinin sözleşmenin kalan süresi için ödenmesi gereken ücretten daha yüksek ücretle iş bulması halinde hesaplamanın bakiye süre sonuna kadar değil daha yüksek ücretle iş bulduğu tarihe kadar yapılmasının daha doğru olacağı, bakiye süre sonuna kadar hesap yapıp sonra başka bir işten elde ettiği gelir indirilecek olursa işçinin bakiye süre ücretine hak kazanamayacağı savunulmaktadır.²⁴

¹⁹ Bu yönde bir görüş için bkz. KAR, Bektaş, **İş Yargılaması Usulü**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 842.

²⁰ GÖKTAŞ, **2020**, s. 258; EKMEKÇİ / YİĞİT, **2020**, s. 531.

²¹ GÖKTAŞ, **2020**, s. 275; ÇİL, **2021**, s. 353; Yargıtay 9. HD, T. 29.01.2019, E. 2018/10188, K. 2019/2542 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

²² SENYEN KAPLAN, **2020**, s. 335; GÖKTAŞ, **2020**, s. 258.

²³ Yargıtay 22. HD, T. 21.05.2019, E. 2016/13073, K. 2019/11277 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

²⁴ ÇİL, **2021**, s. 354.

TBK m.438/II işçiye ödenecek tazminattan (süreye uyulsaydı hak kazanacağı miktar) indirilmesi gereken kalemler; işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelirdir. Söz konusu kalemler dışında herhangi bir indirim nedeni bulunmamaktadır. İndirim nedeninin bulunduğu durumlarda ise davalının isteği olup olmadığına bakılmaksızın, indirim mahkemece doğrudan uygulanmalıdır.²⁵ Maddede belirtilenler dışında hâkimin bu tazminattan indirim yapması hukuken olanaklı değildir, ayrıca TBK m.182/III'te olduğu hâkime takdirli indirim yetkisi de verilmemiştir.²⁶ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, bakiye süre ücreti tutarında tazminata hükmeden ilk derece mahkemesinin indirim hususunu değerlendirmemiş olmasını bozma gerekçesi yapmıştır. Bu görüş kanaatimizce isabetlidir; çünkü TBK. m.438 hükmünün birinci ve ikinci fıkrası bir bütün oluşturmaktadır ve bu nedenle farklı konuları düzenleyen kurallar niteliğinde algılanamazlar; birini diğerinden soyutlanarak uygulamak, kanuna aykırılık oluşturacaktır.²⁷

İşçinin iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle tasarruf ettiği miktarlar varsa belirlenerek madde hükmü gereğince bakiye süre ücretinden mahsup edilmesi gerekmektedir. Dikkat edilmesi gereken husus işçinin işe devam etseydi yapacak olduğu bir giderden kurtulmuş olup olmadığı tespit edilmesidir²⁸, işçi işe gitmese dahi yapılan olağan masraflar tazminattan indirilmez.²⁹ Kural olarak, işçinin tasarruf ettiği bir miktarın varlığını ve miktarını ispatla yükümlü olan işverendir.³⁰

²⁵ Yargıtay 9. HD, T. 25.03.2021, E. 2020/9011, K. 2021/6982 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022); Kararda, TBK m.438/II'ye göre indirilmesi gereken bir alacak kalemleri dışında davada indirimi gereken tutarların tespit edilemeyeceği bilinmeyen bir dönem bulunmadığından varsayımsal indirime gidilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir; ayrıca bkz. Yargıtay 9. HD, T.24.09.2019, E.2016/34034, K. 2019/16615 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

²⁶ Yargıtay 9. HD. T. 24.09.2019, E. 2016/ 34034, K. 2019/16615; Diyarbakır BAM 7. HD., T. 11.03.2020, E. 2020/188, K. 2020/276. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

²⁷ Yargıtay 22. HD, T. 07.07.2020, E. 2017/36292, K. 2020/8906 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

²⁸ ÇİL, 2021, s. 354.

²⁹ SÜZEK, 2021, s. 730; GÖKTAŞ, 2020, s. 258.

³⁰ GÖKTAŞ, 2020, s. 258.

İşçinin bakiye süre içerisinde başka bir işten elde ettiği gelir veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir belirlenerek madde hükmü gereğince bakiye süre ücreti tutarından kaynaklı tazminattan indirilmelidir. Örneğin işçinin hiç iş aramaması halinde, niteliklerine göre bulabileceği iş ve ücreti araştırılarak tazminattan indirilebilir.³¹

Yargıtay, işçinin yeni işinde kazandığı miktar belirlenirken işçinin gerçek ücretinin araştırılması ve sonucuna göre bulunan miktarın düşülmesi gerektiğini kabul etmektedir.³² Bağımsız çalışma sonucu elde edilen gelir ya da bilerek elde edilmesinden kaçınılan gelirler de indirim konusu olabilir. Bakiye süre içinde alınan işsizlik ödeneği, emeklilik aylığı gibi gelirlerin de bakiye süre ücreti tutarından kaynaklı tazminattan indirilmesi gerekir.³³

İş sözleşmesi belirli süreli olmasına karşın işverence işçiye ihbar tazminatı ödenmişse; bakiye süre ücreti tutarından kaynaklanan tazminattan sebepsiz ödenen ihbar tazminatının da mahsup edilmesi gerekir.³⁴ Yargıtay; bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan miktardan ödenen ihbar tazminatının mahsup edilmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁵

Yargıtay, yakın tarihli bir kararında; bakiye süre ücretinden kaynaklı tazminat cezai şart niteliğinde olmadığından; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.438/II'ye göre yapılacak indirimin somut verilere dayalı olması gerektiğini, başka işten elde ettiği gelirin belirlenemediği, bilinmeyen bir dönem bulunmakta ise; bilinmeyen dönem yönünde işçinin nitelikleri, yaptığı iş, iş bulma olasılığı, işçinin alabileceği ücret gibi hususlar değerlendirilerek varsayımsal bir indirimle gidilmesinin kaçınılmaz olduğunu ifade etmiştir.³⁶ Başka bir kararında ise; işçinin işverenin kusurlu davranışı sebebiyle

³¹ ÇİL, 2021, s. 354.

³² Yargıtay 9. HD, T. 04.11.2010, E. 2008/40012, K. 2010/31664 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

³³ GÖKTAŞ, 2020, s. 258.

³⁴ ÇİL, 2021, s. 354.; EKMEKÇİ / YİĞİT, 2020, s. 536.

³⁵ Yargıtay 9. HD, T. 17.02.2021, E. 2020/5734, K. 2021/4067 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

³⁶ Yargıtay 9. HD, T. 25.03.2021, E. 2021/498, K. 2021/6992; ayrıca bkz. Yargıtay 9. HD, T. 17.05.2021, E. 2021/4804, K. 2021/9057 Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

fiilen çalışmaya başlayamaması halinde sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği, işçinin genel mahkemelerde zararın giderilmesini isteyebileceği ancak bakiye süre ücreti tutarından kaynaklı tazminat talebinin reddi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.³⁷

Yargıtay tarafından kabul edilen ilkelere göre; bakiye süre ücreti eylemli bir çalışmanın karşılığı olmadığından, 4857 sayılı İş Kanunu m.34'te öngörülen özel faiz uygulanmayacak ve bu ücretlere ilişkin olarak sigorta primi ödenmesi de gerekmecektir.³⁸

Bakiye süre ücreti tutarı tazminat, niteliği itibarıyla bir *tazminat* olduğu için Türk Borçlar Kanunu m.146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir.³⁹

B. Haksız Fesih Tazminatı

TBK m.438/III'de hem belirli hem belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından düzenlenen haksız fesih tazminatı, İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. İlgili madde hükmüne göre; işveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir.⁴⁰

Haksız fesih tazminatı, tümüyle hâkimin takdirine bağlı bir tazminat olup madde gerekçesine göre; somut olayın bütün durum ve koşulları (tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sözleşmenin devam süresi, fesih için ileri sürülen sebep) tazminatın takdirinde göz önünde tutulacaktır.⁴¹ Öğretide; haksız feshin hukuka aykırılık bakımından ağırlığının, işçinin kişilik haklarının zedelenmesinin derecesinin, işçinin

³⁷ Yargıtay 9. HD, T. 17.09.2020, E. 2016/20712, K. 2020/8343 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

³⁸ Yargıtay 9. HD, T. 14.01.2021, E. 2020/3722, K. 2021/1029 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

³⁹ SENYEN KAPLAN, 2020, s. 339 vd.

⁴⁰ ÇİL, 2021, s. 354.

⁴¹ SENYEN KAPLAN, 2020, s. 339; GÖKTAŞ, 2020, s. 260.

birlikte kusurunun da takdiri etkileyeceği belirtilmektedir.⁴² İşçinin işten çıkarılırken tartaklanması, kolundan tutarak veya gerekmediği halde güvenlik aracılığıyla işyerinden uzaklaştırılması, fesih iradesi açıklanırken arkadaşları veya ailesi önünde rencide edilmesi gibi davranışlar söz konusu tazminatın takdirinde dikkate alınabilir.⁴³ Hâkim, tüm bu durum ve koşulları dikkate alarak bu tazminatı hüküm altına da almayabilir.

