

Sevimli, K. Ahmet, "Bir Normlar Çatışması Sorunu Olarak İş Kanunu Kapsamındaki İşçilere Yeni İş Arama İzni Verilmemesinin Yaptırımı" Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Özel Sayı, (2016), s.645-665

⚡ BİR NORMLAR ÇATIŞMASI SORUNU OLARAK İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERE YENİ İŞ ARAMA İZNİ VERİLMEMESİNİN YAPTIRIMI

Yard. Doç. Dr. K. Ahmet Sevimli*

Giriş

Belirsiz süreli iş sözleşmesini sona erdirmek niyetindeki tarafın dayana-
bileceği bir haklı nedenin (İşK m.24-25) yokluğunda sözleşme, İşK m.17 hü-
kümlerine göre feshedilebilir¹. Söz konusu maddenin ilk fıkrası uyarınca "Belir-
siz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi
gerekir" (İşK m.17/I) ve bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak ikinci
fıkroda belirtilen iki, dört, altı veya sekiz haftalık sürenin sonunda sözleşme
feshedilmiş sayılır. Bildirim ne kadar zaman önce yapılacağı, işçinin işyerin-
deki kıdemine göre belirlenmiştir (İşK m.17/II). Feshin hüküm doğurması için
Kanunda belirtilen sürelerin geçmesi gerektiğinden bu fesih türü, Öğreti ve
uygulamada "süreli fesih", "önelli fesih", "olağan fesih", "bildirimli fesih" "feshi
ihbar", "ihbarlı fesih"; geçmesi gereken süre ise "bildirim süresi", "ihbar önelli",
"önel süresi", "ihbar müddeti/mühleti" gibi çeşitli şekillerde anılır².

Kanunda düzenlenmiş bulunan bildirim sürelerinin temel işlevi, tarafları
sürpriz şekilde sözleşmenin sona erdirilmesinden koruyarak işçiye yeni bir iş;
işverene de yeni işçi bulma olanağı tanımaktır³. Bildirim süreleri boyunca iş
sözleşmesi ve dolayısıyla tarafların tüm hak ve borçları devam etmektedir⁴. İşçi,

¹ Hakem denetiminden geçmiştir.

* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi bakımından
İşK m.18-21 (iş güvencesi) hükümleri de İşK m.17'nin (İşK m.17/VI, c.2-3 hariç) yanı
sıra uygulama alanı bulur.

² Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin,/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Ankara, Turhan
Kitabevi, 2014, s.894, 897; Akyiğit, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı,
Ankara, Seçkin Yay., 2008 s.614; Sümer, Haluk Hadi, "İş Arama İzninin Verilmemesi"
(Karar İncelemesi), Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1996, S.6, C.10, s. 23.

³ Saymen, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954,561;
Oğuzman, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin
Feshi, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s.194; Ekonomi, Münir, Yeni İş Arama
İzni ve Uygulanması, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s.124.; Ünal,
İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, Beta Yay., 2014, s.351; Süzek, Sarper, İş Hu-
kuku, İstanbul, Beta Yay., 2015, s.542 Taşkent (Eyrenci, Öner/Taşkent, Sa-
vaş/Ulucan, Devrim), Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta Yay., 2014, s.168, 170-171;
Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.897-898; Sümer, Karar İncelemesi,
s.25; Özkaraca, "Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı" (Karar İncelemesi), Sicil İş Hu-
kuku Dergisi, S.20, Aralık 2010, s.105.

⁴ Saymen, İş Hukuku, s.560-561; Oğuzman, Fesih, s. 194;Esener, Turhan, İş Hukuku,
Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s.226; Tunçomağ, Kenan, "931 Sayılı İş Kanunu Açır-

bu süre boyunca çalışmayı sürdürecektir. Bir yandan çalışırken öte yandan iş arayıp bulmasındaki güçlük düşünülürken işçi bakımından yeni iş arama izninin onu, bildirim süresi sonunda işsiz ve geçim kaynağı olan ücretten yoksun kalmaktan korumaya yönelik bir hak olduğu anlaşılır⁵.

"Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur" (İşK m.27/I, c.1) ve iş sözleşmesinin *işveren tarafından feshedilmesi* halinde yeni iş arama izinleri yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez (İşK m.59/II). "İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır" (İşK m.27/I, c.2-3). İster iş saatleri içinde en az ikişer saat; ister toplu olarak kullanılсын, yeni iş arama izni ücretlidir ve bu ücret, işçinin iş görmediği halde hak kazandığı bir tür sosyal ücrettir⁶.

1.Yeni İş Arama İzin Hakkının Doğumu

Yeni iş arama izni, iş sözleşmesi bildirim sürelerine uyularak feshedildiğinde gündeme gelir. İzin hakkının doğumu için sözleşmenin hangi tarafça feshedilmiş olduğunun önemi yoktur. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesi ister işveren, ister işçi tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmiş olsun işçiye yeni iş arama izni verilmesi gerekir⁷. Yeni iş arama izninin kullandırıldığını ispat yükü işverenin üzerindedir⁸.

sından Hizmet (İş) Sözleşmesinin Feshi İhbarı ve Feshi", İmran Öktem'e Armağan, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s.207; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, Beta Yay., 2013, s.200; Ekonomi, Münir, İş Hukuku, İstanbul, İTÜ Vakfı Yay., 1987, s.170-172; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.124; Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976, s.294; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta Yay., 2014, s.271; Süzek, İş Hukuku, s.546; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, Beta Yay., 2014, s.365; Centel, İş Hukuku, s.187; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.911; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.169; Güven, Ercan/Aydın, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, Nisan Kitabevi, 2013, s.203; Akyiğit, Şerh, s.614; Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya, Mimoza Yay., 2014, s.92; Sümer, Karar İncelemesi, s.23; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.105; Laçiner, Vedat, "Yeni İş Arama İzni Hakkı", Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt 10, Sayı 19, 2012, s.136.

⁵ Süzek, İş Hukuku, s.547, 550; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.366; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Caniklioğlu, Nurşen: "Hizmet Akdinin Devri-Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı-İş Arama İzni Verilmemesi" (Karar İncelemesi), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/I, s.45; Şen, Murat, "Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesih Yeni İş Arama İzni", TÜHİS, C.20, S.3; Ağustos 2006, s.31; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.105; Ayrıca Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s.561; Oğuzman, Fesih, s.194-195; Esener, İş Hukuku, s.226; Çenberci, Şerh, s.458; Ekonomi, İş Hukuku, s.172; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.124; Centel, Tankut, İş Hukuku C1. Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta Yay., 1994, s.187; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.136.

⁶ Ekonomi, İş Hukuku, s.176-177; Centel, İş Hukuku, s.188; Akyiğit, Şerh, s.1367-1368; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.47; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.161.

⁷ Oğuzman, Fesih, s.195; Esener, İş Hukuku, s.226; Çenberci, Şerh, s.458; Ekonomi, İş Hukuku, s.172; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.130; Çelik, Dersler, s.271; Şahlanan, Fevzi, "İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu" (Karar İncelemesi), İş Huku-

İşK m.17/V uyarınca " İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir". İşçinin sözleşmesinin sona ereceğini öğrenmiş olmasının verdiği psikolojiyle verimli çalışmayacağı ya da işyeri düzenini bozabileceği kaygılarıyla⁹ uygulamada işverenlerce sıkça başvurulduğu görülen peşin ödeme yoluyla fesihte, yeni iş arama izni gündeme gelmez¹⁰. Sözleşme, işveren tarafından bildirim sürelerine uyulmaksızın usulsüz¹¹ şekilde feshedildiğinde de yeni iş arama izni söz konusu olmaz¹². Bu hallerde bildirim süresine

ku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, TTSİS Yay., 2011, s.13; Şahlanan, "İhbar Öneli İçerisinde Kullanılmayan ve Çalışılmayan Günlere Rastlayan İş Arama İzni Süresinin Ücreti" (Karar İncelemesi), İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, TTSİS Yay., 2011, s.329; Süzek, İş Hukuku, s.547; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.367; Centel, İş Hukuku, s.187; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Akyiğit, Şerh, s.1358; Sümer, İş Hukuku, s.92; Sümer, Karar İncelemesi, s.23; Caniklioğlu, Karar İncelemesi, s.44-45; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.34; Akın, Levent, "Tatil Günlerine İlişkin Yeni İş Arama İzni Ücreti" (Karar İncelemesi), Çimento İşveren, Mayıs 2011, S.3, C.25, s.25; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; " İşçinin, bildirim süresi tanımak suretiyle fesih yoluna gitmesi halinde de, işverence yeni iş arama izni verilmesi gerekir. Gerçekten yasada sadece bildirim süresinden söz edilmiş, bu süreyi işçinin ya da işverenin tanımış olması arasında ayırım yapılmamıştır." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398 (www.calismavetoplum.org); Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589; Yarg. 9.HD, 05.02.2010, E.2008/14746, K.2010/2360 (www.legalbank.net); İşçinin feshi bakımından aksi görüşte Odaman, Serkan, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara, Kamu-İş Yay., 2013, s.214-215.

⁸ Süzek, İş Hukuku, s.549; Yarg. HGK, 27.01.2010, E.2009/9-593, K. 2010/20 Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.327vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917; Akyiğit, Şerh, s. 1371; Özdemir, M. Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Beta Yay., 2006, s.287; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.44-45; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.102 vd."Somut olayda davalı işveren, ihbar öneli içinde yeni iş arama izinlerini kullandığını kanıtlayabilmiş değildir. Bu nedenle davacı işçinin iş arama izin ücretlerine hak kazandığı tartışmasızdır." Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977; Aynı Yönde Yarg. 9.HD, 28.10.2008, 27533/29198 (www.calismavetoplum.org); "...davacıya iş arama izni verildiği veya ücretinin ödendiğini gösterir delil ibraz edilmediğinden, bu dönem açısından iş arama izin ücret alacağının kabulü gerekirken..." Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

⁹ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.123-124; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.141-142.

¹⁰ Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.13; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.328; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.131; Ekonomi, İş Hukuku, s.176; Süzek, İş Hukuku, s.547; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Akyiğit, Şerh, s.1358, 1370; Sümer, İş Hukuku, s.93; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.39, 60; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.142.

¹¹ Usulsüz fesih kavramı için Bkz.: Ekonomi, İş Hukuku, s.182 vd.; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.216 vd.; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.202 vd.; Süzek, Kötüye Kullanma, s.104 vd.; Süzek, İş Hukuku, s.554 vd.; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.375 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.919 vd.; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.172-173; Centel, İş Hukuku, s.190 vd.

¹² Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.131; Ekonomi, İş Hukuku, s.176; Süzek, İş Hukuku, s.547; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.13; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.328; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.367-368; Mollamahmutoğlu

ilişkin ücreti peşin ya da ihbar tazminatı (İşK m.17/IV) olarak alacak olan işçinin bildirim süresi boyunca serbest kalacağı ve tüm süreyi iş aramak için kullanabileceği belirtilir¹³. Ayrıca haklı nedenle fesihte (İşK m.24-25) karşı tarafa bildirim süresi tanınması gerekmediğinden, ancak bildirim sürelerinin varlığında gündeme gelebilen yeni iş arama izin hakkı doğmaz^{14,15}.

İşK m.27/I hükmü açıkça "bildirim süreleri içinde" yeni iş arama izni verilmesini zorunlu tutmaktadır. Süreli (bildirimli) fesih, belirsiz süreli iş sözleşmelerine özgü bir fesih türüdür. Belirli süreli iş sözleşmeleri süreli fesih yoluyla sona erdirilemez. Giderek belirli süreli iş sözleşmelerinin feshinde yeni iş arama izninin söz konusu olamayacağı sonucuna varılır^{16,17}.

Yeni iş arama izin hakkının doğumu için işçinin talebine gerek yoktur^{18,19}. İşK m.27 metnindeki " ... işveren, ... iş arama iznini ... vermeye mec-

lu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Şen, Yeni İş Arama İzni, s. 37, 59-60; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.142; İşverenin usulsüz feshinde hem yeni iş arama izni ücreti hem de ihbar tazminatı ödenmesi gerektiği yönünde Bkz.:Akyiğit, Şerh, s.1358.

¹³ Esener, İş Hukuku, s.228; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.37, 39, 60; Peşin ödeme yoluyla fesih bakımından aynı görüşte Akyiğit, Şerh, s.1358.

¹⁴ Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.13; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.131; Süzek, İş Hukuku, s.547; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.141.

¹⁵ "Yeni iş arama izni bildirim süresi tanınarak yapılan feshlerde söz konusu olur. İşverence Kanununun 25. maddesine dayanarak yapılan feshlerde böyle bir yükümlülük olmadığı gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirim süresi tanınmaksızın derhal feshinde ya da bildirim sürelerine ait ücretin veya ihbar tazminatının peşin ödendiği hallerde yeni iş arama izni verilmesi gerekmez." Yarg. 22.HD, 4.3.2014, 4476/4818 (www.kazanci.com); Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismavetoplum.org).

¹⁶ Saymen, İş Hukuku, s. 563; Oğuzman, Fesih, s.197; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.125-126; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.367; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.44; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.33-34; Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye de yeni iş arama izni hakkının tanınması konusunda Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s. 563; Oğuzman, Fesih, s.197-198; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.126-129; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912-913; Ayrıca Bkz.: Akyiğit, Şerh, s.1361-1362; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.34-35; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.149-150.

¹⁷ Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından yeni iş arama izninin sadece belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere verileceği 421. maddede açıkça ifade bulunmuştur: " İşveren, belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshi hâlinde, bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın, günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlüdür." (TBK m.421/II).

¹⁸ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, 139-140; Ekonomi, İş Hukuku, s.173-174; Süzek, İş Hukuku, s.548; Centel, İş Hukuku, s.188; Çelik, Dersler, s.271, dn.82; Akyiğit, Şerh, s.1361; Sümer, İş Hukuku, s.92; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.46; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.42; Akın, Karar İncelmesi, s.25; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.148; İren, "İşverence Yeni İş Arama İzni Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2009, s.129;Hakkın doğunun işçinin talebine bağlı olduğu görüşü için Bkz.: Oğuzman, Fesih, s.195; Saymen, İş Hukuku, s.561-562; Ekmekçi, Ömer, "26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine", Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem (Seminer Notları), 25-29 Eylül 2002, s.75-76; İşverenin, işçiye yeni iş arama izni hakkını anımsatması ve işçi

burdur" şeklindeki işçinin talebinden söz etmeksizin işvereni yeni iş arama iznini vermeye zorunlu tutan emredici nitelikteki anlatım ve yeni iş arama izninin işverenin işçiyi koruma borcunun (TBK m.417) bir görünümü²⁰ olduğu dikkate alındığında bu sonuca varmak gerekir²¹. Yeri gelmişken değinelim ki işçinin talebi, yeni iş arama izninin toplu kullanımı bakımından belirleyicidir. İşçinin toplu kullanmayı talep etmemesi halinde ise, iznin iş günleri içinde hangi zaman diliminde kullanılacağı saptanırken işçinin tercihinin işveren tarafından dikkate alınması gerektiği kabul edilir²².

Öğretideki baskın Görüş²³ uyarınca yeni iş arama izin hakkının doğumu için işçinin iş arama/bulma gereksinimi²⁴ içinde olması da şarttır. Yeni bir iş bulmuş²⁵ olduğu halde bunu işverenden gizleyerek izin kullanan/kullanmaya devam eden işçinin sözleşmesi doğruluk ve bağlılığa aykırılık (İşK m.25/II,e) nedeniyle haklı sebeple feshedilebilir. Bu görüşe dayanak olarak madde metnindeki "işçiyi yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama izni" (İşK m.27/1, c.1) anlatımı gösterilir. Hal böyle olmakla birlikte Yargıtay'a göre işçinin yeni bir iş bulmuş olması yeni iş arama iznini kullanmasına/kullanmaya devam etmesine engel oluşturmaz²⁶.

talep ederse kullandırmakla yükümlü tutulması gerektiği yönünde Mollamahmutolu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.915-916.

¹⁹ İş arama izninin işçinin talebi üzerine verileceği yolundaki Alman Hukukundaki düzenleme hakkında bilgi için Bkz.: Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.141; Akyiğit, Şerh, s.1356, 1361;; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.146-147; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106;

²⁰ Ulaşan, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu-Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990, s. 27; Centel, İş Hukuku, s 187; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.129; Akyiğit, Şerh, s.1354, 1361; Sümer, Karar İncelmesi, s.23; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.42.

²¹ Ayrıca Bkz. Aşağıda dn. 28

²² Ekonomi, İş Hukuku, s.174; Bkz.: Aşağıda 3.

²³ Saymen, İş Hukuku, s.562; Oğuzman, Fesih, s.197; Çenberci, Şerh, s.460-461; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.209; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.132; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.13-14; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Süzek, İş Hukuku, s.549; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171-172; Narmanhoğlu, İş Hukuku, s.368, 367 dn.106; Mollamahmutolu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.913-914; Akyiğit, Şerh, s.1358-1359; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.45; Sümer, İş Hukuku, s.92; Sümer, Karar İncelmesi, s.23; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.39-40; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; İren, Karar İncelmesi, s.130; Ayrıca Bkz.: Akın, Karar İncelmesi, s.26; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.143.

²⁴ Yeni iş arama/bulma gereksiniminden sadece bağımlı çalışmanın mı anlaşılması gerektiği tartışması için Bkz. Akyiğit, Şerh, s.1359; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.40; Mollamahmutolu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.914; Yeni iş için gerekli olan konutu aramanın da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışması için Bkz.: Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.132.

²⁵ İşçinin yeni bir iş bulmuş olduğundan söz edebilmek için yeni bir iş sözleşmesinin bağitlanmış ya da bağitlanacağı yönünde ön sözleşmenin yapılmış olması gerekir. Ayrıca tam süreli çalışan işçinin bulduğu kısmi süreli bir iş söz konusu olduğunda işçinin yeni iş bulduğunu iddia etmek de güçtür. Bkz. Akyiğit, Şerh, s.1359; Mollamahmutolu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.914; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.40-41.

²⁶ "İşçinin ihbar öneli tanımak suretiyle feshinden sonra da iş arama ihtiyacı devam edebilecektir. Hatta işçi bu arada yeni bir iş bulmuş olsa dahi, iş arama ihtiyacı devam eder. Çünkü iş arama iznini değerlendirerek daha iyi bir iş bulma imkânına kavuşabi-

2. Yeni İş Arama İzninin Süresi

"İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir" (İşK m.27/I, c.2). İş arama izninin süresi nispi emredici nitelikte düzenlenmiş olup günde en az iki saattir; işverence tek taraflı şekilde ya da sözleşmelerle azaltılması yahut ortadan kaldırılması²⁷ ya da işçinin yeni iş arama izin hakkından önceden²⁸ tamamen ya da kısmen vazgeçmesi²⁹ mümkün değildir. Yeni iş arama izin süresini azaltan ya da ortadan kaldıran sözleşme hükümlerinin yerini yasadaki iki saatlik süre alır³⁰.

Madde metnindeki "günlük iki saatten az olamaz" anlatımı, sürenin arttırılabileceğine işaret eder. Doğrudan yeni iş arama izninin süresi arttırılabileceği³¹ gibi, bildirim sürelerinin arttırıldığı (İşK m.17/III) durumlarda yeni iş arama izin süresinin, günlük miktarı olmasa da bildirim sürelerindeki artışa koşut biçimde toplamda arttığının kabulü gerekir³². Hem bildirim süresinin hem de

lecektir." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398 (www.calismavetoplum.org); Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

²⁷ Saymen, İş Hukuku, s.561; Esener, İş Hukuku, s.226; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.208; Çenberci, Şerh, s.458-459; Ekonomi, İş Hukuku, s.175; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Süzek, İş Hukuku, s.548; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.367; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203; Akyiğit, Şerh, s.1363; Caniklioğlu, Karar İncelemesi, s.45; Akın, Karar İncelemesi, s.25; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.43, 46; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.107; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.137; "Bildirim önelleri içinde işçiye verilmesi gereken iş arama izni kamu düzenini ilgilendirmektedir. İşverenin bu yükümlünü azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran sözleşme hükümleri geçersizdir." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismavetoplum.org); Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589; Yarg. 9.HD, 05.02.2010, E.2008/14746, K.2010/2360 (www.legalbank.net).