İşçi haksız fesihten hiçbir zarar görmese bile hâkim tazminata hükmedebilir. İşçinin maddi ya da manevi bir zararı meydana geldiğini ispatlaması gerekmeyip feshin haksız şekilde yapılmış olması tazminatın takdiri için yeterlidir. Haksız fesih tazminatı ile amaçlanan, işverenin derhal fesih hakkını hukuka aykırı olarak kullanmasının önlenmesi ve sözleşmesi haklı bir sebep olmaksızın sonlandırılan işçinin manevi açıdan tatmin edilmesidir.⁴⁴

Haksız fesih tazminatı aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ve işçinin ücret kaybının karşılanmasını amaçlayan bakiye süre ücreti tutarından kaynaklı tazminattan farklı olup, doğrudan haksız feshin tazminatı olduğundan ve de üçüncü fıkrada “ayrıca” ibaresine yer verildiğinden, belirli süreli iş sözleşmesinde koşullar varsa hem TBK m.438/I (bakiye süre ücreti tutarında tazminat) hem de TBK m.438/III (haksız fesih tazminatı) gereği talepte bulunulabilir.⁴⁵

Haksız fesih tazminatının hesaplanmasında işçinin çıplak ücreti esas alınır.⁴⁶

Öğretide, TBK m.438/III’ün nispi nitelikte olduğu, bu sebeple haksız fesih tazminatının altı aydan fazla kararlaştırılmasının mümkün olduğu savunulmuştur.⁴⁷

Ayrıca, hizmet süresi bir yıldan fazla süren işçi, işverenin haksız feshi halinde kıdem tazminatına hak kazanır. Bu durumda haksız fesih tazminatı belirlenirken “bütün

⁴² SÜZEK, 2021, s. 729; İşçinin kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminat hakkı da bulunmakta olup işçi, manevi tazminat davası açmışsa artık kişilik haklarının ihlalinin haksız fesih tazminatının değerlendirilmesinde dikkate alınamayacağı görüşü için bkz. GÖKTAŞ, 2020, s. 262.

⁴³ GÖKTAŞ, 2020, s. 261.

⁴⁴ GÖKTAŞ, 2020, s. 261. Yazar, haksız fesih tazminatının hüküm altına alınmasının bu miktarı aşan maddi zararın maddi tazminat yolu ile istenmesine engel olmadığı, yine haksız fesih tazminatında üst sınır olduğundan tavanı aşan manevi zararın istenebileceği görüşündedir.

⁴⁵ GÖKTAŞ, 2020, s. 261, 277-278; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2021, s. 270.

⁴⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2021, s. 270-271.

⁴⁷ SÜZEK, 2021, s. 730; GÖKTAŞ, 2020, s. 262.

durum ve şartlar çerçevesinde” işçinin kıdem tazminatına hak kazandığının da değerlendirilmesi gerekir.⁴⁸

Fesih hakkının kötüye kullanıldığından söz edilebilmesi için öncelikle süreli fesih bildiriminde bulunma hakkının doğmuş olması, süreli fesih hakkının doğumu için ise belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin mevcut olması gerekir. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin süresinden önce süreli fesih yoluyla sonlandırılması mümkün olmadığından fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilemez ve İş Kanunu m.17’de düzenlenen kötüniyet tazminatı talep edilemez.⁴⁹ Ancak haksız fesih tazminatının miktarının takdirinde; işçinin dava ve şikâyet hakkını kullanması, tanıklık yapması gibi işverenin kötüniyetli saiki de ayrıca göz önünde tutulabilir.⁵⁰

Ayrıca; haksız fesih tazminatında hâkim “...*bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak*” tazminata ve miktarına karar vereceği için haksız fesih tazminatı ile 4857 sayılı İş Kanunu m.5’te düzenlenen ayrımcılık tazminatı ya da 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25’te öngörülen sendikal tazminatın birlikte istenmesi de mümkün değildir. Ancak haksız fesih tazminatı talep edildiğinde işverenin ırk, dil, din, cinsiyet, siyasal düşünce ve benzeri sebeplere dayalı olarak yani ayrımcılık yasağını ihlal ederek ya da sendikal sebeplerle belirli süreli iş sözleşmesini haksız sonlandırmış olduğu da dikkate alınarak tazminat ve miktarı belirlenecektir.⁵¹ Belirli süreli iş sözleşmesi haksız olarak sona erdirilen işçinin koşullar oluşmuşsa; haksız fesih tazminatı ya da duruma göre ayrımcılık tazminatı ya da sendikal tazminattan birini isteme konusunda seçimlik hakkı mevcuttur.

Haksız fesih tazminatı hususunda özel bir düzenleme bulunmadığı için genel zamanaşımı süresi olan, Türk Borçlar Kanunu m.146 uyarınca on yıllık zamanaşımı uygulanır. Keza özel bir düzenleme olmaması sebebiyle 3095 sayılı Kanun uyarınca

⁴⁸ GÖKTAŞ, 2020, s. 278.

⁴⁹ GÖKTAŞ, 2020, s. 124; SÜZEK, 2021, s. 525; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2021, s. 271; Yargıtay’ın ilkelerinde de fesih hakkının kötüye kullanılmasının hakkının süreli fesih yoluyla iş sözleşmesinin sonlandırılabilirdiği belirsiz süreli iş sözleşmelerinde olabileceği kabul edilmektedir (Yargıtay 9. HD, T. 05.10.2020, E. 2020/5550, K. 2020/10501 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022)).

⁵⁰ GÖKTAŞ, 2020, s. 263.

⁵¹ GÖKTAŞ, 2020, s. 263; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2021, s. 217.

yasal faiz uygulanır. Faizin başlangıç tarihi borçlu daha önce temerrüde düşürülmüşse temerrüt tarihi aksi halde dava ya da ıslah tarihidir.

C. Kıdem ve İhbar Tazminatı

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı alacaklardandır. Bu tazminat, sadece kanunun öngördüğü sayılı ve sınırlı sona erme hallerinde ve kanunda öngörülen asgari kıdem süresini aşan işçilere ücreti de dikkate alınarak ödenir. Kıdem tazminatı, 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri kapsamında çalışanlar için öngörülmüş bir hak olup 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde işçinin sözleşmesi belirli süreli de olsa belirsiz süreli de olsa kıdem tazminatı hakkı bulunmamaktadır.⁵²

İş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshinde, sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olması kıdem tazminatına hak kazanma bakımından sonuca etkili olmadığından; belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence haksız feshi halinde işçinin asgari bir yıl çalışmış olmak kaydıyla kıdem tazminatı hakkı bulunmaktadır.⁵³

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 Sayılı Kararı ile; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile aynı uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22. Hukuk Dairesinin kapatılması, Başkan ve üyelerin 9. Hukuk Dairesinde görevlendirilmesi ve tüm işlerin 9. Hukuk Dairesine devredilmesi üzerine, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi haline bağlı olarak kıdem tazminatı sorunu tartışılmış ve *“Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce kıdem tazminatına hak kazacak şekilde her türlü sona ermesinde (emeklilik, işçinin haklı feshi, işverenin haksız feshi vs) kıdem tazminatı talep hakkı mevcuttur.”* şeklinde görüş birliğine varılmıştır.⁵⁴

⁵² SÜZEK, 2021, s. 729; GÖKTAŞ, 2020, s. 371-373; kıdem tazminatı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT, Ercan, **En Son Yargı Kararları Eşliğinde İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000; AKYİĞİT, Ercan, **Kıdem Tazminatı**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

⁵³ SÜZEK, 2021, s. 729; GÖKTAŞ, 2020, s. 373; ÇELİK / CANIKLİOĞLU / CANBOLAT vd., 2021, s. 725 vd.

⁵⁴ Karar için bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/Yarg%20Birinci%20Ba%20c5%9fkanl%20c4%b1k%2>

İş sözleşmesi haklı bir sebep olmadan sonlandırılmış olsa dahi iş sözleşmesi belirli süreli olduğundan işçinin ihbar tazminatına hak kazanması mümkün değildir. Öğretide de; belirli süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmelerinin cezai şarta bağlanması mümkün görülürken, ihbar koşuluna bağlanması mümkün görülmemektedir.

D. İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanabilirliği

4857 sayılı İş Kanunu m.18'e göre; *“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.”*

Madde hükmünde açıkça işverenin fesih için geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu, işçinin belirsiz iş sözleşmesi ile çalışıyor olma şartına bağlanmış olup belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden faydalandırılması kural olarak mümkün değildir.⁵⁵ Bu sebeple; 4857 sayılı İş Kanunu'nda 11. maddedeki belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını sınırlandıran düzenlemeler ile işverenin sırf iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak için belirli süreli iş sözleşmesi yapmasının önüne geçilmek istenilmiştir.⁵⁶ Şu halde; taraflar arasında iradi şekilde belirli süreli olarak kurulan bir iş sözleşmesi, m.11'deki koşulları taşımıyorsa, iş güvencesi hükümlerinden işçinin yararlanıp yararlanamayacağını tespitinde, bu tür bir sözleşme belirli değil belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir.⁵⁷ Ancak; belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25 uyarınca sendikal neden var ise işe

0Kurulunun%2007_07_2020%20tarihli%20ve%20173%20say%c4%b11%c4%b1%20Karar%c4%b1.pdf (erişim tarihi 18.02.2022)

⁵⁵ 5580 sayılı Kanun'a tabi çalışanların sözleşmeleri kanun gereği belirli olduğundan iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklarına ilişkin bkz. Yargıtay 9. HD, T. 16.01.2019, E. 2018/11197, K. 2019/1199; Yargıtay 9. HD, T. 12.12.2018, E. 2018/10280, K. 2018/23004; Yargıtay 9. HD, T. 10.12.2018, E. 2018/3949, K. 2018/22741, Yargıtay 9. HD, T. 06.12.2018, E. 2018/3712, K. 2018/22510; Yargıtay 9. HD, T. 27.11.2018, E. 2018/3144, K. 2018/21627; Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklarına ilişkin bkz. Yargıtay 22. HD, T. 01.10.2014, E. 2014/24850, K. 2014/26422. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁵⁶ SÜZEK, 2021, s. 729-730; ÇİL, 2021, s. 512.

⁵⁷ Yargıtay 22. HD, T. 07.03.2018, E. 2017/3792, K. 2018/5928 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

iade ve sendikal tazminat talep edip edemeyeceği hususuna da bir açıklık getirmek gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi 22.10.2014 tarih 2013/1 Esas ve 2014/161 Karar sayılı ve 11.11.2015 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren kararı ile sözü edilen düzenlemenin 4. fıkrasında yer alan “*fesih dışında*” ibaresi ile 5. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “18” ibaresinin anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından 6356 Sayılı Kanun’un sendika özgürlüğünü güvence altına alan 25. maddesinin 5. fıkrasında 4857 sayılı İş Kanunu’nun iş güvencesinden yararlanabilmenin şartlarını düzenleyen 18. maddesine yapılan atıf Anayasa aykırı bulunarak iptal edildiğinden iş güvencesine tabi olmayan işçiler de sendikal tazminat talepli davalar ve işe iade davası açabileceklerdir.⁵⁸ Sendikal nedenle açılan işe iade davalarında sendikal nedenin varlığının tespiti halinde işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalıştırılması, işçinin işyerinde en az 6 ay kıdeminin bulunması, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması ve işe iade davası açan işçinin işveren vekili olmaması şartlarına bakılmaksızın işe iade kararı verilebilecek ve sendikal tazminata hükmedilebilecektir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin sendikal nedenle fesih gerçekleştiğini ispat etmesi halinde, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartları oluşmasa dahi, feshin sendikal sebebe dayalı olması şartı ile sınırlı işe iade davası açabilmesi ve sendikal tazminat isteminde bulunabilmesi mümkündür. Bu durumda; feshin sendikal sebebe dayandığının tespiti halinde feshin geçersiz olduğunun tespiti ile işçinin işe iadesine ve sendikal tazminata hükmedilmesine karar verilmeli, feshin sendikal sebebe dayanmadığının tespit edilmesi halinde ise sendikal sebebin varlığının 4857 sayılı Kanun’un iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanmasının bir istisnası olduğu dikkate alınarak “*belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma*” koşulu bulunmayan işçinin davasının reddine karar verilmelidir.⁵⁹ Kanaatimizce sendikal feshin tespit edilememesi halinde davanın feshin geçerli bir sebebe dayalı olup olmadığının tespiti yapılmadan reddedilmesi gerekmektedir. Feshin nedenini ispat yükümlülüğü

⁵⁸ SÜZEK, 2021, s. 585.

⁵⁹ Yargıtay 7. HD, T. 12.05.2016, E. 2015/44133, K. 2016/10845 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022); Yargıtay bu kararında Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararına da dayanarak sendikal sebebe dayalı olarak açılan işe iade davalarında iş güvencesinden yararlanma koşullarının bulunup bulunmadığının bakılamayacağını belirtmiştir.

işverene aittir ancak feshin sendikal sebebe dayalı olduğunun ispatı işçidedir.⁶⁰ 7036 sayılı Kanun m.15 ile 4857 sayılı Kanun'a eklenen ek 3. madde sendikal tazminat davalarını içerecek şekilde hüküm altına alınmadığına göre, sendikal tazminat on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki sendikal tazminata 3095 sayılı Kanun gereğince, işveren daha önce temerrüde düşürülmüşse temerrüt tarihinden aksi halde dava veya ıslah tarihinden itibaren yasal faiz uygulanacaktır.⁶¹

Belirli süreli olarak yapılan bir iş sözleşmesinin objektif koşulları taşımaması halinde de işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanır. İşçinin açtığı işe iade davasında iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu tespit edilirse artık işçinin belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshine bağlı hukuki sonuçlardan faydalanması mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce işçinin işe iade davası ile bakiye süre ücreti talepli davayı birlikte açması halinde hem işe iade davasının sonuçlandırılmasının yasal süreye bağlanmış olması hem de bakiye süre ücreti alacağı talebinden önce feshin tartışılması gerekmesi sebebiyle bakiye süre ücreti talepli davada işe iade davasının bekletici mesele yapılması sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir. Zira işe iade davası açan işçinin bakiye süre ücreti talepli davasının reddi, işe iade davasının sözleşmenin belirli süreli olduğu gerekçesiyle reddi halinde işçinin hak kaybına yol açacaktır. İşe iade davasında işçinin bakiye süre ücreti de talep etmiş olmasına dayanarak iş sözleşmesinin objektif koşullar araştırılmadan belirli süreli olduğuna karar verilmesi de asıl olan sözleşmenin belirsiz süreli olması ve işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalandırılması olduğundan doğru olmayacaktır. Bu durumda işe iade davasında objektif koşullara göre öncelikli olarak talep sonuçlandırılmalıdır.

Sendikal sebeple açılan işe iade davasında iş sözleşmesinin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu önem arz etmediğinden sendikal fesih olduğu tespit edilerek işe iade kararı verilmesi ihtimalinde işçinin bakiye süre ücreti tutarından kaynaklı tazminat istemesi fesih kesinleşmediği için mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce bakiye süre ücreti tutarından kaynaklı tazminatın bu ihtimalde ancak işverence işçi işe

⁶⁰ GÖKTAŞ, 2020, s. 370.

⁶¹ ÇİL, 2020, s. 295; KARAKURT, 2020, s. 34; SÜZEK, 2021, s. 585; GÖKTAŞ / GÖKHAN, 2020, s. 550.

başlatılmazsa işe başlatılmadığı tarih ile iş sözleşmesinin sözleşmede kararlaştırılan son bulma tarihi arasındaki dönem için istenebilecektir. Çünkü feshin kesinleştiği tarih işçinin işe başlatılmadığı tarihtir ve işçi ayrıca 4 ay için boşta geçen süre ücreti de alacaktır.

II. İŞÇİNİN HAKSIZ FESHİ İLE SONA ERME

A. Yeni İşverenin Sorumluluğu

İş Kanunu kapsamına giren belirli süreli iş sözleşmelerinin işçi tarafından haksız feshine ilişkin olarak İş Kanunu m.23'te düzenlenen “*yeni işverenin sorumluluğu*” dışında bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu’nda belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermeden işi bırakıp başka bir işverenin işine girmesi halinde, yeni işverenin de belirli süreli iş sözleşmesinin tarafı işverene karşı işçi ile birlikte sorumlu tutulma koşulları ile ilgili olarak bir düzenleme yapılmış ancak işçinin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshine ilişkin başka bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁶²

Yeni işverenin sorumluluğu için, işçinin bu davranışından dolayı eski işverenin zarar görmüş olması aranmaz. İşveren, işçiye ve yeni işverenin ikisine ya da sadece birine başvurabilir, yeni işveren ve işçinin sorumluluğu birlikte sorumluluktur. Ancak yeni işverenin sorumluluğu, haksız fesih sebebiyle eski işverenin uğradığı zarar miktarını geçemez. Bu durumda, işçinin haksız fesih sebebiyle sorumluluğu iş sözleşmesinden, yeni işverenin sorumluluğu ise kanundan kaynaklanmaktadır. Yeni işveren, önceki işverene ödemek zorunda kaldığı tazminatı işçiye rücu edebilir.

İş sözleşmesine aykırı davranan işçiye karşı açılacak dava Türk Borçlar Kanunu m.146’ya göre on yıl, haksız fiilde bulunan yeni işverene karşı açılacak dava ise Türk Borçlar Kanunu m.72’ye göre iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olup, Türk Borçlar Kanunu m.155’e göre zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilirse

⁶² ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT vd., 2021, s. 718; ayrıntılı bilgi için bkz. TÜYSÜZOĞLU, İlkay, 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 23 Bağlamında Yeni İşverenin Sorumluluğu, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

diğerine karşı da kesilmiş olur.⁶³

B. İşçinin Sorumluluğı

4857 sayılı İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işçi tarafından haksız feshine ilişkin açık bir yaptırım bulunmamaktadır. İşçinin sorumluluğına ilişkin yaptırım konusunda kanunda boşluk bulunması nedeniyle ve kanaatimizce genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme hem İş Kanunu'na hem Borçlar Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanacaktır.⁶⁴ İşveren, belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce işçi tarafından haksız feshi halinde TBK m.439'a göre işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit tazminat ve kanıtlaması halinde zararının giderilmesini isteyebilecektir.