²⁸ Öncesinde vazgeçilmesi mümkün olmayan yeni iş arama izni hakkının doğumu sonrasında, bunu kullanmak istemeyen işçiye iznin zorla verilemeyeceği yönünde: Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.916; Akyiğit, Şerh, s.1366-1367, 1371; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.42.

²⁹ Çenberci, Şerh, s.458; Ekonomi, İş Hukuku, s.176; Akyiğit, Şerh, s. 1366; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.43; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.107; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.146.

³⁰ Tunçomağ, Feshi İhbar, s.208; Esener, İş Hukuku, s.226-227; Çenberci, Şerh, s.458; Akyiğit, Şerh, s.1363

³¹ Saymen, İş Hukuku, s.561; Esener, İş Hukuku, s.227; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Çenberci, Şerh, s.458; Ekonomi, İş Hukuku, s.175; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.142; Süzek, İş Hukuku, s.548; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Akyiğit, Şerh, s.1363 Caniklioğlu, Karar İncelemesi, s.45; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.45-46; Özkaraca, Karar İncelemesi, s. 107; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.137; İren, Karar İncelemesi, s.129; "Bu süre asgari olup, işverence daha fazla verilmesi mümkün olduğu gibi, sözleşme ile daha fazla iş arama süresi kararlaştırılabilecektir." Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

³² Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.142-143; Süzek, İş Hukuku, s.548; Akyiğit, Şerh, s.1363; Caniklioğlu, Karar İncelemesi, s.45; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.46, 55; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106-107; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.137; "Yeni iş arama süresi en az 4857 sayılı Kanununun 17'nci maddesinde sözü edilen bildirim gün sayısına göre belirlenir. Bu konuda sözleşme ile arttırılmış öneller de dikkate alınır." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; "...ihbar önelini arttırılabilecekleri gibi, günlük en az iki saat olan iş arama izin süresini de daha fazla olarak belirleyebilirler. Be-

yeni iş arama izin süresinin arttırılması da pek ala mümkündür³³. Yeri gelmişken değinmek isteriz ki, uygulamada sözleşme işçi tarafından bildirim sürelerine uyularak feshedildiğinde, işverenlerin bildirim süresi içinde işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesini istememesi az rastlanır bir durum değildir ve Öğretilen bunun hukuki yönden ne anlam taşıdığı tartışmaya açık olduğu belirtilir³⁴. Yeni iş arama izninin ne kadar arttırılabileceği konusunda Kanunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Buradan hareketle, özellikle bildirim süresi boyunca çalıştırılmamasına karşın işçinin ücretinin ödenmeye devam edildiği durumlarda, bildirim süresindeki tüm iş saatlerinin işçiye yeni iş arama izni olarak kullanıldığı sonucuna varılabilir.

İzin süresi bildirim süresi içindeki her iş günü için en az ikişer saattir ve işçinin iznini toplu kullanmayı tercih etmesi durumunda bu saatlerin toplamı esas alınacaktır³⁵. İşK m.27/I düzenlemesindeki "iş saatleri içinde" anlatımı ve iş günleri dışında iş saatlerinden söz edilemeyeceği gerçeği dikkate alındığında bildirim süresine rastlayan hafta tatili, akdi tatil³⁶, Ulusal Bayram ve genel tatil günleri için izin verilmesi söz konusu olamaz. İşçinin zaten çalışmakla yükümlü olmadığı günlerde izin kullanacağını düşünmek anlamlı değildir³⁷. Aynı esaslar yeni iş arama izninin kullanılmaması durumunda yapılması gereken ödemenin (İşK m.27/II, III) hesabı bakımından da geçerlidir³⁸. Bunun istisnası-

lırtmek gerekir ki, iş arama izni arttırılmış ihbar önellerine göre kullanılmalıdır " Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismavetoplum.org)..

³³ Özkaraca, Karar İncelemesi, s. 107.

³⁴ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.124.

³⁵ Saymen, İş Hukuku, s.562-563; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.143; Ekonomi, İş Hukuku, s.176; Şahlanan, Fevzi: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2010, s.136; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.331; Süzek, İş Hukuku, s.550; Centel, İş Hukuku, s.188; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917; Akın, Karar İncelemesi, s.26-27; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.107-108; İren, Karar İncelemesi, s.132; "...İşçinin toplu olarak kullanmayı istemesi halinde toplam saat sayısının bir iş günündeki çalışılan saate bölünmesi gerekir..." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398 (www.calismavetoplum.org); Ayrıca Bkz.: Şen, Yeni İş Arama İzni, s.51.

³⁶ Örneğin çalışılmayan cumartesi günleri Bkz.: Süzek, İş Hukuku, s.550; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.108.

³⁷ Özkaraca, Karar İncelemesi, s.107-108; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917.

³⁸ "Yeni iş arama izni, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olur. İşçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine göre, bu günler için ayrıca iş arama izin ücretine hak kazanılamaz." Yarg. HGK, 27.01.2010, E.2009/9-593, K. 2010/20 Karar metni ve kararı isabetli bulan incelemeler için Bkz.: Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.327 vd.; Akın, Karar İncelemesi, s.22 vd.; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.102 vd.; Aynı yönde Yarg. HGK, 1.6.2011, E.2011/9-302, K. 2011/368; Yarg. HGK, 6.5.2009, E. 2009/9-96, K. 2009/174; Yarg. 9.HD, 11.3.2010, E. 2008/42568, K. 2010/6437 (www.kazanci.com); " Yeni iş arama süresi en az 4857 sayılı Kanununun 17'nci maddesinde sözü edilen bildirim gün sayısına göre belirlenir ... İşçinin toplu olarak kullanmayı istemesi halinde toplam saat sayısının bir iş günündeki çalışılan saate bölünmesi gerekir. İşçinin çalıştırılmadığı hafta tatili ile bayram ve genel tatil günleri için yeni iş arama izni verilmesi gerekmez." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; "İşçiye iş arama izinlerinin toplu olarak kullanılması gerektiğinde, çalışılan iş günleri için iki saatten az

nı Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde işçinin çalışacağına sözleşmede hükme bağlanmış olduğu ya da işçinin onayıyla çalıştığı (İşK m.44/I) durumlar oluşturur. Toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılacağı kararlaştırılmış ya da böyle bir hüküm olmamasına rağmen işçinin onayı alınarak çalıştırılmış ise, bildirim süresine rastlayan bu günler için de yeni iş arama izni verilmesi gerektiğinden ve toplu kullanımda hesaba bu günlerin de katılacağından kuşku duymamak gerekir³⁹.

3. Yeni İş Arama İzninin Kullanılması

İşçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir (İşK m.27/I, c.2). "... iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır" (İşK m.27/I, c.3). İşçinin yeni iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilmesi için işverenin olurlarına gerek yoktur⁴⁰; yeter ki işçi bu isteğini zamanında işverene bildirsın ve izni işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatsın⁴¹.

Yeni iş arama iznini toplu kullanma isteğinin işverenin fesih beyanının işçiye ulaştığı gün ya da sözleşme işçi tarafından feshediliyorsa fesih beyanı ile birlikte işverene bildirilmesi; bu mümkün olmazsa en geç ertesi gün bu bildirim yapılması gerektiği; işçinin toplu kullanım isteğini belirtilen zamanda bildirmemesi halinde yeni iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilme hakkını yitireceği ve işverenin yükümlülüğünü her iş günü izni kullanarak yerine getireceği kabul edilir⁴². Zamanında yapılmayan ya da sözleşmenin sona ereceği tarihten önceki günlere rastlamayan toplu kullanma isteklerini işveren reddedebilir⁴³. Başka bir anlatımla, bu gibi durumlarda iznin toplu olarak kullanılabilmesi, işverenin kabulüne bağlıdır ve işçinin aksine davranışı işveren

olmamak üzere hesaplama yapılır ve işçinin iş arama iznini kullanacağı süre belirlenerek sonuca gidilir." Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977; Yarg. 9.HD, 28.10.2008, 27533/29198 (www.calismavetoplum.org).

Hak kazanılacak izin süresinin hesabında sadece iş günlerinin değil bildirim süresi içindeki tüm günlerin dikkate alınması gerektiği yönündeki görüş için Bkz.: Akyiğit, Şerh, s.1363; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.157-158; Yarg. HGK, 27.01.2010, E.2009/9-593, K. 2010/20 Karşı Oy Yazısı, Özkaraca, Karar İncelemesi, s.103-104; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42706/34976, Karşı Oy Yazısı, İren, Karar İncelemesi, s.127-129; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 Karşı Oy Yazısı (www.calismavetoplum.org); Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42741/35011 Karşı Oy Yazısı (www.legalbank.net).

³⁹ Akın, Karar İncelemesi, s.27.

⁴⁰ Saymen, İş Hukuku, s.562; Çenberci, Şerh, s.459; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.208; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.54; Akyiğit, Şerh, s.1365; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.144.

⁴¹ "... İşçinin bu konudaki talebini işverene önceden bildirmesi ve iş arama izni toplamını işten ayrılacağı günden önceki günlere karşılık gelecek şekilde ayarlaması şarttır. İşçinin usulüne uygun toplu kullanma talebini işverenin kabulü zorunludur." Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

⁴² Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.141, 142; Ekonomi, İş Hukuku, s.174; Süzek, İş Hukuku, s.549; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.915; Akyiğit, Şerh, s.1365.

⁴³ Akyiğit, Şerh, s.1361; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.54-55; Aynı yönde Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.144.

için haklı fesih nedeni (İşK m.25/II,g) oluşturabilir⁴⁴. Öte yandan, işçi ve işverenin anlaşması halinde iznin bir bölümünün her iş günü en az iki saat, bir bölümünün ise toplu şekilde kullanılması veya toplu kullanımın bildirim süresinin herhangi bir dönemine denk getirilmesi ya da örneğin her haftanın belli işgünlerinde tam gün kullanılması yolunda bir engel bulunmamaktadır; bu yoldaki anlaşmanın bildirim süresi başladıktan sonra dahi yapılması mümkündür⁴⁵.

İşçinin yeni iş arama iznini toplu kullanmak yönünde bir talepte bulunmadığı durumlarda izin, bildirim süresi boyunca iş saatleri içinde kullanılacaktır. Diğer bir deyişle, ancak işçinin talebiyle toplu kullanım söz konusu olabilecektir⁴⁶; ortada talep yokken işveren tarafından iznin toplu kullanılması mümkün değildir⁴⁷. Ancak işçiye izni toplu kullanma hakkı olduğunun anımsatılması mümkündür ve hatta bu anımsatmanın işverenin işçiyi koruma borcunun bir görünümü olduğu dahi ileri sürülebilir.

İşçi, yeni iş arama iznini toplu kullanmayı tercih etmemiş ise, bu izni bildirim süresi boyunca iş saatleri içinde günlük en az iki saat olarak kullanacaktır. Ancak Kanunda iznin, gün içindeki iş saatlerinin hangi diliminde kullanılacağı belirtilmiş değildir. Bu konu sözleşmelerle kararlaştırılabilir⁴⁸. Sözleşmede hüküm yok ise, iznin gün içindeki iş saatlerinin hangi diliminde kullanılmasının yönetim hakkına dayanarak işveren tarafından belirleneceği kabul edilir⁴⁹. Söz konusu belirleme yapılırken İş Kanunu karşısında genel kanun konumunda olan Türk Borçlar Kanununun konuya ilişkin düzenlemesi uygulama alanı bulur: "İzin saatlerinin ve günlerinin belirlenmesinde, işyerinin ve işçinin haklı menfaatleri göz önünde tutulur" (TBK m.421/III). Her ne kadar TBK düzenlemesi sözleşmenin her iki tarafının çıkarlarının göz önünde bulundurulacağını hükme bağlamakta ise de İş Hukukuna yön veren ilkelerden işçi-

⁴⁴ Bkz. ve Karş: Saymen, İş Hukuku, s.562; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.209; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Akyiğit, Şerh, s.1370-1371.

⁴⁵ Akyiğit, Şerh, s. 1365-1366, 1368; Ayrıca Bkz.: Şen, Yeni İş Arama İzni, s.54-55; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.145.

⁴⁶ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.142; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.50, 54; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329 "İş arama izni ancak işçinin isteği ile toplu olarak kullanılabilir... İşçinin usulüne uygun toplu kullanma talebini işverenin kabulü zorunludur" Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

⁴⁷ Çenberci, Şerh, s.459; Akyiğit, Şerh, s.1365; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.144-145.

⁴⁸ Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Sümer, İş Hukuku, s.93; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.139; İren, Karar İncelmesi, s.129.

⁴⁹ Saymen, İş Hukuku, s 561; Çenberci, Şerh, s.460; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.143-144; Ekonomi, İş Hukuku, s.174; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14 Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Centel, İş Hukuku, s.188; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.915; Sümer, İş Hukuku, s.93; Akyiğit, Şerh, s.1368; Akın, Karar İncelmesi, s.26; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.53; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.139; İren, Karar İncelmesi, s.129-130; "İş arama izninin kullanılma zamanını işveren belirler. İşçinin kendiliğinden bu izni kullandığını belirterek ayrılması doğru değildir. Zira ihbar öneli içinde iş görme borcu eksiksiz devam etmektedir." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398 (www.calismavetoplum.org); Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

nin korunması ilkesi⁵⁰ ve İşK m.27'nin amacı uyarınca işçinin iş bulmasına en elverişli zaman diliminin esas alınması isabetli olacaktır⁵¹. Özellikle, işverenin sözleşmeyi feshettiği durumlarda, hayatın olağan akışına uygun olan, işveren tarafından işin yürütümü konusunda gerekli planlamanın yapılmış olduğunun varsayılması ve giderek işçinin iş aramadaki çıkarının ağır basmasıdır⁵². İşveren, işin yürütümü bakımından hiçbir sakınca olmamasına rağmen, işçinin bu konudaki isteğini dikkate almaz ve işçi için elverişli olmayan zamanda izni kullandırmakta ısrarcı olursa, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle (İşK m.24/II,f) feshedebileceği kabul görünür⁵³. Öte yandan belirtmek gerekir ki, işçinin isteğine uygun olsun olmasın işveren tarafından belirlenenler dışındaki iş saatlerinde işçinin kendi inisiyatifıyla iş aramak için işyerini terk etmesi, işveren bakımından haklı fesih nedeni oluşturabilir⁵⁴.

4. Yeni İş Arama İzni Verilmemesinin Yaptırımı

4.1. Genel Olarak

Bildirim süresi devam etmekte olan işçi, yeni iş arama izninin Kanuna uygun şekilde gereği gibi verilmemesi⁵⁵ veya eksik kullandırılması⁵⁶ ya da kullandırılan iznin ücretinin ödenmemesi⁵⁷ halinde sözleşmeyi çalışma koşulları-

⁵⁰ İşçinin korunması ilkesi ve işçi lehine yorum hk. bilgi için Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s.75-77; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.10-12; Ekonomi, İş Hukuku, s.13 vd.; Çelik, Dersler, s.20 vd.; Süzek, İş Hukuku, s.16 vd.; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.12 vd.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.11-18, 132-134; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.9 vd.; Akyiğit, Şerh, s.51 vd.; Sümer, İş Hukuku, s.7-8.

⁵¹ Çenberci, Şerh, s.460; Ekonomi, İş Hukuku, s.174; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Centel, İş Hukuku, s.188; Süzek, İş Hukuku, s.548; Akyiğit, Şerh, s.1368; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.139; İren, Karar İncelemesi, s.130; Ayrıca Bkz.: Oğuzman, Fesih, s.195.

⁵² Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.144; Ekonomi, İş Hukuku, s.174-175; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.915; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.53; İş sözleşmesini işçi feshetti ise işverenin yararına öncelik tanınması gerektiği yönünde Şen, Yeni İş Arama İzni, s.53.

⁵³ Ekonomi, İş Hukuku, s.175; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.144; Centel, İş Hukuku, s.188; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.53, 62; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.139-141; Ayrıca Bkz.: Oğuzman, Fesih, s.195

⁵⁴ Tunçomağ, Feshi İhbar, s.209; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Çenberci, Şerh, s.461; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.144; Ekonomi, İş Hukuku, s.175; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Centel, İş Hukuku, s.188; Süzek, İş Hukuku, s.549; Akyiğit, Şerh, s.1370-1371; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.41-42, 53; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.140; İşçinin bu davranışının geçerli fesih nedeni de oluşturabileceği yolunda Akın, Karar İncelemesi, s.26.

⁵⁵ Saymen, İş Hukuku, s.561-562; Oğuzman, Fesih, s.195; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.209-210; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.151; Ekonomi, İş Hukuku, s.177; Süzek, İş Hukuku, s.550; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917; Centel, İş Hukuku, s.188; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.172; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Sümer, İş Hukuku, s.93; Sümer, Karar İncelemesi, s.24; Akyiğit, Şerh, s.1370; Caniklioğlu, Karar İncelemesi, s.47; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.61; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; İren, Karar İncelemesi, s.130.

⁵⁶ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.151; Süzek, İş Hukuku, s.550; Centel, İş Hukuku, s.188.

⁵⁷ Ekonomi, İş Hukuku, s.177.

nın uygulanmaması gerekçesiyle haklı nedenle derhal feshedebilir. İznin işveren açısından hiçbir sakıncası olmadığı halde işçi için iş bulmaya elverişli olmayan zamanlarda verilmesi halinde de işçinin fesih hakkının doğacağı Öğretide kabul görür⁵⁸. Bu hukuki sonuçlar 3008, 931, 1475 ve 4857 sayılı İş Kanunlarının yürürlükte bulunduğu dönemlerin tümü bakımından geçerlidir. Hal böyle olmakla birlikte bildirim süresi içinde fesih hakkını kullanmayan işçi bakımından gündeme gelecek hukuki sonuç konusunda özellikle 1475 ve 4857 sayılı Kanunların yürürlükte olduğu dönemdeki Öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları farklılık göstermektedir.

4.2. 1475 sayılı İş Kanununun Yürürlükte Olduğu Dönem Bakımından

4857 sayılı İş Kanunuyla yürürlükten kaldırılan⁵⁹1475 sayılı İş Kanununun 19. maddesi tek bir fıkradan oluşmaktaydı ve bugün yürürlükte olan 4857 sayılı Kanunun 27. maddesinin ilk fıkrasıyla neredeyse özdeş bir madde metnini içermekteydi⁶⁰. 1475 sK.m.19'da, 4857 sK.m.27 ikinci ve üçüncü fıkralarda olduğu gibi yeni iş arama izni vermeyerek işçiyi çalıştırmanın hukuki yaptırımını düzenlenmiş değildi. Bu dönemde işveren tarafından gerçekleştirilen fesihlerde bildirim süresi içinde iş arama izni verilmemesinin -işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilmesi dışında- hukuki yaptırımının ne olacağı konusunda Öğretideki bir Görüş⁶¹, izin süresine ilişkin ücretin talep edileceğini savunurken diğer bir Görüş⁶² ise feshin usulsüz hale geleceği ve işçinin ihbar tazminatına hak kazanacağını ileri sürmekteydi. Yargıtay kararları ise önel süresi içinde iş arama izninin verilmemesi halinde yönteminde verilmiş ihbar önelinden

⁵⁸ Bkz. Yukarıda dn.53.

⁵⁹ "25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır" (4857 s. İşK m.120).

⁶⁰ "Bildirim önelleri sırasında işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama süresini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. Bu iş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır" (1475 sayılı İşK mülga m.19).

"Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır." (4857 sayılı İşK m.27/1).

⁶¹ Ekonomi, İş Hukuku, s.176; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir, 1998, s.279; 1475 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce verilen bir Yargıtay kararı da bu yöndedir: "İş arama izninin hangi hallerde verileceği, 3008 sayılı İş Kanununun 18 uncu maddesinde yazılıdır. Buna göre, işverenin ihbar önellerine dayanarak iş sözleşmesini bozacağını bildirdiği takdirde, işçiye her gün için iki saatlik iş arama izni verilir. Eğer bu izin verilmezse, o zaman işçi iş arama izin süresi karşılığını ücret olarak ister."Yarg. 9.HD, 9.10.1969, E.5527, K.9642 (www.kanunum.com).