İşçinin belirli süreli iş sözleşmesini feshetmesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı dürüstlük kurallarına göre tespit edilmelidir. Bu noktada işçinin sözleşmeyi feshettiğinin ispat yükü işverende, feshin haklı sebebe dayalı olduğunun ispat yükü ise işçidedir.⁶⁵ İşverenin “*aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat*” istemesi için zarara uğraması gerekmez ancak işveren zarara uğramamış ya da işverenin uğradığı zarar, “*aylık ücretin dörtte birinden*” az ise; hâkim tazminatın miktarından indirim yapabilir. İndirim için ispat yükü işçidedir.⁶⁶

Aynı nitelikte bir işçi bulununcaya kadar işin yapılmaması sebebiyle ortaya çıkan kazanç kaybı öngörülen götürü tazminatı aşarsa, işveren ispatladığı ölçüde ek zararın giderilmesini talep hakkına sahip olduğu gibi işçi de işverenin derhal yeni bir işçi bulduğunu ya da yeni bir işçi bulmak için çaba harcamayarak zararın azaltılması için önlem almadığını ispatlayarak hâkimce takdir edilecek tazminatın indirilmesini isteme hakkına sahiptir.⁶⁷

Maddenin son fıkrasındaki otuz günlük hak düşürücü sürenin, götürü tazminat

⁶³ GÖKTAŞ, 2020, s. 325-327.

⁶⁴ SÜZEK, 2021, s. 731; GÖKTAŞ, 2020, s. 316; Aksi yöndeki görüş için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2021, s. 272.

⁶⁵ GÖKTAŞ, 2020, s.269.

⁶⁶ GÖKTAŞ, 2020, s. 317; EKMEKÇİ / YİĞİT, 2020, s. 539-540.

⁶⁷ SÜZEK, 2021, s. 731.

için (aylık ücretin dörtte birine eşit tazminat) öngörüldüğü, ek zararın giderilmesine ilişkin tazminat isteminin ise genel zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir.⁶⁸

III. SÖZLEŞMEDE CEZAI ŞARTA İLİŞKİN HÜKMÜN VARLIĞI

A. Cezai Şartın Geçerliliği

Cezai şart, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.179-182 arasında düzenlenmiştir. İş Kanunu'nda konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözü edilen düzenlemeler m.182/son'da düzenlenen indirim dışında emredici nitelikte değildir. Taraflar aksini kararlaştırabilir. Aksi kararlaştırılmadıkça; cezai şartın istenilmesi sözleşmeden doğan bir borca aykırılık olması ve aykırılığın kusurlu davranışla gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak, cezai şart istenebilmesi için zararın varlığının ortaya konması gerekmektedir.⁶⁹

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı sebeple sonlandırılması durumuna yönelik cezai şart kararlaştırılması fesih hakkının özüne dokunacağından mümkün değildir.⁷⁰ Belirli süreli iş sözleşmelerine süresinden önce haksız feshe bağlı cezai şart hükümleri konulması ise mümkündür.⁷¹ Cezai şart; iş sözleşmesine konulabileceği gibi toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümlerinde ve işyeri iç yönetmeliklerinde de yer alabilir. Bu halde; cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir.

Ancak buna ilişkin iki sınırlama bulunmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.420 ile iş sözleşmeleri bakımından özel bir düzenleme getirilmiş olup buna göre, “*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.*” İkinci

⁶⁸ SÜZEK, 2021, s. 732.

⁶⁹ YAYVAK NAMLI, 2019, s. 173-176; KARAKURT, 2020, s. 151.

⁷⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2021, s. 274; Belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından sadece süresinden önce fesih halinde cezai şart öngörülmesinin fesih hakkının özüne dokunacak olması sebebiyle geçerli olmadığı yönündeki karar için bkz. Yargıtay 9. HD, T. 02.06.2021, E. 2021/5665, K. 2021/9809 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁷¹ Yargıtay 9. HD, T. 26.01.2021, E. 2019/6662, K. 2021/2385 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

sınırlama, aynı kanunun “işçinin sorumluluğunu” düzenleyen m.420/II’de getirilmiş olup buna göre, işçinin kusuruyla verdiği sorumluluğun belirlenmesinde, “işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri” göz önünde tutulur. İşçi bu ölçütlerle belirlenen miktardan daha fazla tazminattan sorumlu tutulamaz.⁷²

Kanunun açık düzenlemesi gereği, belirli süreli iş sözleşmelerine işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersiz, işçi lehine konulan cezai şartlar ise geçerli kabul edilmelidir. Bunun sınırı ancak Türk Medeni Kanunu m.2’ye göre hakkın kötüye kullanılması olabilir. Cezai şartın geçerli olmasının tek şartı karşılıklılık olmayıp cezai şartın miktarı ve muaccel olma sebepleri arasında denklik⁷³ olup olmadığı da önemlidir. Kanaatimizce işçi lehine konulan cezai şartın işverenin haklı fesih hakkının özüne dokunacak mahiyette olması da mümkün değildir, bu takdirde işçi lehine konulan cezai şartın işverenin haklı sebeple fesih hakkını ortadan kaldırmayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir.

İşçi aleyhine kararlaştırılan cezai şart işveren aleyhine kararlaştırıldan daha fazla olamaz. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamayacak şekilde cezai şarta değer verilmelidir.⁷⁴

Yargıtay, işçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şartı tek taraflı olarak değerlendirmemekte, işçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerli kabul edilmektedir.⁷⁵

Belirli süreli olarak yapılan iş sözleşmesinin objektif koşulları taşımaması

⁷² GÖKTAŞ, 2020, s. 397.

⁷³ Yargıtay 9. HD, T. 01.10.2020, E. 2020/2679, K. 2020/10344; Yargıtay 9. HD, T. 25.03.2014, E. 2014/5663, K. 2014/9882 Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁷⁴ Öğretideki farklı görüşler için bkz. GÖKTAŞ, 2020, s. 403.

⁷⁵ Yargıtay 9. HD, T. 30.03.2017, E. 2017/19244, K. 2017/5337; Yargıtay 22. HD, T. 08.12.2015, E. 2015/30771, K. 2015/33939. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

sebebiyle belirsiz süreli kabul edilmesi gerektiği tespit edilen durumlarda işverence sözleşmenin haksız feshine bağlı cezai şartın geçerli olup olmadığı Yargıtay'ın Özel Dairelerince tartışılmış, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, bu durumun cezai şartın geçerliliğini etkilemeyeceğini, objektif şartın bulunmamasının sadece sözleşmeyi belirsiz hale dönüştüreceğini, süre bitmeden haksız olarak iş sözleşmesine son veren tarafın kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlü olduğunu kabul etmişken⁷⁶; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise cezai şartın geçerli olmasını sözleşmenin belirli süreli olmasına bağlamış ve niteliği itibariyle sözleşmenin belirsiz olması halinde cezai şartın geçerli olmayacağına karar vermiştir.⁷⁷ Konu, Özel Daireler arasındaki içtihat farklılığı sebebiyle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nda görüşülmüş ve belirli süreli iş sözleşmesinde belirlenen süre boyunca haklı sebep olmaksızın sözleşmenin feshedilmesi halinde sözleşme niteliği itibariyle belirsiz süreli olsa bile süreye bağlı cezai şart hükmünün geçerli olacağına karar vermiştir.⁷⁸ Kanaatimizce İçtihadı Birleştirme Kararında dayanan gerekçelerin ve benimsenen hukuki çözüm isabetli değildir.⁷⁹ Taraflar, iş sözleşmelerinde TBK. m.420/I hükmünde öngörülen emredici kurala aykırı olmamak koşuluyla cezai şart öngören hükümlere yer verebilirler. Sadece işçi aleyhine konulan cezai şart geçersizdir. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak, her iki

⁷⁶ Yargıtay 22. HD, T.20.03.2014, E.2013/6500, K.2014/6727; Yargıtay 22. HD, T. 17.02.2015, E. 2013/31698, K. 2015/5108. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁷⁷ Yargıtay 9. HD, T. 25.12.2014, E. 2014/36059, K. 2014/40181; Yargıtay 9. HD, T. 04.04.2017, E. 2017/3977, K. 2017/596. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁷⁸ "...işçi ve işverenin belirli süreli iş sözleşmesinde belirledikleri süre boyunca haklı neden olmaksızın sözleşmenin feshedilmemesini garanti altına almak amacıyla sözleşmede öngördükleri cezai şart hükmü, sözleşmenin, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulları taşımadığından belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlinde, kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerliliğini koruyacaktır...". Karar üçte ikiyi aşan oy çokluğu ile verilmiş olup, karara ekli karşı oy yazılarının ilkinde; "...belirsiz süreli sayıldığı tartışmasız olan bir sözleşmenin koşulları ve hükümleri tamamen farklı başka bir istisnai sözleşme olan asgari süreli sözleşmeye tahvili yasaya ve irade teorisine uygun değildir..." görüşüne yer verilmiştir. Karara ekli diğer karşı oy yazısında ise, her iki Daire içtihadının da hatalı olduğu vurgulanmış, süreye bağla cezai şartın işçiyi değil, sadece işvereni bağlaması gerektiği savunularak, bu yönüyle içtihadı birleştirme kararı isabetli bulunmamıştır. Yargıtay İBHGK, T. 08.03.2019, E. 2017/10, K. 2019/1 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁷⁹ Kararın isabetli olduğu yönünde bkz. **KESER**, Hakan, "Objektife Sebep olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi", **Sicil İHD**, S. 43, s. 30 vd.