⁶² Esener, İş Hukuku, s.227; Çenberci, Şerh, s.458-459; Süzek, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması: İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976, s.109; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.48-49; Sümer, Karar İncelmesi, s.23-24.

söz edilemeyeceği, bu durumun feshi usulsüz hale getirdiği ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerektiği yönünde istikrar kazanmıştı⁶³.

Yargıtay'ın 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemdeki bu içti-hadı, iş arama iznini adeta süreli fesih işleminin esaslı unsuru haline getirdiği; bunun süreli fesih kavramıyla bağdaştırılmasının mümkün olmadığı; iş arama izninin süreli fesih işleminde bildirim süreleri ile bütünleşen hukuki bir anlama sahip olmadığı; bu iznin, süreli feshi düzenleyen madde (4857 sK.m.17; 1475 sK.m.13) içinde değil, ayrıca başka bir maddede (4857 sK.m.27; 1475 sK.m.19) düzenlenmiş olduğu; düzenlemenin, fesih bildirim yapıldıktan sonra ve bildirim süresi devam ederken işverene işçiye diğer izinler gibi iş arama için de serbest bir zaman ayırması yükümlülüğü getirmekten başka bir anlam taşımadığı belirtilerek eleştirilmiştir⁶⁴. Bu eleştiriler doğrultusundaki işverenin bir gün dahi yeni iş arama izni kullandırmamasının yaptırımının ihbar tazminatı ödemek olacağı tespiti⁶⁵ ise ayrıca not edilmelidir.

Belirtildiği üzere dayanacakları haklı bir neden yoksa taraflardan her biri belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyararak feshedebilir. Kanunda düzenlenmiş bulunan bildirim sürelerinin temel işlevi işçiye yeni bir iş; işverene de yeni işçi bulma olanağı vermektir. Genel olarak, geçimini ancak bir işi olduğu müddetçe sağlayabilecek olan işçi bakımından bildirim sürelerinin anlamı, işverene göre çok daha hayatidir. Ülkemiz koşulları dikkate alındığında "İş mi; yoksa işçi bulmak mı daha güçtür?" sorusunun yanıtı bilinen bir gerçeğe işaret eder. "...işçi, bildirim süresi içinde kural olarak iş görme borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu için, yeni bir iş aramada zaman bulabilmesi ancak yeni iş arama izni ile mümkün olabilmektedir"⁶⁶. Anlaşılacağı üzere, bildirim süresinin işçi açısından hayati öneme sahip "yeni iş bulabilme olanağı yaratma" işlevini yerine getirmesini sağlayan hukuki kurum, yeni iş arama iznidir⁶⁷. Yeni iş

⁶³ "... önel süresi içinde 1475 sayılı iş kanununun 19. maddesinde öngörülen iş arama izni ayrıca verilmediği için yönteminde verilmiş ihbar önelinden sözedilemez. Bu durumda ihbar tazminatının hüküm altına alması gerekir." Yarg. 9. HD, 27.11.1995, 17832/34766, Sümer, Karar İncelmesi, s.22; "...1475 sayılı İş Kanununun 19 uncu maddesinde öngörüldüğü şekilde yeni iş arama izninin verilmediği açıkça görülmektedir. Bu durumda Yasa kurallarına uygun bir önel verildiği kabul edilemeyeceğinden bilirkişi tarafından hesaplanan ihbar tazminatı bir değerlendirmeye tabi tutularak hüküm kurulmalıdır." Yarg. 9. HD, 22.1.2002, E.2001/16005, K.2002/596; "...1475 sayılı İş Kanununun 19. maddesinde öngörülen iş arama izni ayrıca verilmediği için usulüne uygun ihbar öneli kullanıldığından söz edilemez. Bu nedenle ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken..." Yarg. 9. HD, 26.2.2004, 1261/3471, www.kazanci.com; "...yasadan kaynaklanan iş arama izninin verilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda yasanın anladığı anlamda ihbar önelinden söz edilemez. Böyle olunca ihbar tazminatı isteğinin de kabulüne karar vermek gerekirken..." Yarg. 9.HD, 1.7.2004, 4314/16301, Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelmesi), s.12-13.

⁶⁴ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.148-150; Ayrıca Bkz.: Akyiğit, Şerh, s.620, 1369-1370; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.56-59.

⁶⁵ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.141.

⁶⁶ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.124.

⁶⁷ "... işçinin yeni bir iş bulabilmesi için kendisine izin verilmesi, feshi ihbar mühletinin gayesi icabıdır" Oğuzman, Fesih, s.194; Aynı yönde: Ekonomi, İş Hukuku, s.172; Süzek, İş Hukuku, s.5547, 550; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.366; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Canıklıoğlu, Karar İncelmesi, s.45; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.31; Özkaraca, Karar İncelmesi, s.105; Ayrıca Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s.561.

arama izni kullandırılmaması, bildirim süresini işçi açısından büyük ölçüde işlevsiz hale getirecektir.

Günümüz iletişim teknolojisinin geldiği nokta düşünüldüğünde işçinin iş başvurularını elektronik ortamda yapabileceği dolayısıyla artık yeni iş arama izninin işçi açısından eski önemini taşımadığı iddia edilebilirse de kanımızca bu iddia isabetli değildir. İş görüşmelerinin halen yüz yüze yapıldığı; adayların işe alınmazdan önce birkaç kez görüşmeye çağrıldıkları; çeşitli yöntemlerle sınanıldıkları gerçeği unutulmamalıdır⁶⁸. Kısacası yeni iş arama izni, işçi bakımından bugün için de eski önemini korumaktadır. Nitekim yakın tarihli Yargıtay kararlarındaki⁶⁹ şu tespitler de aynı gerçeğe işaret etmektedir: "*Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçiye tanınması gereken bildirim öneli, işçiyi fesihten sonraki hayata hazırlamak için önemlidir. Bildirim süresi sonunda işten ayrılacağını bilen işçi, bu süre içinde bir başka iş arayarak bir başka işyerinde çalışabilmek için girişimlerde bulunabilecektir. Ancak bu süre içinde iş görme borcunu eksiksiz yerine getirmesi gereken işçinin, yeni iş aramasının güçlükleri de ortadadır. Bu nedenle yasa koyucu, bildirim süresi içinde işverence işçiye yeni iş araması için izin verilmesini öngören düzenlemeye gitmiştir*". İş arama izni verilmemesi işçinin yeni iş bulmasını engeller; en azından zorlaştırır ve giderek, bu tutumun İşK m.17'de (1475 sK.m.13) düzenlenen bildirim sürelerinin temel işlevini yerine getirmesini engellediği sonucuna varmak gerekir⁷⁰. Bildirim süreleri, işçiye yeni iş bulabilme olanağını yaratma işlevini ancak bu süreler içinde iş arama izni verildiği takdirde yerine getirebilir. Açıklamaya çalıştığımız bu gerçekler bizi, bildirim süreleri ile yeni iş arama izin sürelerinin bir bütün oluşturduğu⁷¹, bildirim süresi içinde yeni iş arama izni verilmeyerek işçinin çalıştırılması halinde Kanunun öngördüğü şekilde ihbar önelinden söz edilemeyeceği⁷² ve bu nedenle ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönündeki 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemdeki Yargıtay İçtihadının isabetsiz olmadığı sonucuna götürmektedir. Öğretide Yargıtay'ın bu içtihadını isabetli bulan Görüş, ihbar tazminatı yaptırımının ancak iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirim süresi verilerek feshedildiğinde gündeme gelebileceğini; sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği hallerde yeni iş arama izni verilmeyerek çalıştırılmasının -fesheden taraf işveren olmadığından işverenin usulsüz feshinden de söz edilemeyeceğine göre- işçiye ihbar tazminatı talep etme hakkı tanımayacağını belirtir. Bu durumda işçi, bildirim süresi sonunda kullandırılmayan iş arama iznine ilişkin ücreti talep edebilecektir⁷³.

⁶⁸ Bkz. ve Karş.: İren, Karar İncelmesi, s.131-132; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.158.

⁶⁹ Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; Yarg. 9.HD, 21.03.2011, E.2009/7616, K.2011/753; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismatoplum.org).

⁷⁰ Sümer, İş Arama İzni, s.25; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.47-49.

⁷¹ Esener, İş Hukuku, s.227; Çenberci, Şerh, s.458-459.

⁷² Yarg. 9.HD, 1.7.2004, 4314/16301; "...fesh tarihinde 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükte olup ilgili Yasanın 19. maddesine iş arama izninin kullandırılmaması ihbar önelinin usulüne uygun olarak verilmediği anlamına gelir ve bu durumda ihbar önelinin bölünmezliği ilkesi de gözetilerek işçiye ihbar tazminatı ödenmelidir." Yarg. 9.HD, 06.06.2011, E.2009/16815, K.2011/16522 (www.lehalbank.net).

⁷³ Sümer, İş Arama İzni, s.25; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.47; Sözleşme işçi tarafından feshedildiğinde yeni iş arama iznini hiç ya da gerektiği gibi kullandırmayan işverenin ihbar tazminatıyla sorumlu tutulmasının tutarsız olacağı yönünde Akyigit, Şerh, s.1370; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.59.

4.3. 4857 sayılı İş Kanununun Yürürlüğü Sonrasında

Halen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanununun yeni iş arama izni düzenleyen ve mülga 1475 sayılı Kanunun tek bir fıkradan oluşan 19. maddesiyle ilk fıkrası neredeyse özdeş olan 27. maddesinin farkı, yeni iş arama izni verilmeyerek işçinin çalıştırılması durumunda uygulama alanı bulacak ikinci ve üçüncü fıkraları içermesidir. Buna göre, " İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir" (İşK m.27/II). "İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder" (İşK m.27/III).

4857 sayılı Kanunun yürürlüğü sonrasında bildirim süresi içinde yeni iş arama izni verilmeyerek işçinin çalıştırılması halinde Kanunun öngördüğü şekilde ihbar önelinden söz edilemeyeceği ve bu nedenle ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönündeki Görüş terk edilerek, artık İşK m.27/II ve III hükümlerinin uygulama alanı bulacağı geniş kabul görmüştür⁷⁴. Yargıtay'a göre de "İşçiye bildirim süresi içinde yeni iş arama izninin kullandırılmamış olması, tanınan ihbar önelinin geçersiz olduğu sonucunu doğurmaz ... İş arama izni ayrı bir alacak kalemi olup, iş arama izni verilmemesi ihbar önelinin geçerliliğini etkilemez ...usulüne uygun verilen ihbar öneli nedeniyle ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken ... kabulü hatalı olup bozmayı gerektirir"⁷⁵. "Zira ... kanunun 27. maddesinde iş arama izninin verilmeyip çalıştırılması nedeniyle işçi bu süreye ilişkin ücretini %100 zamlı olarak almaya hak kazanmıştır"⁷⁶. İhbar öneli içinde işçinin çalıştığı günler bakımından her gün için iş arama izin ücretinin yüzde yüz zamlı hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir⁷⁷. Bildirim süresi içinde

⁷⁴ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.150-151; Çelik, Dersler, s.271; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14-15; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.330; Süzek, İş Hukuku, s.550-551; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.172;Eyrenci, Öner, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, s.27; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368-369; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.918; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203-204; Ekmekçi, Tasarı, s.75; Akyigit, Şerh, s.1370; Sümer, İş Hukuku, s.93; Şen, Yeni İş Arama İzni, s. 37-38, 48-49,60-61; Özdemir, İspat, s.287; Odaman, Değerlendirme, s.215; İren, Karar İncelmesi, s.130; Farklı görüşte Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.168-172.

⁷⁵ Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398 (www.calismavetoplum.org); "Mahkemece fesih bildiriminde iki saatlik iş arama izinlerinin kullandırılması ile ilgili hususlar bulunmadığı gerekçesiyle bildirim ihbar mahiyetinde olmadığı kabul edilmiş ise de, iş arama izni verilmemesi 4857 sayılı İş Kanunu'nda ayrı bir hukuki sonuca bağlanmış olup, bu husus bildirim geçersizliği sonucu doğurmaz. Bu itibarla, mahkemece ihbar tazminatının reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi isabetli olmamıştır." Yarg. 22.HD, 30.4.2013, E. 2012/21801, K. 2013/9238; "...iş arama izninin kullandırılmamış olması ihbar önelinin geçerli olmadığı sonucunu doğurmaz. Çünkü kullandırılmayan izin alacağının her zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 27.maddesi gereğince ayrı dava konusu olması mümkündür. İhbar önelinin kullandırıldığı kabul edilerek ihbar tazminatına ilişkin talebin reddi yerine mahkemece yazılı şekilde kabulü hatalıdır." Yarg. 9.HD, 7.10.2008, E. 2007/27704, K. 2008/25951, (www.kazanci.com).

⁷⁶ Yarg. 9.HD, 07.05.2007, E.2006/27619, K.2007/14145 (www.calismavetoplum.org).

⁷⁷ Yarg. HGK, 27.01.2010, E.2009/9-593, K. 2010/20; Yarg. 9.HD, 25.02.2010, E.2008/17166, K.2010/4765 (www.legalbank.net); Yarg. 22.HD, 9.10.2012, 6548/21732 (www.kazanci.com); Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismavetoplum.org).

sözleşme haklı nedenle⁷⁸ ya da 1475 sayılı Kanunun halen yürürlükte bulunan 14. maddesinde sıralanan nedenlerle feshedilirse işçinin, sözleşmenin feshedildiği tarihe dek kullandırılmayan yeni iş arama izinlerine ilişkin ücreti de yüzde yüz zamlı olarak talep hakkı vardır⁷⁹. Görüleceği üzere 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay yeni iş arama izni verilmeyerek işçinin çalıştırılması haline bildirim süresinin usulüne uygun verilmediği ve ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği sonucunu bağlarken; 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra bu içtihadını değiştirerek iş arama izni verilmemesinin feshi usulsüz hale getirmeyeceği; bunun yaptırımının kullandırılmayan iş arama izin süresine ilişkin ücretin yüzde yüz⁸⁰ zamlı ödenmesinden ibaret olduğu yolunda içtihat oluşturmuş bulunmaktadır.

4.4. İşK m.17/II ve III Arasındaki Normlar Çatışması

Açıklandığı üzere yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne aykırı davranışın yaptırımı İş Kanununun 27. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Bir kez daha anımsatmak gerekirse söz konusu iki fıkra aşağıdaki gibidir.

İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir (İşK m.27/II).

İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder (İşK m.27/III).

4857 sayılı Kanun için hazırlanan Bilim Komisyonu Taslağında yeni iş arama izni vermeyerek işçiyi çalıştırmanın yaptırımı ikinci fıkrada düzenlenmiş

⁷⁸ Bildirim süresi boyunca iş sözleşmesi tüm hak ve borçlarıyla devam etmekte olduğundan taraflardan birinin bildirim süresi içindeki borca aykırı davranışları diğer tarafa sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesih hakkı verir. Bkz.: Oğuzman, Fesih, s.194; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.207; Çenberci, Şerh, s.294; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Ekonomi, İş Hukuku, s.171; Süzek, İş Hukuku, s.547; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.911; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.365; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.169; Centel, İş Hukuku, s.187; Sümer, İş Hukuku, s.92; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.16172-173; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203.

⁷⁹ "Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından önel verilerek feshedilmiş ve fesih bildirim davacı işçiye tebliğ edilmiştir. Ancak davacı işçi verilen önel süresi içinde önel bitmeden iş sözleşmesinin emekliye ayrılması nedeni ile sonlandırılması yönünde dilekçe vermiştir ... Somut olayda işçinin emeklilik nedeni ile verdiği ayrılma dilekçesi üzerine ayrıldığı tarihe kadar, işverenin fesih bildirim sonuçlarını doğrulamaktadır. Davacı işçinin verdiği dilekçe, bir anlamda önel süresinin kısaltılmasına ilişkin olup, bu dilekçesi davalının daha önce yaptığı önel fesih bildirimini ve dolayısı ile önel içinde işverenin 2 saat iş arama izni vermesi gereğini ortadan kaldırmamaktadır. Mahkemece, davacının önel süresi içinde 2 saat iş arama izni verilmemesi nedeni ile zamlı karşılığı ücret alacağının, işçi tarafından feshi halinde iş arama izni istenemeyeceği" gerekçesi ile reddi doğru değildir. Davalı işverenin önel fesih bildirim tarihi ile davacının emekli olduğu tarihe kadar kullandırılmayan iş saatleri içindeki günde 2 saat iş arama karşılığı % 100 zamlı ücretin hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir" Yarg. 9.HD, 13.02.2014, E. 2011/53717, K. 2014/4374, Çalışma ve Toplum, 2015/2, s.325-327.

⁸⁰ Toplamda yüzde üçyüz. Bkz.: Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.172; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203-204.

iken⁸¹, Kanunun TBMM görüşmeleri sırasında üçüncü fıkra eklenmiş⁸² ancak ikinci fıkra aynen madde metninde korunmuştur.

Öğretideki bir Görüş⁸³ uyarınca inceleme konusu bu iki fıkra farklı durumları düzenlemektedir. Buna göre, işverenin bildirim süresine gereği gibi riayet etmemesi halinde iş arama iznine ait ücrete hak kazanılıp kazanılmadığı şu şekilde tespit edilecektir: Süreli fesih bildiriminde bulunan işverenin, işçiyi bildirim süresinin bir kısmında çalıştırdığı durumlarda, örneğin iki haftalık bildirim süresinin söz konusu olduğu bir iş sözleşmesinde işçiyi bir hafta çalıştırmış fakat ikinci haftada çalıştırmamış ise, işçi, çalıştığı haftadaki iş günlerine ait olan iş arama izinlerini kullanmamışsa, ona ait ücrete, Kanun'un 27/III hükmü gereğince yüzde yüz zamlı olarak hak kazanır. Bildirim süresinin geri kalan kısmındaki (örnekte ikinci haftadaki) iş arama iznine ve dolayısıyla ücretine, o sürede tamamen serbest kaldığı ve usulsüz fesih nedeniyle de ihbar tazminatına hak kazandığı için hükmedilemez. İşçinin bildirim süresindeki iş arama iznini topluca kullanmayı isteyip de kullanamadan sözleşmenin sona erdirildiği usulsüz fesih hallerinde ise, ihbar tazminatının dışında, iş arama izni olarak kullanacağı döneme ilişkin ücrete, İşK m.27/II hükmü gereğince hak kazanır⁸⁴. Ne var ki aynı Görüş uyarınca "*Usulsüz fesih işverence gerçekleştirilmişse, işçi işyerinden bildirim sürelerine uyulmaksızın çıkarıldığı için, o süreye ilişkin ücretini ihbar tazminatı olarak alacak ve bildirim süresinin ya tamamını ya da çalıştırılmadığı kısmını yeni iş aramak için kullanabilecektir. İşverenin bildirim süresine hiç uymaması halinde sürenin tamamı iş arama için kullanılabilirliğinden ve bu döneme ilişkin ücreti de ihbar tazminatı olarak (tam olarak) ödeneceğinden dolayı işçi ayrıca yeni iş arama izin ücretine hak kazanamayacaktır*"⁸⁵. Kanımızca "işverenin bildirim süresine gereği gibi riayet etmemesi" ile "işçinin işyerinden bildirim sürelerine uyulmaksızın çıkarılması" çok farklı hukuki durumlar değildir. Dahası, bildirim sürelerine hiç uymayan işveren için iş arama izin süresine ilişkin ücretin ödettilmesi yaptırımını gündeme gelmezken, sürenin bir bölümüne uyan işveren için bu tür bir yaptırımın uygulanmasını kabul etmek bize güç görünmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında da bildirim süresinin eksik kullandırılması halinde ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği, ancak işçinin iş arama izin sürelerine ilişkin ücrete hak kazanamayacağına işaret edilmiştir⁸⁶.

⁸¹ Bkz.:Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarı ve Gerekçesi, 26 Haziran 2002, MESS Yay. No. 387, İstabil 2002, s.27.

⁸² Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.150.

⁸³ Şen, Murat, "Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesihte Yeni İş Arama İzni " TÜHİS, 2006 Ağustos, C.20,S.3, s.37-38, 49,60-61; Akyiğit, Şerh, s.1370; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.915, 916-917; Narmanlioğlu, İş Hukuku, s.369.

⁸⁴ Şen, Yeni İş Arama İzni, s.37-38, 61.

⁸⁵ Şen, Yeni İş Arama İzni, s.37.