taraf için aynı koşul ve miktarda cezai şart öngörülebileceği gibi, sadece işçi lehine olmak üzere de cezai şart öngörülebilecektir. Türk Borçlar Kanunu cezai şart açısından iş sözleşmesi türlerine göre herhangi bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla, belirli süreli sözleşmelerde olduğu gibi belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de cezai şart öngörülebilecektir.⁸⁰ Kararda belirtildiğinin aksine, taraf iradeleri cezai şart konusunda, belirli süreli sözleşme bağtladıkları için birleşmiş, başka tür bir sözleşme için böyle bir iradeleri söz konusu da değildir. Bu nedenle, kararda yer alan "... tarafların cezai şarta ilişkin sözleşme iradelerinin geçersizliği sonucunu doğurmamalı.." biçimindeki ifadelerin de somut uyumsuzluk açısından bir anlamı bulunmamaktadır.⁸¹ Ayrıca İçtihadı Birleştirme Kararında, hukuki çözümün normatif dayanağı olarak TBK m.27/II'de öngörülen kısmi geçersizlik hükmünün, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulların yokluğu nedeniyle belirsiz süreli sözleşme açısından esas alınması da isabetli değildir.

Öğretide; Yargıtay'ın iş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından cezai şartın üst sınırı yönünden sınırlandırmaya gitmesi, bu konuda yasal bir sınırlama olmaması ve bu sınırlamanın toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırı olacağı gerekçeleriyle eleştirilmekteydi.⁸² Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında, iş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından getirilen cezai şartın üst sınırının iş güvencesinden yararlansaydı isteyebileceği haklarla sınırlı olabileceği şeklindeki eski tarihli kararlarından⁸³ döndüğü görülmektedir. Yargıtay; belirli süreli iş sözleşmesine konulan cezai şart bakımından üst

⁸⁰ YAYVAK NAMLI, 2019, s. 341 vd.

⁸¹ Öğretide, Ekonomi tarafından; "...ancak belirli süreli hizmet akdinde ve süreye uyulmasını sağlamaya yönelik bu şartın, akit belirli süreye bağlı kaldığı takdirde uygulanabileceği,zincirleme hizmet akitlerinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli hizmet akdine dönüştüğü bir durumda, artık akitten bir süreden ve buna uyulmaması halinde uygulanacak bir cezai şarttan söz edilemeyeceği, hizmet akdinin son erdirilmesinde bildirimli fesih ve buna bağlı tüm sonuçların uygulanacağı..." biçiminde çok açık ve isabetli olarak ifade edilmiştir (EKONOMİ, Münir, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma İle Yenilenmesi", **İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, s. 565-571); Öğretide Bozkurt Gümrükçüoğlu'nun görüşü de bu yöndedir: "...Belirli süreli iş sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi halinde bir cezai şart ödenmesini kararlaştırmış olabilirler. Bu sebeple cezai şart, sözleşmenin belirli süreli olma niteliğini kaybetmesi durumunda geçerliliğini yitirecektir. Zincirleme iş sözleşmelerinde ise, sözleşme belirli süreli olma özelliğini koruduğu sürece, cezai şart da geçerliliğini koruyacaktır..." (BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, **Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, 2012, s. 362).

⁸² SÜZEK, 2021, s. 740-741.

⁸³ Yargıtay 9. HD, T. 21.05.2007, E. 2006/29243, K. 2007/15688; Yargıtay 22. HD, T. 04.06.2013, E. 2013/12748, K. 2013/13562. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

sınır yönünden bir sınırlandırmaya gitmemektedir.⁸⁴

Yargıtay'ın yerleşik hale gelen kararlarına göre; taraflar arasında yazılı bir iş sözleşmesinin varlığına rağmen çalışma olgusu gerçekleşmemiş ve fiilen iş ilişkisi kurulmamış ise sözleşmede öngörülen cezai şart, dönme cezası niteliğinde olmadıkça işçi tarafından istenemeyeceğini kabul etmektedir. Buna göre; sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın istenebilmesi için işçinin fiilen çalışmaya başlamış olması gerekir.⁸⁵

Cezai şart alacağı, ücret niteliğinde bir alacak olmadığından Türk Borçlar Kanunu'nun m.146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde istenebilir ve alacağa yasal faiz yürütülür.

B. Cezai Şartın İndirilmesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.182/son'da yer alan emredici düzenleme sebebiyle hâkimin fahiş gördüğü takdirde ceza koşulundan re'sen indirim yapması zorunludur. Hüküm emredici nitelikte olduğundan bu yetkiyi ortadan kaldıran anlaşmalar geçersizdir.

Cezai şartın indirilmesi için geçerli, muaccel ve henüz ifa edilmemiş ve aşırı derecede yüksek bir cezai şart olması gerekmektedir. Öğretide cezai şartın alacaklıya sağlıklı bir irade ile ödenmesi halinde cezanın aşırı olduğu kabul edilerek indirim yapılamayacağı ve bu halde ödeme ile borçlunun indirim istemekten vazgeçtiğini, bu durumda tek istisnanın ödeme yaparken çekince koymak olduğunu kabul edenler olduğu gibi⁸⁶ aşırı cezai şartın kanuna ve ahlaka aykırılık oluşturduğunda kesin hükümsüz sayılacağını ve ödemenin böyle bir durumda cezai şarta geçerlilik sağlamayacağı, dolayısıyla ödemenin indirime de engel olmadığını ifade edenler ve cezai şartın ödenmesinden sonra indirimin mümkün olduğunu ancak bu noktada hakimin borçlunun ekonomik gücünü dikkate alarak daha büyük çekingenlikle

⁸⁴ Yargıtay, 9. HD, T. 25.03.2021, E. 2021/498, K. 2021/6992 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁸⁵ Yargıtay, 9. HD, T. 24.09.2020, E. 2016/23339, K. 2020/9175; Yargıtay 9. HD, T. 26.09.2006, E. 2006/20061, K. 2006/24888. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁸⁶ KARAKURT, 2020, s. 152; AYKAÇ, 2020, s. 364

incelemesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır.⁸⁷ Yargıtay kararlarında, ödenen cezai şartın iadesinin talep edildiği ve cezai şartın geçerli olmamasına dayalı ilk derece mahkemesince verilen ret kararlarının Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından cezai şartın geçerli olduğu, çalışılan ve çalışılmayan süreye oranlanıp indirim de yapıldıktan sonra iadesi gereken miktarın tespiti için bozulduğunu görmekteyiz.⁸⁸ Dolayısıyla; Yargıtay'ın cezai şartın indirilmesi noktasında ödenmiş olup olmamasına göre bir ayrıma gitmediği sonucuna ulaşmaktayız.

Hâkim, takdir hakkına dayalı olarak karar verirken tarafların ekonomik durumlarını, alacaklının çıkarlarını, borçlunun kusurunu, borca aykırılığın ağırlığını, sözleşmenin türünü ve süresini göz önünde tutarak ceza miktarının makul olmayacak şekilde yüksek tutulduğunu görürse sözleşmeye müdahale edip ceza miktarını indirir. Cezai şartın fahiş olup olmadığı muaccel olduğu ana göre belirlenmelidir.

Yargıtay'ın yerleşik hale gelen kararlarına göre ise; işçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelerle göre oran kurularak indirim gidildikten sonra 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.182/son uyarınca indirim yapılması gerekmektedir.⁸⁹ Kanaatimizce Yargıtay'ın her olay bakımından zorunlu olarak cezai şartı indirmesi eleştiriye açık bir durumdur. Öncelikle cezai şart miktarının aşırı olup olmadığı belirlenmesi bundan sonra çalışılan/çalışılmayan süre oranlaması da dikkate alınarak indirim gidilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce işveren aleyhine belirlenen cezai şart için çalışılan süre ile orantı kurularak indirim yapılması; cezai şartın işveren üzerindeki baskısını kaybetmesine sebep olabilecek niteliktedir. İşveren bakımından işçiye kıyasla daha sınırlı bir indirim söz konusu olmalıdır.

⁸⁷ YAYVAK NAMLI, **2019**, s. 173-176; Yazar, çekince konulmadıkça ödenmiş cezai şartın indirilemeyeceği görüşündedir.

⁸⁸ Yargıtay 22. HD, T. 25.09.2017, E. 2015/16777, K. 2017/19243; Yargıtay 22. HD, T. 26.12.2019, E. 2016/26450, K. 2019/24528. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁸⁹ Yargıtay 9. HD, T. 03.03.2021, E. 2021/854, K. 2021/5458; Yargıtay 9. HD, T. 26.01.2021, E. 2019/6662, K. 2021/2385. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

Cezai şarta ilişkin durumun Türk Ticaret Kanunu m.22'ye göre de değerlendirilmesi yerinde olacaktır. İşveren ile işçi arasındaki ilişki, Türk Ticaret Kanunu m.3'de tanımlanan ticari iş niteliğinde olmayıp, 4857 sayılı İş Kanunu'ndan kaynaklanan ve İş Kanunu hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir iş sözleşmesidir. İşçi işveren ilişkisinin kamu düzeni ile ilgili olmasının yanında, iş hukukunun temel ilkelerinden biri olan “*tarafaların dengeli tutulması*” ilkesi de bu kabulü doğrulamaktadır. O halde sözleşmede hüküm altına alınan cezai şartın Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Bu husus Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.1997 gün ve 1997/9-486, 822 sayılı kararında ve Yargıtay'ın Özel Dairelerinin yerleşik hale gelen içtihatlarında açıkça vurgulanmıştır. Şu hâlde işverenin tacir statüsünde olmasının, iş sözleşmesindeki cezai şart bakımından Türk Ticaret Kanunu m.22'deki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyeceğini kabul etmek gerekmektedir.⁹⁰

Yargıtay toplu iş sözleşmeleriyle getirilen cezai şartın fahiş olması halinde indirilebileceğini kabul etmektedir.⁹¹ Kanaatimizce de toplu iş sözleşmeleri kanunun emredici hükümlerine aykırı olamayacağından ve TBK m182/son hükmü emredici nitelikte olduğundan belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından süresinden önce haksız feshe bağlı cezai şart toplu iş sözleşmesi ile öngörülmüş dahi olsa, aşırı cezai şartın hâkim tarafından indirilmesi zorunludur.

TBK m.182/son, hâkime sadece indirim yetkisi tanınmış olduğundan hâkim cezai şartı tamamen ortadan kaldıramaz, cezai şartı arttıramaz ya da niteliğini değiştiremez.

C. Bakiye Süre Ücreti Tutarı Tazminat ve Cezai Şart İlişkisi

Bakiye süre ücreti tutarındaki tazminata ilişkin Türk Borçlar Kanunu m.438/I ve II hükümleri nispi emredici nitelikte olduğundan işçi aleyhine değişiklik yapılması mümkün değil ise de aynı Kanun'un cezai şarta ilişkin m.420 hükmünde öngörülen koşullara uyulmak kaydıyla sözleşmenin süresinden önce haksız feshine bağlı cezai şart

⁹⁰ Yargıtay 9. HD, T. 25.03.2021, E. 2021/498, K. 2021/6992 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁹¹ Yargıtay 9. HD, T. 16.01.2020, E. 2019/8136, K. 2020/488; Yargıtay 22. HD, T. 02.04.2019, E. 2016/7278, K. 2019/7250. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

öngörülebilir.⁹²

Bakiye süre ücreti tutarında tazminat, ifa yerine geçen edimdir. Bu tazminatın yanında cezai şartın da istenebilmesi, sözleşmede cezai şartın ifaya eklenen cezai şart olarak açıkça kararlaştırılmasına bağlıdır. TBK m.179/I'de açıkça aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklının ya ifa yerine geçen edimi ya da cezai şartı talep edebileceği düzenlenmiştir. Şu hâlde açıkça sözleşmede kararlaştırılmadıkça alacaklının ifa yerine geçen edim (bakiye süre ücreti tutarında tazminat) ve cezai şarttan birini talep etme konusunda seçimlik hakkı mevcuttur, bu durumda cezai şart seçimlik mahiyettedir.⁹³

Bir başka görüş ise; bakiye süre ücreti tutarında cezai şart öngörülmüşse hem bakiye süre ücretinin hem de cezai şartın istenebileceği yönündedir. Bu görüş, bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile cezai şartın mahiyetleri itibariyle farklı olması sebebiyle eleştirildiği gibi⁹⁴ Yargıtay da ikisinin birbirinden farklı olduğunu kabul etmektedir.⁹⁵

Yakın tarihli Yargıtay kararlarına göre; dava dilekçesinde hem cezai şart hem bakiye süre ücreti tutarında tazminat talep edildiği durumda dava dilekçesi davacıya açıklattırılarak bakiye süre ücreti tutarında tazminat mı yoksa cezai şart mı istediği belirlenmeli sonucuna göre karar verilmelidir.⁹⁶ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 12.02.2020 günlü, bizim de katıldığımız kararında⁹⁷; cezai şart ile bakiye süre ücreti tutarı tazminatının birlikte istenip istenmeyeceği değerlendirilmiştir. Davacı, iş sözleşmesindeki üç aylık cezai şart yanında, ihbar tazminatı, ücret alacağı, yıllık izin alacağı ve bakiye süre ücret tutarını tazminat olarak talep etmiştir. İlk derece

⁹² GÖKTAŞ, 2020, s. 389-390.

⁹³ GÖKTAŞ, 2020, s. 399.

⁹⁴ GÖKTAŞ, 2020, s. 400.

⁹⁵ Yargıtay 9. HD, T. 21.01.2010, E. 2009/46225, K. 2010/604 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁹⁶ Yargıtay 9. HD, T. 25.03.2021, E. 2021/498, K. 2021/6992; Yargıtay 9. HD, T. 03.03.2021, E. 2021/854, K. 2021/5458; Yargıtay 22. HD, T. 12.02.2020, E. 2016/29534, K. 2020/2899; Yargıtay 22. HD, T. 03.02.2020, E. 2017/27181, K. 2020/1368; Yargıtay 22. HD, T. 12.12.2019, E. 2016/21847, K. 2019/23341. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

⁹⁷ Yargıtay 22. HD, T. 12.02.2020, E. 2016/29534, K. 2020/2899; bkz. Aynı yönde Yargıtay 22. HD, T. 27.03.2019, E. 2017/14212, K. 2019/6788. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

mahkemesi her iki isteği de hüküm altına almıştır. Yüksek Mahkeme ise, TBK. 179.maddesini esas alarak; iş sözleşmesinde bu yönde açık bir hükmün bulunmaması nedeniyle cezai şart ile bakiye süre ücreti tutarı tazminatın bir arada istenmesinin olanaklı olmadığı; davacıya seçimlik hakkını kullanması için süre tanınması ve buna göre karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Kanaatimizce Yargıtay tarafından benimsenen çözüm isabetlidir.⁹⁸⁻⁹⁹

Yargıtay TBK m.179/I'deki “sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresini sözleşmede hem cezai şartın hem de sözleşmenin süresinden önce sonlandırılması halinde sözleşme bitimine kadar geriye kalan ücretin birlikte istenebileceğinin açıkça belirtilmesi gerektiği şeklinde yorumlamaktadır.¹⁰⁰ Sözleşme, belirli süreli olduğuna göre sözleşmenin haklı bir sebep olmaksızın sonlandırıldığı tarihten itibaren sözleşmenin bitimine kadar olan süre için bakiye ücret tutarından kaynaklı tazminat istenebileceği açıktır. Cezai şart ise süresinden önce fesih şartına bağlı olarak işçi lehine tek taraflı olarak kararlaştırılmış ve haksız fesihten bahsedilmemiştir. Sözleşmenin haklı sebeple feshi halinde bakiye süre ücreti tutarından kaynaklı tazminat istenemeyeceği, belirli süreli iş sözleşmelerinde süreli fesih de yapılamayacağı ve cezai şartın işverenin haklı fesih imkanını ortadan kaldıracak ve bu hakkın özüne dokunacak şekilde konulmasının mümkün olmadığı dikkate alındığında; Yargıtay'ın davacının hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de cezai şartı isteyemeyeceği konusunda

⁹⁸ Aynı yöndeki görüş için bkz. ALPAGUT, Gülsevil, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, 1998, s. 196-197; SÜZEK, **2021**, s. 751-752; DOĞAN YENİSEY, Kübra, **İş Hukukunda Cezai Şart, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 1**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2012, s. 21 vd.; YAYVAK NAMLI, **2020**, s. 388-389;

⁹⁹ Farklı yöndeki görüş için bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, **Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, 2012, s. 363-364; Yazara göre, cezai şart, sözleşmeye aykırı davranışın bir yaptırımını ve sözleşmeye uyulmasının güvencesini oluşturmaktadır. Bu nedenle de sözleşmeye aykırılık halinde ödenmesi gerekir; Yargıtay kararlarında ifade edildiği üzere bir seçimlik borç niteliğinde değerlendirmek doğru olmayacaktır. Cezai şartın amacı, ortaya çıkacak zararı karşılamak değil, sözleşmeye uyulmasının güvencesini oluşturmaktır. Bu nedenle ki, sözleşme taraflarından birinin haklı bir neden olmadan sözleşmede öngörülen süreye uymayarak sözleşmeyi feshetmesi halinde sadece cezai şartı ödemek suretiyle bakiye süre ücreti tutarında tazminatı ödemekten kurtulması, cezai şartın işlevini ortadan kaldırmış olacaktır. Bakiye süre ücreti tutarı tazminat, Kanunun emredici düzenlemesinin bir sonucu iken, cezai şart belirli süreli iş sözleşmesine özgü bir yaptırımdır. Belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmadan feshi halinde, cezai şart yanında bakiye süre ücreti tutarındaki tazminatın da talep edilebilmesi mümkün olacaktır.

¹⁰⁰ Yargıtay 9. HD, T. 25.03.2021, E. 2021/498, K. 2021/6992 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

vardığı sonucu isabetli bulmaktayız.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshine bağlanmış olan cezai şart, sözleşme süre süresinin bitimi ile ortadan kalkar. Ancak sözleşme, esaslı nedenin varlığı sebebiyle zincirleme şekilde yapılmışsa, son sözleşmenin süresinden önce feshi halinde sözleşmede öngörülen cezai şart istenebilir.¹⁰¹

Cezai şart, bakiye süreye ait ücret tutarı olarak da öngörülebilir. Bu takdirde, işçi hiçbir zararı olmasa dahi cezai şartı isteyebilir. Bu halde; TBK m.438/II'ye göre bir mahsup yapılmasına gerek yoktur.¹⁰²

Cezai şart alacaklısı, kusurlu borçludan uğradığı zarar için ayrıca tazminat isteyemez. Ancak ceza tutarını aşan zararın tazmini istenebilir. Bu sebeple; kararlaştırılan cezai şart miktarının, bakiye süreye ilişkin ücret tutarının altında kaldığı durumlarda cezai şartın talep edilmiş olması halinde işçinin TBK m.180/II uyarınca cezai şartı aşan zararını isteyebileceği ifade edilmiştir.¹⁰³ Aşan zarar bakımından ispat alacaklıdadır. Bu sebeple; cezai şartın bakiye süre ücreti tutarı tazminatın altında kalması halinde cezai şartın en az TBK m.438/I'e uygun şekilde belirlenmesi; bakiye süre ücreti tutarı tazminatı aşan zarar bakımından TBK m.180/II hükümlerine gidilmesi gerektiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır.¹⁰⁴

D. Haksız Fesih Tazminatı ile Cezai Şart İlişkisi

Türk Borçlar Kanunu m.438/III'de düzenlenen haksız fesih tazminatı ile cezai şartın birlikte istenip istenemeyeceği konusunda ise; haksız fesih tazminatı ile cezai şartın amaç ve nitelikleri birbirinden farklı olduğu için bunların birlikte istenmesine engel bir durum yok ise de haksız fesih tazminatı takdirinde ve miktarının tespitinde cezai şart dikkate alınmalıdır.¹⁰⁵

¹⁰¹ GÖKTAŞ, 2020, s. 400-401.

¹⁰² GÖKTAŞ, 2020, s. 399.

¹⁰³ SÜZEK, 2021, s. 748.

¹⁰⁴ YAYVAK NAMLI, 2019, s. 388.

¹⁰⁵ GÖKTAŞ, 2020, s. 403.

E. Türk Borçlar Kanunu m.439 ve Cezai Şart İlişkisi

İşçinin belirli süreli iş sözleşmesini haksız şekilde sona erdirmesine ilişkin TBK m.439'un mutlak mı yoksa nisbi emredici mi olduğu öğretide tartışmalıdır. Mutlak emredici olduğunu kabul eden görüş, sözleşmelerle arttırılamayacağını ve ilave cezai şart öngörülemediğini savunurken nispi emredici olduğunu savunan görüş, Türk Borçlar Kanunu m.420 koşullarına uyulmak koşuluyla işçinin haksız feshine bağlı cezai şartın ayrıca öngörülmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁶

Yargıtay işçinin işe hiç başlamaması ve işi bırakması bakımından farklı değerlendirmeler yaparak sonuca gitmiştir. İşçi hiç işe başlamamış ise fiilen iş ilişkisi kurulmadığından dönme cezası niteliğinde bir cezai şart yok ise cezai şart geçersizdir. İşçinin işe hiç başlamamasında kararlaştırılabilecek cezai şartın üst sınırı TBK m.439'da belirtilen “*aylık ücretin dörtte biri*”dir.¹⁰⁷

Yargıtay, işçi işe başlamış ancak haksız şekilde bırakmış ise; diğer koşulların varlığı halinde cezai şartı geçerli kabul etmektedir¹⁰⁸; kararlaştırılan cezai şart sürelerine göre Yargıtay'ın verdiği kararlar irdelendiğinde¹⁰⁹, Türk Borçlar Kanunu m.439'un bir üst sınır olarak kabul edilmediği sonucuna varılmaktadır. Şu hâlde işveren tarafından hem TBK m.439/I uyarınca işi bırakma tazminatı hem cezai şart istenirse nasıl sonuca girmek gerektiğine de değinmek gerekir. Kanaatimizce değerlendirme, bakiye süre ücreti tutarı ve cezai şart arasındaki olduğu gibi yapılmalı, TBK m.439/I ile cezai şartın

¹⁰⁶ GÖKTAŞ, 2020, s. 270, 318.

¹⁰⁷ YAYVAK NAMLI, 2020, s. 397; Karar için bkz. Yargıtay 9. HD, T. 26.09.2006, E. 2006/20061, K. 2006/24888 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022).

¹⁰⁸ Yargıtay 22. HD, T. 27.03.2019, E. 2015/35845, K. 2019/6782 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022); Yargıtay bu kararında, TBK m.439/3 uyarınca işverenin dava açmak için 30 günlük hak düşürücü süresi bulunduğu bu süre geçtikten sonra açılması sebebiyle davanın reddine yönelik yerel mahkeme kararını, cezai şart bakımından özel bir zamanaşımı süresine İş Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu'nda yer verilmediğinden genel zamanaşımı süresinin 10 yıl kabul edilmesi gerektiğini belirterek işin esasına girilmesi gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu karardan da anlaşıldığı üzere, işçinin haksız işi bırakması haline yönelik cezai şart m.439/I den ayrı olarak değerlendirilmekte ve kabul edilmektedir.

¹⁰⁹ Yargıtay 9. HD, T. 16.06.2021, E. 2021/6172, K. 2021/10300 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (erişim tarihi 18.02.2022); Yargıtay sözü edilen kararda işçi aleyhine Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde öngörülen tutardan fazla cezai şart öngörülmüş olduğu halde cezai şartın üst sınırı olduğuna değinmemiştir. Delayısıyla işçinin haksız feshinde Yargıtay, TBK m.439/I'ı üst sınır olarak kabul etmemektedir.

birlikte istenebileceği açıkça kararlaştırılmamış ise ve TBK 439/I'de öngörülen hak düşürücü süre geçirilmemiş ise cezai şartın seçimlik olduğu kabul edilmeli, birlikte istenmesi mümkün görülmemelidir.

SONUÇ

Belirli süreli iş sözleşmeleri nitelikleri gereği süreli fesih ile sona erdirilemezler. Ancak haklı nedenle fesih ile sona erdirilebilirler. 4857 sayılı İş Kanunu m.24 ve m.25'te düzenleniş bulunan haklı nedenle fesih kurumu, belirsiz süreli ve belirli süreli iş sözleşmeleri için uygulanabilir niteliktedir. Haksız fesih, belirsiz veya belirli süreli iş sözleşmelerinde işveren veya işçi tarafından yapılabilir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin herhangi bir haklı nedene dayanmaksızın sürenin bitiminden önce işverence sona erdirilmesi Türk Borçlar Kanunu'nda haksız fesih olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan, hem İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerine hem de Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerine uygulanabilir niteliktedir. Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından da uygulanabilir niteliktedir.

Sözleşmesi bu şekilde sona eren işçi, bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarını tazminat olarak isteyebileceği gibi, talep ve hakimın takdirine bağlı olarak ayrıca bir haksız fesih tazminatına da hükmedilebilecektir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir sebep olmadan feshi halinde işçi bakiye süreye ait ücretine hak kazanır. Mahkeme davalı tarafın talebi ile ya da re'sen dikkate alarak İş Kanunu m.11 hükmüne göre objektif koşulların var olup olmadığını somut uyuşmazlık açısından değerlendirerek, sözleşme türünün hukuki nitelendirmesini yapabilir. Bu değerlendirme sonucu, sözleşmenin belirli değil, belirsiz süreli sözleşme niteliğinde olduğu mahkeme tarafından tespit edildiğinde işçi bakiye süresine ait ücret hakkından yoksun kalabilecektir. Bakiye süre ücretin hesabında giydirilmiş ücret esas alınır ve indirilmesi gereken kalemler (işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir) indirilmelidir.

TBK m.438/III'de hem belirli hem belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından düzenlenen haksız fesih tazminatı, İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Haksız fesih tazminatı, tümüyle hâkimin takdirine bağlı bir tazminat olup madde gerekçesine göre; somut olayın bütün durum ve koşulları (tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sözleşmenin devam süresi, fesih için ileri sürülen sebep) tazminatın takdirinde göz önünde tutulacaktır. İşçi haksız fesihten hiçbir zarar görmese bile hâkim tazminata hükmedebilir. İşçinin maddi ya da manevi bir zararı meydana geldiğini ispatlaması gerekmeyip feshin haksız şekilde yapılmış olması tazminatın takdiri için yeterlidir. Tazminatın hesabında çıplak ücret esas alınır.

Fesih hakkının kötüye kullanıldığından söz edilebilmesi için öncelikle süreli fesih bildiriminde bulunma hakkının doğmuş olması, süreli fesih hakkının doğumu için ise belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin mevcut olması gerekir. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin süresinden önce süreli fesih yoluyla sonlandırılması mümkün olmadığından fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilemez ve İş Kanunu m.17'de düzenlenen kötüniyet tazminatı talep edilemez.

Haksız fesih tazminatı ile 4857 sayılı İş Kanunu m.5'te düzenlenen ayrımcılık tazminatı ya da 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25'te öngörülen sendikal tazminatın birlikte istenmesi de mümkün değildir.

İş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshinde, sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olması kıdem tazminatına hak kazanma bakımından sonuca etkili olmadığından; belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence haksız feshi halinde işçinin asgari bir yıl çalışmış olmak kaydıyla kıdem tazminatı hakkı bulunmaktadır. Ancak iş sözleşmesi haklı bir sebep olmadan sonlandırılmış olsa dahi iş sözleşmesi belirli süreli olduğundan işçinin ihbar tazminatına hak kazanması mümkün değildir.

4857 sayılı İş Kanunu m.18-21 aralığında iş güvencesi hükümlerine yer verilmiş olup m.18 hükmünde açıkça işverenin fesih için geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olma şartına bağlanmış olup, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden faydalandırılması kural olarak mümkün değildir. Buna ek olarak işçinin iş güvencesi

hükümlerinden yararlanabilmesi için İş Kanunu'na ya da Basın İş Kanunu'na tabi olması, işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalışıyor olması, işçinin altı aylık kıdemi bulunması ve işveren vekili olmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi 22.10.2014 tarih 2013/1 Esas ve 2014/161 Karar sayılı ve 11.11.2015 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren kararı ile sözü edilen düzenlemenin 4. fıkrasında yer alan “fesih dışında” ibaresi ile 5. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “18” ibaresinin anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından 6356 Sayılı Kanun'un sendika özgürlüğünü güvence altına alan 25. maddesinin 5. fıkrasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesinden yararlanabilmenin şartlarını düzenleyen 18. maddesine yapılan atıf Anayasa aykırı bulunarak iptal edildiğinden iş güvencesine tabi olmayan işçiler de (belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25 uyarınca sendikal neden var ise) sendikal tazminat talepli davalar ve işe iade davası açabileceklerdir.

Belirli süreli olarak yapılan bir iş sözleşmesinin objektif koşulları taşımaması halinde de işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır. İşçinin açtığı işe iade davasında iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu tespit edilirse artık işçinin belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshine bağlı hukuki sonuçlardan faydalanması mümkün olmayacaktır. Sendikal sebeple açılan işe iade davasında iş sözleşmesinin belirli mi yoksa belirsiz mi olduğu önem arz etmediğinden sendikal fesih olduğu tespit edilerek işe iade kararı verilmesi ihtimalinde işçinin bakiye süre ücreti tutarından kaynaklı tazminat istemesi fesih kesinleşmediği için mümkün olmayacaktır.

İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermeden işi bırakıp başka bir işverenin işine girmesi halinde, yeni işverenin de belirli süreli iş sözleşmesinin tarafı işverene karşı işçi ile birlikte sorumlu tutulma koşulları ile ilgili olarak bir düzenleme yapılmış ancak işçinin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshine ilişkin başka bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kısaca işçinin haksız fesih sebebiyle sorumluluğu iş sözleşmesinden, yeni işverenin sorumluluğu ise kanundan kaynaklanmaktadır. Yeni işveren, önceki işverene ödemek zorunda kaldığı tazminatı işçiye rücu edebilir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işçi tarafından haksız feshine ilişkin ise açık bir yaptırım bulunmamaktadır. İşçinin sorumluluğuna ilişkin yaptırım konusunda Kanunda boşluk bulunması nedeniyle ve kanaatimizce genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme hem İş Kanunu'na hem Borçlar Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanacaktır. Şu halde; işçi belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce haksız şekilde feshederse işveren, bakiye süre ücreti tutarı tazminat ödemeyecek, TBK m.439'a göre işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit tazminat ve kanıtlaması halinde zararının giderilmesini isteyebilecektir.

Belirli süreli iş sözleşmelerine süresinden önce haksız feshe bağlı cezai şart hükümleri konulması mümkündür. Cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Cezai şartın iki sınırlama bulunmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.420 göre, "*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.*" İkinci sınırlama, aynı kanunun m.420/II'de getirilmiş olup buna göre, işçinin kusuruyla verdiği sorumluluğun belirlenmesinde, "*işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri*" göz önünde tutulur. İşçi bu ölçütlerle belirlenen miktardan daha fazla tazminattan sorumlu tutulamaz. İlâveten işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şart işveren aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olamaz.

Yargıtay İBHGK, T.08.03.2019, E.2017/10, K.2019/1 göre belirli süreli iş sözleşmesinde belirlenen süre boyunca haklı sebep olmaksızın sözleşmenin feshedilmesi halinde sözleşme niteliği itibariyle belirsiz süreli olsa bile süreye bağlı cezai şart hükmünün geçerli olacağına karar vermiştir. Kanaatimizce bu karar isabetli değildir. Zira taraflar, iş sözleşmelerinde TBK. m.420/I hükmünde öngörülen emredici kurala aykırı olmamak koşuluyla cezai şart öngören hükümlere yer verebilirler. Sadece işçi aleyhine konulan cezai şart geçersizdir. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak, her iki taraf için aynı koşul ve miktarda cezai şart öngörülebileceği gibi, sadece işçi lehine olmak üzere de cezai şart öngörülebilecektir. Türk Borçlar Kanunu cezai şart açısından iş sözleşmesi türlerine göre herhangi bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla, belirli süreli

sözleşmelerde olduğu gibi belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de cezai şart öngörülebilecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.182/son'da yer alan emredici düzenleme sebebiyle hâkimin fahiş gördüğü takdirde ceza koşulundan re'sen indirim yapması zorunludur. Hâkim, cezai şart muaccel olduktan sonra, takdir hakkına dayalı olarak karar verirken tarafların ekonomik durumlarını, alacaklının çıkarlarını, borçlunun kusurunu, borca aykırılığın ağırlığını, sözleşmenin türünü ve süresini göz önünde tutarak ceza miktarının makul olmayacak şekilde yüksek tutulduğunu görürse sözleşmeye müdahale edip ceza miktarını indirir.

Bakiye süre ücreti tutarındaki tazminata ilişkin Türk Borçlar Kanunu m.438/I ve II hükümleri nispi emredici nitelikte olduğundan işçi aleyhine değişiklik yapılması mümkün değil ise de aynı Kanun'un cezai şarta ilişkin m.420 hükmünde öngörülen koşullara uyulmak kaydıyla sözleşmenin süresinden önce haksız feshine bağlı cezai şart öngörülebilir. Yakın tarihli Yargıtay kararlarına göre; dava dilekçesinde hem cezai şart hem bakiye süre ücreti tutarında tazminat talep edildiği durumda dava dilekçesi davacıya açıklattırılarak bakiye süre ücreti tutarında tazminat mı yoksa cezai şart mı istediği belirlenmeli sonucuna göre karar verilmelidir. Yargıtay'ın davacının hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de cezai şartı isteyemeyeceği konusunda vardığı sonucu isabetli bulmaktayız.

Haksız fesih tazminatı ile cezai şartın amaç ve nitelikleri birbirinden farklı olduğu için birlikte istenmesine engel bir durum yok ise de; haksız fesih tazminatı takdirinde ve miktarının tespitinde cezai şart dikkate alınmalıdır.

TBK m.439/I ile cezai şartın birlikte istenebileceği açıkça kararlaştırılmamış ise ve TBK 439/I' de öngörülen hak düşürücü süre geçirilmemiş ise cezai şartın seçimlik olduğu kabul edilmeli, birlikte istenmesi mümkün görülmemelidir.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan, **En Son Yargı Kararları Eşliğinde İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

- AKYIĞIT, Ercan, **Kıdem Tazminatı**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- ALPAGUT, Gülsevil, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, 1998.
- ALP, Mustafa, “Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Re’sen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dönüştürülmesi”, **Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan**, İstanbul, 2019.
- AYKAÇ, Hande Bahar, **İşverenin Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, **Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, 2012.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat vd., **İş Hukuku Dersleri**, 34. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- ÇİL, Şahin, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ÇİL, Şahin, **İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İş Hukukunda Cezai Şart”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar 1**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2012.
- EKMEKÇİ, Ömer / YIĞIT, Esra, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- EKONOMİ, Münir, “Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma ile Yenilenmesi”, **İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, (s. 565-571).
- GÖKTAŞ, Seracettin, **Türk İş Hukukunda Haksız Fesih**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÖKTAŞ, Seracettin / YILMAZ, Gökhan, **6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KAPLAN SENYEN, E. Tuncay, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, Hüküm ve Sonuçları”, **Sicil İHD**, 2016, (s. 17-33).

KAR, Bektaş, **İş Yargılaması Usulü**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

KARAKURT, Barış, **İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

KESER, Hakan, “Objektife Sebep olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Sicil İHD**, Sayı: 43.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1, Bireysel İş Hukuku**, 5. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021.

SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.

SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

TÜYSÜZOĞLU, İlkay, **4857 Sayılı İş Kanunu Madde 23 Bağlamında Yeni İşverenin Sorumluluğu**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

YAYVAK NAMLI, İrem, **İş Hukuku’nda Cezai Şart**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.