⁸⁶ "... davacının iş sözleşmesi, 10.10.2006 tarihinde bildirilen yazı ile 11.11.2006 tarihinde feshedilmiştir. Çalışma süresine göre, davacıya hak etmiş olduğu ihbar süresi kullandırılmamıştır. Bu sebeple, davacının ihbar tazminatı talebinin mahkemece kabulü isabetlidir. Ancak ihbar tazminatı istemi kabul edilen davacının, aynı zamanda iş arama izni ücretini talep edemeyeceği hususu gözetilmeksizin, karar verilmesi isabetlidir." Yarg. 22.HD, 4.3.2014, 4476/4818 (www.kazanci.com); "...işveren, ihbar önelilerine uymaksızın iş sözleşmesini bozmuştur. Bu durumda işçi, iş arama iznini veya

Öte yandan açıklamaya çalıştığımız Öğreti Görüşüne *yakınlaştığımız* noktanın, iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirildiğinde işçinin bildirim süresi içinde ortaya çıkan bir sebepten ötürü İşK m.24/II uyarınca işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışları nedeniyle sözleşmeyi feshetmesi durumu olduğunu belirtmeliyiz. Değindiği üzere haklı fesih durumunda ne bildirim süresi ne de yeni iş arama izni söz konusu olur. Ne var ki, işçi ortaya koyduğumuz bu durumda sözleşmeyi işverenden kaynaklanan bir nedenle feshetmesiydi süreli fesih uyarınca fiilen çalışacağı ve yeni iş arama izni kullanacağı bakiye sürede hak edeceği ücretten mahrum kalacaktır. İşçinin bakiye bildirim süresinde elde edebilecekken mahrum kaldığı bu ücreti, İşK m.26/II uyarınca tazminat olarak talep etmesinin mümkün olduğu kanısında-yız⁸⁷. Örneğin sekiz haftalık bildirim süresinin ikinci haftasının son iş gününde işverenin işçinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi veya cinsel tacizde bulunması ya da yeni iş arama iznini kullandırmaması nedeniyle sözleşme işçi tarafından feshedildiğinde bakiye altı hafta boyunca fiilen çalışacağı ve yeni iş arama izni kullanacağı süreler ve de tatil günleri⁸⁸ için hak edeceği ücretler, tazminat olarak talep edilebilmelidir. Talep edilebilecek tazminat tutarı, işçinin, sözleşmesi bildirim süresi sonuna dek devam etseydi hak kazanabileceği ücretler toplamından oluşan olumlu (müspet) zararının karşılığıdır. Sözleşmenin haklı nedenle feshedildiği tarihe dek kullandırılmayan yeni iş arama izinlerine ilişkin ücret ise İşK m.27/III uyarınca yüzde yüz zamlı olarak ödenmelidir⁸⁹.

Belirtildiği üzere 4857 sayılı Kanun için hazırlanan Bilim Komisyonu Taslağında yeni iş arama izni vermeyerek işçiyi çalıştırmanın yaptırımı ikinci fıkrada düzenlenmiş iken, Kanunun TBMM görüşmeleri sırasında üçüncü fıkra eklenmiş ancak ikinci fıkra aynen madde metninde korunmuştur. Bu durum karşısında Öğretideki diğer bir Görüş⁹⁰, ikinci değil üçüncü fıkranın uygulanması gerektiğini ileri sürer ve dolaylı olarak her iki fıkranın aynı hukuka aykırı davranışın yaptırımını düzenlemekte olduğunu kabul eder. Buraya kadar ki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, biz de inceleme konusu iki fıkranın aynı hukuka aykırı davranışın yaptırımını düzenlemekte olduğu kanısındayız. İşçiyeye "yeni iş arama iznini vermemek" ya da "eksik kullandırmak", "iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırmak" anlamına gelir⁹¹ ve başka bir olasılık da söz konusu değildir. Yargıtay içtihadına bakıldığında ise, her iki fıkranın da kararlarda

izninin verilmemesi halinde karşılık ücret tutarını isteyemez." Yarg. 9.HD, 9.10.1969, E.5527, K.9642 (www.kanunum.com).

⁸⁷ Bkz. ve Karş.: Oğuzman, Fesih, s.268-269; Süzek, İş Hukuku, s.737; Akyiğit, Şerh, s.1335-1336; Ayrıca Bkz.: Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.918.

⁸⁸ Hafta tatili, Ulusal Bayram ve genel tatil günleri.

⁸⁹ Bkz. yukarıda, dn.79.

⁹⁰ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.150-151; Süzek, İş Hukuku, s.550; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Legal Yay., 2005, s.148; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.161-162. İkinci fıkranın kaldırılması gerektiği yolunda Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.150-151; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.161-162, 170.

⁹¹ Demircioğlu, Murat, Sorularla Yeni İş Yasası, İstanbul Ticaret Odası Yayını No. 300-42, İstanbul 2003, s.110; Akın, Karar İncelmesi, s.26; Sevimli, K. Ahmet, "4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar", Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 6, Kasım 2004, s.10; Ayrıca Bkz.: Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.161.

zikredildiği ancak yaptırım olarak üçüncü fıkranın benimsendiğini ve bu doğrultudaki kararların istikrar kazandığını ileri sürmek yanlış olmaz⁹².

Öğretide ikinci değil üçüncü fıkranın uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülürken gerekçe, üçüncü fıkranın işçinin daha yararına olması şeklinde ortaya konulmaktadır⁹³. İş Hukukuna yön veren temel ilkelerden olan işçi yararına yorum ilkesi⁹⁴, adı üzerinde bir "yorum" ilkesidir. Ne var ki, inceleme konusu yaptığımız durum kanımızca, yorum yoluyla çözülebilecek bir anlamlandırma sorunu olmaktan öte, bir normlar çatışması sorunudur ve normlar çatışmasına özgü ilkeler uyarınca çözüme kavuşturulmalıdır.

Üstelik sorun, *lex superior, lex posterior* ya da *lex specialis* gibi çatışma çözüme ilkeleri⁹⁵ uygulanarak çözülebilecek nitelikte değildir. Aralarında üstlük-astlık, öncelik-sonralık ve genellik-özellik ilişkisi bulunmayan, aynı kanunun aynı maddesinde yer alan, aynı gün TBMM'nde kabul edilip; yine aynı gün yayınlanarak yürürlüğe girmiş iki fıkra arasında çelişki söz konusudur.

Bu tür durumlar Öğretide "gerçek çatışma" (*antinomy; antinomie*) olarak adlandırılır. Önerilen çözüm yolu, her iki hükmün birbirini yok ettiğinin ve ortada bir kanun boşluğu bulunduğunun kabulü ile boşluğun hakim tarafından hukuk yaratılarak doldurulmasıdır⁹⁶. Belirtmek gerekir ki gerçek çatışma olarak ortaya konan durum, aralarında üstlük-astlık, öncelik-sonralık ve genellik-özellik ilişkisi bulunmayan normlardan birinin bir davranışı *yasaklaması* diğerinin ise buna *izin* vermesi şeklinde ortaya konur ve aynı davranış için

⁹² Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismavetoplum.org); Yarg. HGK, 27.01.2010, E.2009/9-593, K. 2010/20; Yarg. 9.HD, 25.02.2010, E. 2008/17166, K. 2010/4765; Yarg. 9.HD, 05.02.2010, E.2008/14746, K.2010/236; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42741/35011; Yarg. 9.HD, 11.02.2009, 812/2110 (www.legalbank.net); Yarg. 9.HD, 11.3.2010, E. 2008/42568, K. 2010/6437 (www.kazanci.com).

⁹³ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.150.

⁹⁴ Bkz. Yukarıda dn.50.

⁹⁵ "Lex superior derogat legi inferiori" (Üst kanun alt kanunları ilga eder), "Lex posterior derogat legi priori" (Sonraki kanun önceki kanunları ilga eder) ve "Lex specialis derogat legi generali" (Özel kanun genel kanunları ilga eder) şeklinde sıralanan çatışma çözüme ilkeleri hakkında bilgi için Bkz.: Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, Ekin Yayınevi, 2015, s.340-350; Karayalçın, Yaşar, Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod, Ankara - 1994, s.112-115; Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2013, s.158-159; Işıktaç, Yasemin/Metin, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s.176-177; 259-261; Esener, Turhan, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Alkım, İstanbul, 1998, s.189-190; Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, 31. Bası, Ankara, Ağustos 2013, s.194-195.

⁹⁶ "Mahiyet itibarıyla birbirine müsavî iki normun çarpışması hallerinde kanunlar içtimaiden bahsedilir. Müspet norm ihtilâfi olarak tezahür eden kanunlar içtimai, menfi norm ihtilâfi olan kanun boşluklarının aksidir. Kanun koyucuyu, kanun boşluklarını doldurmak salâhiyet ve vazifesini hâkime vermeğe sevkeden mülâhazalar, ona, pozitif norm ihtilâflarını halletmek salâhiyet ve vazifesini de bahsetmelidir." Hirsch, Eduard, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul-1946, s.67; Karayalçın, Metod, s.115; Gözler, Hukuka Giriş, s.351-352; Işıktaç/Metin, Hukuk Metodolojisi, s.261-262; Ayrıca bkz.: Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, 20th Century Legal Philosophy Series Vol.I, Translated by Anders Wedberg, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1949, s. 438; Manyez, Edouardo Garsia, "Some Considerations on the Problem of Antinomies in the Law" en Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, XLIX, 2, Berlin, 1963,s.5.

normlardan birinin *yapma* diğerinin *kaçınma* yükümlülüğü öngördüğü durumlar (teleolojik çatışma) dahi gerçek çatışma olarak kabul edilmez⁹⁷. Hal böyle iken, Türk Hukukunda iz bırakmış önemli biliminsanı Hirsch'in inceleme konusu yaptığı çatışmalarda *yasaklama-izin verme* çelişkisinden farklı çelişkiler söz konusu olmasına karşın çözüm yolu olarak yine, kanun boşluğunun kabulünü ve hakim hukuk yaratmasını göstermesi⁹⁸ not edilmeleridir. *Lex superior, lex posterior* ya da *lex specialis* gibi çatışma çözme ilkelerinin yetersiz kaldığı, her iki kuralın aynı anda uygulanmasının imkansız ve hakim birini diğerine tercih etme yetkisinin bulunmadığı⁹⁹ böylesine durumlarda, bizim de tek çıkar yol olarak görebildiğimiz çözüm; iki hükmün birbirini yok ettiğinin kabulü ve ortaya çıkan boşluğun hakim tarafından hukuk yaratılarak doldurulmasıdır.

Ortaya çıkan bu boşluğun doldurulması için Kanunkoyucu aynı mesele için her iki hükümde düzenlendiğinin farkına varmış olsa idi, nasıl karar verecek idi ise, hakim de aynı şekilde hukuk yaratması gerektiği¹⁰⁰ ve öncelik-sonralık ilişkisine bakılmadan normlardan birinin tercih edilebileceği¹⁰¹, Öğretide ileri sürülen görüşlerdir. Giderek, üçüncü fıkranın, Bilim Kurulu tarafından oluşturulan madde metnine TBMM görüşmeleri sırasında eklenmiş olmasının Kanunkoyucunun gerçek iradesini yansıttığı; bu nedenle de söz konusu fıkranın tercih edilmesi gerektiği savunulabilir¹⁰². Nitekim İş Hukuku Öğretisinde üçüncü fıkranın uygulanması gerektiğini kabul eden görüş ve Yargıtay Kararları da -bizim ortaya koyduğumuz türden bir gerekçelendirmeye başvurmaksızın- bu çözümü benimsemiş görünmektedir.

Ne var ki, bir yandan hakim çelişen normlardan birini diğerine tercih etme yetkisinin bulunmadığını belirtip; diğer yandan öncelik-sonralık ilişkisine bakılmadan normlardan birinin tercih edilebileceğini ileri sürmek de kendi içinde çelişki içeren bir çözüm yoludur. Bu çözüm yolu, ancak çatışan normların birbirini yok ettiği -kanun boşluğu- tespit edildikten sonra, tercih edilen norm, hakim yarattığı hukuk olarak nitelendirilebildiği ölçüde tutarlı hale gelir.

Diğer yandan, ortaya koymaya çalıştığımız türden bir boşluğu doldururken hakim, çelişen hükümlerden birini seçmek *zorunda* olduğu da kanımızca ileri sürülemez. MK m.1/II uyarınca "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir". Görüleceği üzere madde metni herhangi bir boşluk doldurma metodunu dikte eder nitelikte değildir. "*Kanunkoyucu gibi hareket etmekle yükümlü olan hakim, kanun koyucunun yapacağı gibi, tarafların karşılıklı menfaatlerini tespit edecek, bunları adalet duygusu içinde tartarak hayat ihtiyaçlarını karşılayacak ve aynı zamanda mevcut*

⁹⁷ Manyez, Some Considerations, s.11-12; Işıktaç/Metin, Hukuk Metodolojisi, s.259.

⁹⁸ Hirsch, Dersler, s.67 vd.

⁹⁹ Karayalçın, Metod, s.115;Gözler, Hukuka Giriş, s.351; Işıktaç/Metin, Hukuk Metodolojisi, s.259.

¹⁰⁰ Hirsch, Dersler, s.67.

¹⁰¹ Işıktaç/Metin, Hukuk Metodolojisi, s.259.

¹⁰² "...işverenin iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırması halinde, işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini zamlı ödeyeceği öngörülmüştür." şeklindeki madde gerekçesine bakıldığında da Kanunkoyucunun iradesinin bu yönde olduğu sonucuna varmak kolaylaşır (Bkz.:TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr>).

*hukuk düzeni ve hukuki güvenlikle bağdaşacak bir kaide bulacaktır*¹⁰³. Hakim, hukuk yaratırken kıyas, hukukun genel ilkeleri, öğreti görüşleri ve önceki yargı kararlarından yararlanır¹⁰⁴.

İkinci ve üçüncü fıkraların birbirini yok ettiğinin kabulü halinde 4857 sayılı İşK m.27 metni, mülga 1475 sayılı İşK m.19 ile neredeyse özdeş hale gelecektir. 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmezden önceki dönemdeki yeni iş arama izni verilmemesi halinde uygulanacak yaptırıma ilişkin Yargıtay kararları anımsandığında¹⁰⁵, özellikle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği durumlarda yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne *ağır* aykırılığın yaptırımı olarak ihbar tazminatına hükmedilmesi olanağı da kanımızca halen varlığını korumaktadır¹⁰⁶. Burada yükümlülüğe ağır aykırılıkla kastettiğimiz, iş arama izninin hiç verilmemesi ya da pek az bir bölümünün kullanılmasıdır. Örneğin haftada altı gün yedibuçuk saat çalışılan bir işyerinde sekiz haftalık bildirim süresi bulunan bir işçiye işveren tarafından yeni iş arama izninin hiç kullanılmaması, işçinin doksanaltı saat, başka bir ifadeyle, yaklaşık onüç iş günü boyunca izinli olması gerektiği halde çalıştırıldığı anlamına gelir¹⁰⁷. Bu durum, bildirim süresinin işçiye iş bulma olanağı sağlama işlevini yerine getirmesinin engellendiği ve giderek feshin usulsüz olduğu sonucuna varmaya elverişlidir¹⁰⁸.

İşveren tarafından gerçekleştirilen fesihlerde yeni iş arama izninin önemli bir bölümünün kullanıldığı durumlarda ise bir gün dahi izin kullanılmamanın yaptırımının ihbar tazminatı olmaması gerektiği yönündeki eleştiri¹⁰⁹ de dikkate alındığında boşluk, İşK m.27/III hükmü *tercih edilerek* doldurulmalıdır. İşçinin sözleşmeyi bildirim sürelerine uyarak feshettiği ve bildirim süresi içinde işveren tarafından yeni iş arama izninin tamamı ya da bir bölümünün kullanılmadığı halde ise yukarıda açıklandığı üzere sözleşmeyi fesheden taraf işveren olmadığına göre onun usulsüz feshinden söz edilemez ve ihbar tazminatı yaptırımı gündeme gelmez¹¹⁰. Bu durumda da İşK m.27/III hükmünün uygulanması uygun çözüm yolu olarak görünmektedir.

Sonuç

İşverenin İşK m.27/I hükmünde düzenlenen yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne aykırı davranışının yaptırımı, aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Ne var ki, aralarında üstlük-astlık, öncelik-sonralık ve genellik-özellik ilişkisi bulunmayan, aynı kanunun aynı maddesinde yer alan, aynı gün TBMM'nde kabul edilip; yine aynı gün yayımlanarak yürürlüğe girmiş bu iki fıkra arasında çelişki söz konusudur. İkinci fıkra yeni iş

¹⁰³ Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuku: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.114.

¹⁰⁴ Karayalçın, Metod, s.109 vd.; Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, s.116-118; Gözler, Hukuka Giriş, s.358; Aybay/Aybay, Hukuka Giriş, s.322.

¹⁰⁵ Hemen yukarıda belirtildiği üzere hakimin hukuk yaratırken yararlanacağı kaynaklardan biri de önceki yargı kararlarıdır.

¹⁰⁶ Farklı gerekçeyle aynı görüşte Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.168-172.

¹⁰⁷ Hesaplama için Bkz.: Şen, Yeni İş Arama İzni, s.38; Ayrıca Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s.562-563; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.208.

¹⁰⁸ Bkz. Yukarıda 4.2.

¹⁰⁹ Bkz. Yukarıda 4.2.

¹¹⁰ Bkz. Yukarıda 4.2.

arama izni verilmeyen sürenin ücretinin bir artış olmaksızın; üçüncü fıkra ise, aynı sürenin ücretinin yüzde yüz zamlı ödenmesini öngörmektedir. Öğretinin önemli bir bölümü ve Yargıtay, yaptırım olarak ücretin yüzde yüz zamlı ödenmesini benimsemiş görünmektedir.

İşK m.27/II ve III arasındaki ortaya koymaya çalıştığımız çelişki, gerçek normlar çatışması olarak algılanabilecek niteliktedir. Böylesi durumlarda her iki hükmün birbirini yok ettiğinin ve ortada bir kanun boşluğu bulunduğu kabulü ile ortaya çıkan bu boşluğun hakim tarafından hukuk yaratılarak doldurulması gerektiği belirtilir. Hakim, hukuk yaratırken Kanunkoyucunun niyetini dikkate alabilir; ancak buna zorunlu değildir.

Boşluk doldurulurken bildirim süresinin işverene göre işçi için çok daha hayati bir işlev yerine getirdiği akıldan çıkartılmamalıdır. Bildirim süresi sayesinde işçi bir anda sürpriz şekilde işsiz kalmaz ve yeni bir iş arayabilir. Başka bir söyleyişle, bildirim süresinin işlevi, sadece işçiyi çoğu zaman tek geçim kaynağı olan ücretten bir anda yoksun kalmaktan korumaktan ibaret değildir; işçinin yeni bir iş arayıp bulabilmesine olanak tanınması, en az bunun kadar önemlidir. Bildirim süresi bu işlevini, ancak işçiye yeni iş arama izni hukuka uygun şekilde kullanırlırsa yerine getirir. Yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne işverenin ağır şekilde aykırı davranışının bildirim süresini işlevsiz kıldığının kabulü yerinde olur. Nitekim, bu aykırılığın yaptırımının ayrıca düzenlenmediği 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemdeki Yargıtay kararlarının önel süresi içinde iş arama izninin verilmemesi halinde yönteminde verilmiş ihbar önelinden söz edilemeyeceği, bu durumun feshi usulsüz hale getirdiği ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerektiği yönünde istikrar kazanmış olduğunun altı çizilmelidir.

Kanımızca, "İşK m.27/II ve III arasındaki çelişkinin bir kanun boşluğu oluşturduğunun kabulü sonucu hakimden yaratması beklenen hukukun ne olması gerekir?" sorusuna verilecek çeşitli yanıtlar arasında, 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde Öğretinin bir bölümünce benimsenen ve Yargıtay tarafından da istikrar kazanmış bir içtihat haline dönüştürülen ihbar tazminatı yaptırımı, halen bir seçenek olarak varlığını korumaktadır. Vardığımız bu sonucun, özellikle, iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli feshedildiği ve yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne ağır şekilde aykırı davranışla bildirim süresinin işlevsiz kıldığı durumlar için dikkate alınmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz.