

Yeni İş Arama İzni Hakkı

Vedat Laçiner*

Özet

Bugün emek piyasasında bir işyerinde işe başlayıp, başladığı o işyerinde emekli olana değin çalışılabilen işçiye nadiren rastlanılmaktadır. Bazen işveren işten çıkarmakta, bazen de işçi farklı gerekçelerle kendisi işten ayrılmaktadır. İş ilişkisinin son bulduğu bu durumlarda işverenin işçiye yeni iş araması için izin vermesi, işçinin sonraki dönemde işsiz kalmaması açısından hayati bir önem taşımaktadır. Bu makalede işçiye verilmesi gereken yeni iş arama izni, Türk iş hukuku mevzuatı çerçevesinde incelenmiştir. Çalışmada Alman iş hukukuyla karşılaştırmalı olarak konu hakkındaki teorik ve pratik problemler ve olası çözüm yollarına odaklanılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *istihdam, yeni iş arama izni, Türk iş hukuku, Alman hukuku*

1. GİRİŞ

Türk iş hukukunda işçi ile işveren arasında bağitlanmuş iş sözleşmesinin sona ermesi iki yolla mümkün olabilmektedir. Bunlardan birincisi “fesih ile sona erdirmе” ve ikincisi ise “fesih dışı sona erdirmе” yöntemidir. Korumuz açısından önem arzeden iş sözleşmesinin “fesih ile sona erme” şeklidir. İş hukuku uygulamasında en çok karşılaşılan fesih şekli, süreli (bildirimli) fesihtir.² Bunun en önemli sebebi Türk İş Hukukunda iş sözleşmelerinin belirsiz süreli bağitlanmasının kural olması (İşK m.11 / f.1) ve bu sözleşmelerin olağan sona erme şeklinin de süreli (bildirimli) fesihle vuk’u bulmasıdır (İşK m.17). Yeni iş arama izni hakkı ile ilgili düzenlemeler temel olarak iş sözleşmesinin süreli (olağan) fesih ile sona erdirilmesi halinde uygulama alanı bulur.

* Yrd. Doç. Dr., Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Biga İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, e-mail: vlaciner@gmail.com

2 Keser, Geçerli Sebep, s.19.

Yeni iş arama izninin verilmesi işverenin yükümlülükleri arasındadır. İş sözleşmesinin süreli fesih ile sona erdirildiği durumlarda, sözleşmeyi sona erdirmek isteyen taraf ister işçi isterse işveren olsun, sözleşme tarafları işçinin kıdemine göre hesaplanacak ihbar süresi boyunca iş ilişkisine devam etmekle yükümlüdürler (İşK m.17). Fesih bildirimünün karşı tarafa varmasından bildirim süresinin bitimine kadar, iş sözleşmesi taraflarının hak ve borçlarında bir değişiklik olmaz.³ Dolayısıyla bu süre zarfında her iki taraf da iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarına riayet etmekle yükümlüdürler.⁴ İşçi, eskisi gibi işini görecek, işveren ise işçinin ücretini ödemeye devam edecektir. Bildirim sürelerinin temel işlevi, tarafların kendilerine verilen bu süre içerisinde, iş ilişkisinin bitmesi sonrasında kendilerince gerekli tedbirleri alma imkanının sağlanmasıdır.⁵ Bu süre içerisinde işçi kendisine yeni bir iş arayacak, işveren ise boşalan pozisyon için yeni bir işçi bulabilecektir. Ancak, bildirim süresi içinde işyerinde çalışmak zorunda kalan işçinin aynı zamanda yeni bir iş araması oldukça güçtür. Özellikle emek arzının emek talebine göre yüksek olduğu ülkemizde işveren için elverişli bir ortam bulunsa da, işçi için bildirim süresinde hem çalışıp hem de yeni iş bulabilmesi kolay değildir.⁶ İşçinin yeni iş bulmasını kolaylaştırmak, bildirim süresi sonunda işsiz kalmasını önlemek amacıyla, işçiye “yeni iş arama izni” kullanma imkanı getirilmiştir.⁷

2. MEVZUATIMIZDA YENİ İŞ ARAMA İZNİ HAKKI

4857 sayılı İş Kanununa tabi işçiler için, Kanununun 27.maddesinde yeni iş arama izni hakkına dair düzenleme mevcuttur. Madde hükmüne göre; “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 (f.1). İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir (f.2). İşveren, iş arama izni esnasında işçiye çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilave ten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder” (f.3).

3 Çelik, İş Hukuku I, s.232.

4 Oğuzman, Karar İncelemesi, İHU 1978/II, İşK 19 (No.1).

5 Topçu, Yeni İş Arama İzni, s.1.

6 Topçu, Yeni İş Arama İzni, s.1.

7 Süzek, İş Hukuku, s.464.

Ancak İş Kanununun 10.maddesine göre, süreksiz işlerde çalışan işçilere İş Kanununun 27.maddesinde yer alan yeni iş arama izni hakkına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz. Yani İş Kanununa tabi işçilerden sadece sürekli işlerde çalışan işçiler iş arama izni talep hakkına sahiptirler. Süreksiz işlerde çalışan işçiler ise bu konuda Borçlar Kanunu hükümlerine tabidirler.

Halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanununun “istirahat zamanları” başlıklı 334.maddesine göre; “iş sahibi, iş sözleşmesi feshedildikten sonra, işçiye başka bir iş araması için münasip bir zaman vermek mecburiyetindedir (f.2). Bu fıkranın icrasında mümkün olduğu kadar iş sahibinin menfaati gözetilmek gereklidir” (f.3). Sözkonusu düzenleme yeni iş arama izni konusunda sabit bir izin süresi belirlememiştir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanununun 421. maddesine göre ise, “işveren, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi halinde, bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın günde 2 saat iş arama izni vermekle yükümlüdür (f.2). izin saatlerinin ve günlerinin belirlenmesinde işyerinin ve işçinin haklı menfaatleri gözönünde tutulur” (f.3).

854 sayılı Deniz İş Kanununda ve 5953 sayılı Basın İş Kanununda iş arama izni hakkı düzenlenmemiştir.⁸ Bir görüşe göre, Borçlar Kanununun 334.maddesinin 2.fıkrası hükmü Basın ve Deniz İş Kanununa tabi işçilere de uygulanmalıdır.⁹

3. YENİ İŞ ARAMA İZİNİNİN SÜRESİ

İş Kanununun 27.maddesine göre, işverence, bildirim süreleri içerisinde işçiye iş saatleri içerisinde ve ücretinden kesinti yapılmaksızın günde iki saatten az olmamak kaydıyla iş arama izni verilmelidir (İŞK m.27/f.1) Bu süre bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile artırılabilir; ancak azaltılamaz.¹⁰ Eğer ihbar öneleri sözleşmeyle artırılmış ise, iş arama izninin süresinin hesaplanması da, artırılmış ihbar öneleri dikkate alınarak yapılmalıdır.¹¹

8 Gökçe, Gazetecilerin Hakları ve Mesleki Sorunları, s.67.

9 Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri I, s.195.

10 Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, s.189; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.45; Yargıtay da sözleşmelerle iş arama izninin artırılabilirliğini; “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre gerçekten davacı idare,... davalının ihbar önelini iş günlerinde günde üç saat iş arama izni şeklinde kullanacağını bildirmiş ve davalı da 04.05.1995 tarihine kadar 67 iş gününde günde üç saat izin kullanmıştır...” şeklinde ifade etmiştir. Yarg. 9.HD., 12.11.1997, E.15322, K. 18947, Şen, Yeni İş Arama İzni, s.46.

11 Şahlanan, İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu, s.37 vd.; Topçu, Yeni İş Arama İzni, s.3.

İşçinin haftada bir gün hafta tatili izni kullandığını ve günde 7,5 saat çalıştığını varsayalım. İşçinin haftalık çalışma süresi $7,5 \times 6 = 45$ saat olarak hesaplanır. İşçiye 2 saatten az olmamak üzere bildirim süreleri içerisinde yeni iş arama izni verildiğinde; haftalık $7 \times 2 = 14$ saat işçiye yeni iş arama izni verilecektir.¹² İşçinin günlük mesai saatlerinin 09-12.00, 13.00-17.30 arası olduğunu varsayarsak, işveren işçiyi en geç 15.30'a kadar çalıştırabilecek, sonrasında işçinin iş arama izin saatleri başlayacaktır.

Alman hukukunda ise yeni iş arama izni (Freistellung für Stellensuche) için sabit bir süre belirlenmemiştir (§ 629 BGB). Yeni iş aramak için verilecek izin; a) somut olayın özelliklerine, b) işçinin işletme içindeki pozisyonuna ve c) iş piyasasının durumuna göre belirlenecektir. Örneğin; iş görüşmesi, mevcut işyerinin yakınında bir yerde vuk'u bulacaksa, yeni iş arama izni de buna uygun olarak yalnızca birkaç saatle sınırlı kalmalıdır.

Almanya'nın sosyal yapısı ve çalışma hayatı düzeni değerlendirildiğinde, sabit bir süre konulmaksızın işçiye getirilen bu talep hakkı uygulamada icra edilebilir bir düzenlemedir. Türkiye'de ise yeni iş arama izni hakkı konusunda "sabit bir süre getirilmesi" (fiks süre) çoğu açıdan isabetli olmuştur. Bazen somut olay daha fazla veya daha az yeni iş arama izni kullanımını gerektirebilir. Ancak bunu yerinde ve zamanında ölçecek ve değerlendirecek hassas bir denetim ve yargı mekanizması henüz tam anlamıyla ülkemizde uygulanmış değildir.

Borçlar Kanununun yeni iş arama iznini düzenleyen 334.maddesine göre ise, iznin ne kadar süre için verileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Sadece maddenin 2.fıkrasında "İş sahibi... başka iş araması için işçiye münasip bir zaman vermek mecburiyetindedir" hükmü yer almaktadır. Öyleyse mer'i Borçlar Kanunu açısından aynı Alman hukukundaki gibi, işçinin başvurusu üzerine işverence işçiye iş aramak için uygun bir süre verilmelidir.¹³ Münasip bir zamandan anlaşılması gereken, "yeterli süre" ve "gün içerisinde belirlenen uygun zaman dilimidir".

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Yeni Borçlar Kanununun 421.maddesinin 2.fıkrasında ise, "İşveren... işçiye... günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlüdür" hükmü yer almaktadır. Böylece, yeni Borçlar Kanununun ilgili hükmü, İş Kanununun 27.maddesindeki

12 Kys.: Aşağıda "10.Tatil günlerine ilişkin yeni iş arama izni ve ücreti" başlığı altındaki değerlendirmeler. Yargıtay uygulaması, bildirim süresi içinde işçinin sadece çalıştığı günler için, günde ikişer saat yeni iş arama izni hesaplanması şeklindedir. Yani somut örneğimizde, Yargıtay uygulamasına göre işçinin haftalık yeni iş arama izni hakkı $6 \times 2 = 12$ saat üzerinden hesaplanmalıdır.

13 Kys.: Şen, Yeni İş Arama İzni, s.52.

düzenleme ile yakınlaştırılmış, fiiks bir izin süresine bağlanmıştır. Hükümün sosyal niteliği de düşünöldüğünde 421.maddedeki iki saatlik süreyi, asgari sınır olarak düşünmek ve sözleşmelerle üzerine çıkılabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

4. YENİ İŞ ARAMA İZİNİNİN KULLANIM ZAMANINI BELİRLEME YETKİSİ

Yeni iş arama iznini kullanım zamanı konusunda İş Kanununun 27.maddesinde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani sözkonusu iki saatin “günün hangi saatinde” yeni iş arama izni olarak verilmesi gerektiği belirsizdir. Maddenin sadece 1.fıkrasının son cümlesinde “iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak... zorundadır” şeklinde toplu izin kullanımına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Bu ise günün hangi saatlerinde izin verilmesi gerektiğine ilişkin değildir. Günde iki saat fiiks yeni iş arama izni verilen bir sistemde, hangi saatlerde bu iznin kullanılması gerektiği, bu konuda uyulması gereken ilkelerin neler olduğu yasa ve içtihatlarla netleştirilmesi gereken önemli bir husustur. Öğretide baskın görüş, iznin kullanılma zamanının işveren tarafından tayin edileceğini kabul etmektedir.¹⁴ Ancak maddenin konuluş amacına bağlı olarak, daha çok, işçinin iş bulma olanağına en uygun zamanın esas alınması uygun düşecektir.¹⁵

Yeni iş arama izninin çalışma saatleri içinde ne zaman kullanılacağı bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilir.¹⁶ Ancak taraflar bu konuda bir düzenleme yapmamışlarsa, iş arama izninin kullanılma zamanını belirleme hakkı “yönetim hakkı” çerçevesinde işverene aittir.¹⁷

İşveren, işin yürütölmesi açısından sakınca olmamasına rağmen, işçinin iş arama iznini kullanma isteğini dikkate almazsa veya bu isteğe aykırı şekilde iş bulma olanaklarını gözetmeksizin kendi belirlediği zamanda izni kullanırmakta ısrar ederse, işçi bu nedenle çalışma şartlarının uygulanmamasına dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir (İşK m.24/ II,f).¹⁸

14 Şen, Yeni İş Arama İzni, s.52; Ekonomi, İş Hukuku I, s.174; Saymen, İş Hukuku, s.561-562; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.425.

15 Saymen, İş Hukuku, s.561-562; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.425; Ekonomi, İş Hukuku I, s.174; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.52.

16 Şen, Yeni İş Arama İzni, s.53; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s.148.

17 Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s.160.

18 Saymen, İş Hukuku, s.562; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.425-426; Ekonomi, İş Hukuku I, s.175; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.53; Yarg. 9.HD., 06.03.1978, E.78/2950, K.78/3524,

İşçi, işverenden habersiz, iş arama iznini kendiliğinden kullanma yoluna gidemez.¹⁹ İşçinin kendiliğinden bu izni kullandığını belirterek işyerinden ayrılması hukuka aykırılık teşkil eder. Zira ihbar öneli içinde iş görme borcu eksiksiz devam etmektedir.²⁰ İşçinin bu davranışı “devamsızlık” nedeniyle İş Kanununun 25.maddesinin II-g bendi uyarınca haklı nedenle feshe sebep olabilecektir.²¹

İşveren, yönetim hakkına dayanarak iş günü içinde izin kullanma zamanını belirleyebilir. Ancak bu zamanı belirlerken mümkün olduğunca Yasanın amacına uygun olarak işçinin iş bulma olanağının fazla olduğu zaman dilimini göz önünde bulundurmalıdır.²² Öğretide, mer’i Borçlar Kanununun 334.maddesinin son fıkrasındaki “Her halde mümkün olduğu kadar iş sahibinin menfaati gözetilmek lazımdır” hükmünün yeni iş arama izninin zamanının saptanmasında dikkate alınmaması gerektiği, bunun yerine İş Kanununun 27.maddesinin amacına uygun olarak daha ziyade işçinin iş bulma olanağına en uygun düşecek zamanın göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir.²³

Gerçekten de işverene tanınmış bu hakkın kötüye kullanılmaması gerekir. Örneğin işçinin mesai saatleri 09-12.00, 13.00-19.30 arası ise, genelde çoğu işyerinin mesai saatinin bitmiş olduğu saat 17.30-19.30 saatleri arasında iş arama iznini kullandırmak, işçi açısından büyük bir olasılıkla amaca uygun bir izin kullandırma olmayacaktır. Çünkü yeni iş aramak için hemen her zaman işyerlerinin açık olduğu mesai saatlerinin seçilmesi gerekecektir. Bugün firmalarca en basit iş için bile artık yazılı başvuru yetmemekte, yüz yüze iş görüşmesi tercih edilmektedir. Mesai saatleri içerisinde kullandırılmayan iş arama izinleri, işçiyi yıllık iznini veya iş günlerine getirmek amacıyla hafta tatili gibi diğer izinlerini kullanmaya yönlerecektir. İşçi bu izinlerini iş görüşmesi için feda edecek, bu ise dinlenmek için verilmiş bu izinlerin amacına aykırılık teşkil edecektir.²⁴ İşçinin başlıca yeni iş arama izni kullanma sebepleri; a) İş bulma kurumu ile

Oğuzman, Karar İncelemesi, İHU 1978/II, İşK 19 (No.1).

19 Süzek, İş Hukuku, s.465; Keser, Geçerli Sebep, s.25.

20 Yarg. 9.HD., 03.06.2008, E.2007/21628, K.2008/13864, Çil, İlke Kararları, s.549.

21 Süzek, İş Hukuku, s.465; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.260.

22 Oğuzman, Fesih, s.195; Ekonomi, İş Hukuku I, s.174-175; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.612-613; Keser, Geçerli Sebep, s.25.

23 Süzek, İş Hukuku, s.464; Oğuzman, Fesih, s.195; Ekonomi, İş Hukuku I, s.174-175; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.612-613; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.52-53; Karşı görüş: Saymen, İş Hukuku, s.561.

24 Alman hukukundaki yorumlama da bu yöndedir: Preis, Arbeitsrecht, s.964; BAG 26.10.1956, AP Nr.14 zu § 611 BGB, Urlaubsrecht.

görüşme yapmak, b) bir özel istihdam bürosu ile görüşme yapmak, c) bir kariyer şirketi ile görüşme yapmak veya d) işe girmek istediği işyerleri ile görüşmektir. İnsan kaynakları uygulamalarında işçinin işe girmek istediği işyerinde iş bulma sınavlarına girmesi ve uzun testlere tabi tutulması gerekebilir. Kanaatimce, eğer “yeni iş arama izni” müessesesinin amacına aykırı olarak uygunsuz saatler seçilerek işverence bu izin kötü niyetli şekilde kullandırılmışsa, durumun tespiti üzerine Mahkemece “yeni iş arama izninin kullandırılmadığı” sonucuna ulaşılacaktır.

Yeni Borçlar Kanununun 421.maddesinin 3.fıkrasına göre; yeni iş arama izin saatlerinin ve günlerinin belirlenmesinde, işyerinin yanında işçinin de haklı menfaatleri gözönünde tutulmak zorundadır.

Alman iş hukuku sisteminde ise, işçiye iş arama izninin ne zaman ve ne kadar süre verileceği, işçinin iş bulma konusundaki somut talebine göre şekillenmektedir. Örneğin, işçinin yeni işveren ile yapacağı iş görüşmesi saat kaçta ise ve ne kadar sürecek ise, ancak buna uygun bir süre için yeni iş arama izni verilecektir.

5. YENİ İŞ ARAMA İZNİ VERİLMESİ GEREKEN HALLER

İş Kanununun 27.maddesine göre; yeni iş arama izni “bildirim süreleri içinde” verilir. Yargıtay’a ve öğretideki baskın görüşe göre; işverenin yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama izni verme zorunluluğu iş sözleşmesinin sadece İş Kanununun 17.maddesi uyarınca feshedilmiş olması halinde söz konusudur.²⁵ Çünkü bildirim süresi ancak süreli fesihlerde öngörülmüştür. İşçinin bu imkandan yararlanabilmesi için, süreli feshin kimin tarafından yapıldığı bir önem taşımaz.²⁶ İşveren her iki halde de işçiye yeni iş arama izni vermekle mükelleftir.²⁷ İşçinin veya işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesi hallerinde ise yeni iş arama izni verilmesi gerekmemektedir. Çünkü bu durumda ihbar süresi verilmeyecek, sözleşme derhal sona erecektir.

İş Kanununun 17.maddesine göre, işveren bildirimli fesihlerde bildirim süresine ait ücreti işçiye peşin vermek suretiyle de iş sözleşmesini feshedebilir. Bu düzenleme her iki taraf için de yararlıdır. Kendisine fesih bildirim yapılan bir işçinin çalışmaya devam etmesi çoğu zaman moral

25 Yarg. 9.HD., 23.12.2008, E.2008/42741, K.2008/35011; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.671; Ekonomi, İş Hukuku I, s.172; aynı yazar: Yeni İş Arama İzni, s. 125; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.422; Şen, Yeni İş Arama İzni, s. 33 vd.

26 Süzek, İş Hukuku, s.464.

27 Topçu, Yeni İş Arama İzni, s.1.

bozukluğu içinde olması nedeniyle fiilen mümkün olamamaktadır. Bu ise işe bağlılığı ve verimi azaltmakta ve hatta işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürücü hallerin doğmasına yol açabilmektedir. Kanunun verdiği bu imkanın işverence kullanılması işçi için de yararlıdır. Bu durumda işçi çalışacağı süreye ait ücretini çalışmadan peşin olarak alacak ve rahatça yeni bir iş araması imkanı sağlanmış olacaktır.²⁸ Peşin ödeme yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesi halinde işçi bildirim süresine ilişkin ücretini alacak, ancak ayrıca yeni iş arama izni ücreti talep edemeyecektir. Çünkü halihazırda ücreti peşinen ödenmiştir ve böylece İş Kanununun 27.maddesinin sağladığı imkan işçiye peşinen sağlanmıştır.²⁹

Yukarıda sayılan “yeni iş arama izni verilmesi gereken hallerde”, buna aykırı davranılmışsa, işçi yeni iş arama iznine ilişkin zamlı ücretini İş Kanununun 27.maddesi bağlamında talep edebilecektir. İşverenin, ihbar süresine uymadan yaptığı usulsüz fesihle işverenin yükümlülüğü Kanunun 17.maddesi uyarınca ihbar tazminatı ödemektir. Burada yeni iş arama izni ücreti talep edememesinin nedeni; işçinin çalıştırılmaması, yeni iş bulmak için yeterli süreye sahip olmasıdır. İşçi, ihbar süresine ilişkin ücretini geç de olsa yargısal yoldan ihbar tazminatı şeklinde aldığından, bunu faiziyle birlikte talep edebilecektir.

Yasalara uygun olanı, ihbar öneli vermek ve bu önel içerisinde işçiye yeni iş arama iznini de kullandırmaktır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı veya yeni iş arama izin ücreti talebi sözkonusu olmayacaktır. İhbar öneli verilmesine rağmen yeni iş arama izni verilmemesinin hukuki sonuçları ise öğretide tartışmalıdır. Farklı görüşlerin oluşmasının temel sebebi, yeni iş arama izni verilmemesi halinde artık usule uygun bir bildirim süresinin bahsedilip bahsedilemeyeceğinde yatmaktadır.³⁰

6. İHBAR SÜRESİ İÇİNDE YENİ İŞ BULAN İŞÇİNİN DURUMU

Yeni iş arama izni işçiye yeni iş bulması için getirilmiş bir haktr. Öğretide, halihazırda yeni bir iş bulmuş işçinin iş arama izni hakkından faydalanması sadakat borcuna aykırılık, doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan bir davranış olarak nitelendirilmektedir.³¹ Bu görüş doğrultusunda; işçi baş-

28 Çelik, İş Hukuku I, s.233.

29 Aynı yönde: Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.671; Peşin ödeme halinde iş sözleşmesinin sona erme anı konusundaki teorik tartışmalar için bkz.: İnce, Peşin Ödeme İle Hizmet Akdinin Bozulmasının Hukuksal Sonuçları, İHU 1975, İşK 13 (No.1).

30 Bu konudaki görüşler için bkz.: aşağıda 12.3.

31 Süzek, İş Hukuku, s.465; Ekonomi, İş Hukuku I, s.173; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.259; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.671 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku,

ka bir iş bulması nedeniyle sözleşmeyi feshederde, yeni iş arama izninin verilmesine gerek olmadığı değerlendirilmektedir.³² Akın'a göre, işçinin iş bulmasına rağmen kalan sürede daha iyi koşullarda iş aramayı sürdürmek istemesi dikkate alınmalı ve işçinin sadakat borcuna aykırı davranmadığı değerlendirilmelidir.³³ Kanaatimce de bir işçinin yeni iş bulabilmesi ayrı, yeni bir işe başlaması ayrı değerlendirilmelidir. Verilen hakkın amacına uygun bir yorumlama yapmak gerekir. Birinci durumda yeni iş arama izni verilmeli, ikincisinde ise yeni iş arama izni verme yükümlülüğü artık mevcut olmamalıdır. Aynı yönde, Keser'e göre; "işçinin kıdemi, yeni iş bulup çalışmaya başladığı güne kadar olan süreye göre hesaplanacaktır".³⁴

İşçinin yeni bir iş bulduğunu ispat etmek, bunu iddia eden işverene aittir. Eğer iddia ispat edilecek olursa, bildirim süreleri içerisinde henüz iş sözleşmesi devam ettiğinden işçinin bu hal ve davranışı İş Kanununun 25.maddesinin II-e bendi kapsamında "işverenin güvenini kötüye kullanmak" gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmak olarak değerlendirilip, sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir.³⁵ Bu durumda iş sözleşmesi derhal ve tazminatsız sona erdirilebilmektedir.

Kanun maddesinde bir sınırlandırma olmadığından, iş sözleşmesi ister işçi isterse işveren tarafından süreli fesih ile sona erdirilsin, işçinin yeni bir işi olmadığı taktirde, bildirim süresi içerisinde yeni iş arama izni hakkından yararlandırılacaktır. Yani işçinin bir işinin olmaması yeterli görülümüştür.³⁶ Söz konusu hak, yeni bir işin bulunmasıyla sona erer. Yeni bir iş bulduğu taktirde, işçi durumu işverene bildirmekle yükümlüdür. Yargıtay'a göre, işçi iş bulmuş ve başlamış ise yeni iş arama izni ücreti talep edemeyecektir.³⁷ Bu karara göre; işçinin ara vermeksizin yeni bir işyerinde çalışmasını sürdürmesi halinde, iş arama süresine ilişkin ücret talebinin reddine karar vermek gerekir.

s.160; Aktay/ Arıcı/Kaplan, İş Hukuku, s.182;

32 Saymen, İş Hukuku, 562; Ekonomi, İş Hukuku I, s.172-173; Süzek, İş Hukuku, s.465.

33 Akın, Yeni İş Arama İzni Ücreti, s.26.

34 Keser, Geçerli Sebep, s.25; ayrıca bkz.: Demir, İş Hukuku Uygulaması, s.221.

35 "İş bulunduğu halde bunu gizleyip yeni iş arama iznini kullanan işçi, işverene karşı olan sadakat borcuna aykırı davrandığından, iş sözleşmesi işveren tarafından derhal sona erdirilebilir." Çukur, İş Arama İzni, s.2; Koç, Yeni İş Arama İzni, s.3.

36 Topçu, Yeni İş Arama İzni, s.2.

37 Yarg. 9.HD., 27.06.1985, E.1985/4289, K.1985/6849: "Davacının işyeri Boeing şirketinden Hülmes and Norver şirketine geçmesi üzerine ara vermeksizin bu şirket döneminde de çalışmasını sürdürdüğü ve böylece işsiz kalmadığı anlaşılmaktadır. Böyle bir halde ihbar tazminatı ya da bildirim öneli içinde iş arama süresi için ücret istenmesi ihbar tazminatının amacına uygun düşmez. O halde iş arama süresine ilişkin ücret isteğinin reddi gerekir."

7. YENİ İŞ ARAMA İZİNİNİN TOPLUCA KULLANIMI

İşçi açısından günde iki saat parça parça iş arama izni kullanmak, yeni bir iş bulma konusunda verimli olmayabilir. İş Kanununun 27.maddesine göre, işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilecektir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve durumu işverene bildirmek zorundadır (İşK m.27/1.f). Madde hükmü böyle olsa da, işçinin neden toplu iznini işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak zorunda bırakıldığı, olması gereken hukuk açısından sorgulanmalıdır. Amaç, işçinin kendisine bir an önce yeni bir iş bulması ise, işçinin topluca izin kullanma hakkını ne zaman kullanacağı kararının, çıkarları doğrultusunda işçinin kendi iradesine bırakılması daha tutarlı bir düzenleme olurdu. Sonuç olarak, burada da Kanun Koyucu fiks bir düzenleme getirerek, uygulama açısından değil ama, yargılama açısından kolaylaştırıcı bir yol seçmiştir. Uygulama açısından daha işlevsel bir çözümü seçmek isteyen sözleşme tarafları, dilerse bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile bu düzenlemeden farklı bir hüküm getirebilirler. Çünkü maddenin bu hali sözleşme taraflarına uygulamada bir esneklik bırakmamaktadır. Taraflar bu konuda bir kararlaştırma yapmamışlarsa, uyuşmazlık halinde iznin toplu kullanımına ilişkin Kanundaki hüküm uygulanacaktır. İşçinin lehine dahi olsa, işveren eğer kabul etmiyorsa, işçinin yeni iş arama iznini bildirim süresinin başında ya da ortasında topluca kullanması veyahut toplu izni ikiye bölerek bildirim süresinin farklı zamanlarında kullanması mümkün olmayacaktır.

Yeni iş arama izni sürelerinin topluca kullanılması imkanının getirilmesindeki amaç; uzaklık, yoğun nüfus, trafik gibi nedenlerle, verilen izin sürelerinin yeterli olamayacağı endişesidir. Gerçekten de bu maddenin değişiklik gerekçesinde, günde iki saatlik iş arama izinlerinin ihtiyaca cevap vermediği, şehirlerden uzak işyerleri ile büyük şehirlerdeki işyerlerinde çalışan işçilerin, bu izinlerini yollarda geçirdiğinin görüldüğü, bu hali önlemek için işçiye bu izinlerini birleştirerek kullanabilme imkanının sağlandığı vurgulanmaktadır.³⁸

İşçi, toplu izin kullanma isteğini sözlü veya yazılı olarak işverene bildirebilir. Ancak uyuşmazlık halinde, böyle bir bildirimde bulunduğunu işçi ispatlamak zorunda olduğu için, talebini yazılı yapması ispat açısından kolaylık sağlayacaktır.³⁹ İşverenin, toplu kullanım talebini kabul etmesi aranmaz. Bu talep daha çok bilgilendirme amaçlıdır. Ayrıca işçi

38 Bkz.: Eşmelioğlu, İş Kanunları, s.396; İren, Yeni İş Arama İzni Verilmesi, s.126 vd.

39 Şen, Yeni İş Arama İzni, s.54.

kendisi istemedikten sonra yeni iş arama iznini topluca kullanmaya da zorlanamaz.⁴⁰

İşçinin iş arama iznini topluca kullanmayı talep ettiği durumlarda, işçiye kaç gün izin verileceğine ilişkin hesaplama, üzerinde durulması gereken bir konudur. Kanunda bir açıklık bulunmadığı gibi, uygulamada da farklı hesaplamalar yapılmaktadır. Dört yıldır işyerinde çalışan bir işçinin iş sözleşmesini feshettiğini varsayalım. İşçi haftada 5 gün, saat 08-12.00, 13-18.00 saatleri arası çalışmaktadır. Davacı işçinin kıdemine göre hesaplanacak ihbar süresi 8 haftadır (İŞK m.17). Öyleyse, davacı işçiye verilmesi gereken yeni iş arama izin süresi toplam 8 hafta x 7gün⁴¹ x 2 saat = 112 saat olacaktır. İlk olarak belirtelim ki, iş sözleşmesinin sona ermesinden evvelki yeni iş arama izni olarak kullanılan 112 saatin işçinin mesai saatleri içerisinde kullanılması gerekir.⁴² 112 saatin kaç iş gününe isabet ettiği ise, işçinin günlük mesai saatlerine göre belirlenmektedir. Somut örneğimizde işçi günlük 9 saat çalışmaktadır. 112 saat = 12 iş günü + 4 saat'e denk gelmektedir. Kanaatimizce günlük çalışma süresinin yeni iş arama izninin hesaplanmasında dikkate alınacak kısmı, fazla mesai saatleri dışındaki yasal normal günlük çalışma süresi veya "sözleşme ile kararlaştırılmış günlük çalışma süresi"dir. Yeni iş arama izninin uygulamada sağlıklı bir şekilde kullanılması ve amacına uygun hizmet edebilmesi için bu şekilde bir hesaplama yapılması hukuka uygun düşecektir.

Bir görüşe göre, toplu izin kullanma talebinin, fesih bildirim yapıldıktan sonra, fakat herhalde aynı gün bildirilmesi gerekir. İşçi iş sözleşmesini kendi feshetmekte ise, bildirimle birlikte toplu izin kullanma isteğini de işverene iletebilir. İşçi, toplu izin kullanma talebini zamanında işverene bildirmediği takdirde, işveren iş arama iznini her iş günü kullandırmak üzere yükümlülüğünü yerine getirmek olanağını bulur.⁴³ Oysaki işçiye böyle bir yasal sınırlama İş Kanununun 27.maddesinde getirilmiş değildir. İhbar süresi içerisinde günlük iki saat iş arama iznini işçi kullanırken, fikrini değiştirip geri kalan günlerin yeni iş arama iznini bildirim süresinin sonuna denk gelmesi kaydıyla topluca kullanabilmesinin yolu her zaman açıktır.⁴⁴

40 Şen, Yeni İş Arama İzni, s.54; Akyiğit, Şerh, s.1198.

41 Somut örnekte, Yargıtay uygulaması 5 gün üzerinden hesaplama yapılmasını gerektirir. Kys.: aşağıda 10.

42 Nitekim Yargıtay da, iznin sadece bildirim sürelerindeki iş günlerinde kullanılması gerektiğine hükmetmiştir. Yarg. 9.HD., 12.11.1997, E.15322, K.18947; Topçu, Yeni İş Arama İzni, s.3.

43 Ekonomi, İş Hukuku I, s.174; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.672-673.

44 Şen, Yeni İş Arama İzni, s.55; Akyiğit, Şerh, s.1198.

8. YENİ İŞ ARAMA İZİNİNİN KULLANIMINDA İŞÇİNİN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yeni iş arama izni kullanma hakkından işçi önceden vazgeçemez. Alman hukukunda da aynı şekilde yeni iş arama izni hakkının verilmesi konusunda sözleşme taraflarınca aksi kararlaştırılamaz.⁴⁵ İşçinin bu izninin doğumu için ayrıca talepte bulunması da gerekli değildir.⁴⁶ Aksine bir düşünce işçinin talepte bulunmaması halinde bu hakkını yitirmesi ve işverenin izin verme yükümlülüğünün ortadan kalkması sonucunu doğurur ki, böyle bir netice İş Kanununun 27.maddesi hükmüne uygun düşmeyecektir.⁴⁷ Madde incelendiğinde sadece toplu kullanımda işçinin bildirimde bulunması zorunluluğu getirildiği görülür. Yeni iş arama izninin normal kullanımında ise işçinin bildirimde bulunması işverenin bu hakkı vermesi için bir zorunluluk olarak görülmemiştir. Tam aksine, işverenin yeni iş arama izin sürelerini işçiye bildirmesi ve izni kendisinin vermesi gerekir.

Bu konuda öğretilerde farklı görüşler de ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, işçinin yeni iş arama izninden faydalanması ancak işverenden talepte bulunması halinde mümkündür. Eğer işçinin talebi yoksa işverenin izin verme yükümlülüğü de ortadan kalkar.⁴⁸ Bu görüş Alman hukukundaki yeni iş arama izni verilmesinde işçinin talebini şart koşan hükümlerle (§ 629 BGB) ilk bakışta benzerlik göstermektedir. Ancak, Alman iş hukukunda, iş arama izninin verilmemesinin sonuçları Türk hukukundakinden oldukça farklıdır ve aşağıda da açıklandığı üzere, paralellik kurmak pek isabetli olmayacaktır.

Alman hukukunda yeni iş arama izni fiks bir süre için verilmeyip, somut iş görüşmelerinin yapılabilmesi için getirilmiş bir imkandır. Bu bağlamda, işçi izin kullanmayı talep etmezse, işverenin bundan haberdar olması da mümkün olmayacaktır. Ancak işçinin talebinin sebepsiz yere reddedilmesinin önüne geçmek için oldukça katı prensipler bulunmaktadır. İşveren, ilke olarak işçiye yeni iş arama izni vermekle yükümlüdür. Bunun istisnası, eğer acil işletmesel gerekler izin verilmesine engel oluyorsa, işveren işçinin yeni iş arama izin talebini reddedebilecektir. Yoksa Alman hukukunda yeni iş arama izni vermeme konusunda işverenin işlet-

45 Schaub, Arbeitsrecht von A-Z, s.827.

46 Ekonomi, İş Hukuku I, s.173-174; Öğretilerde işçinin iş arama izni hakkından yararlanabilmesi için bu konuda talepte bulunması gerektiği görüşü: Saymen, İş Hukuku, s.561-562; Oğuzman, Fesih, s.195.

47 Süzek, İş Hukuku, s.464; Ekonomi, İş Hukuku I, s.173-174; Çelik, İş Hukuku I, s.232 vd.; Topçu, Yeni İş Arama İzni, s.1; Karş.: Saymen, İş Hukuku, s.562; Oğuzman, Fesih, s.195.

48 Saymen, İş Hukuku, s.561-562; Oğuzman, Fesih, s.195; Selçuki, İş Kanunu, s.446.

mesel çıkarlarını gerekçe olarak ileri sürmesi pek kabul edilen bir durum değildir.⁴⁹ Ancak acil işletmesel gereklerin geçici ve ötelenemeyen nitelikte olması ve işçinin eksikliğinin işverenin çıkarlarında telafisi mümkün olmayan zararlara sebep olabileceği durumlarda işverenin bu talebi reddedebileceği kabul edilmektedir.⁵⁰

Bir iş görüşmesi için usulüne uygun şekilde iş arama izni talep eden işçiye, işveren iş arama iznini vermektan kaçınırsa, işçinin belli şartlarda Alman Medeni Kanununun 273.paragrafına göre "gerekli ve uygun bir zaman için" işi ifa etmekten kaçınma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.⁵¹ İşçi bu hakkını ancak yeni iş arama konusundaki iş görüşmesi ne kadar sürecektir idiyse, o zaman dilimi için kullanabilir. Hukuka uygun şekilde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımında işgörmeye yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Ancak, işçi işvereni temerrüde düşürmediği takdirde, işverenden bu süre için ücret talep etme hakkı da ortadan kalkacaktır.⁵² Alman iş hukuku öğretisinde bir görüşe göre; işveren yeni iş arama izin hakkını sebep bildirmeksizin kullanmaz ise, işçi dava açabilir, ama çok gerekli ise tek taraflı olarak bu hakkı § 229 BGB çerçevesinde (Selbsthilferecht- Kendiliğinden hak alma hakkı) bu hakkı kullanacaktır.⁵³ Ancak öğretilerdeki baskın görüş, işçinin iş görme ediminden Alman Medeni Kanununun 620.paragrafı çerçevesinde görmekten kaçınma hakkına sahip olduğu yönündedir.⁵⁴ Yani buradaki uygulama normal bir yıllık izinden çok daha farklıdır.⁵⁵ Ayrıca, bu hükümlere aykırı hareket eden işveren, şartları doğmuş ise tazminat ödeme yükümlülüğü altına da girebilir.⁵⁶ Neticte itibarıyla, Türk ve Alman hukuk sistemi yeni iş arama izninde bildirim yükümlülüğü açısından karşılaştırıldığında, sistemin yapısı ve sonuçları bakımından büyük farklılıklar içermektedir. Türk iş hukukundaki mevcut sistemin fiiks bir düzenleme olması nedeniyle, talep şartı öngörmemesi kendi içinde tutarlıdır. Ancak Alman hukuku uygulaması açısından işlevseldir ve iş hayatının ihtiyaçlarına daha cevap verir niteliktedir.

49 Preis, Arbeitsrecht, s.964.

50 Freizeit- und Beurlaubungsanspruch bei Jobsuche, <http://anwalt-im-netz.de/arbeitsrecht/freizeit-fuer-stellensuche.html> (Giriş: 06.12.2011).

51 LAG Duesseldorf/Köln 15.3.1967 DB 1967, 1227-1228; Preis, Arbeitsrecht, s.964; Staudinger/Richardi, § 629 BGB Rn.20; Schaub, Arbeitsrecht von A-Z, s.827.

52 Schaub, Handbuch, § 26, I 1,4.

53 Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, s.466; aynı yönde: Staudinger/Preis, § 629 BGB Rn.20.

54 Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, § 26 I, 1; Hönsch/Natzel, Arbeitsrecht, s.72; LAG Düsseldorf, BB 1956, 925.

55 Hromadka, Arbeitsrecht, Handbuch, s.290. Kys.: aynı eser s.165vd.

56 Schaub, Arbeitsrecht von A-Z, s.827.

Türk iş hukukunda yeni iş arama izni talebe bağlı bir hak değildir. Yeni iş arama iznine ilişkin hükümler, asgari standartları belirleyen emredici bir hüküm niteliğindedir. Ancak Yargıtay'a göre, işverenin iş akdini feshi sonrası ihbar öneli içerisinde işçi emeklilik başvurusunda bulunursa, başvurudan sonraki dönemde yeni iş arama izni kullanılamaz. İlgili karara göre; "davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından önel verilerek feshedilmiş ve fesih bildirimini davacı işçiye tebliğ edilmiştir. Ancak davacı işçi verilen önel süresi içinde önel bitmeden iş sözleşmesinin emekliye ayrılması nedeni ile sonlandırılması yönünde dilekçe vermiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 27.maddesi düzenlemesi anlamında, ister işveren isterse işçi önel vererek feshetsin, işçiye günde 2 saat iş arama izni verilmesi gerekir. Somut olayda işçinin emeklilik nedeni ile verdiği ayrılma dilekçesi üzerine ayrıldığı tarihe kadar, işverenin fesih bildirimini sonuçlarını doğurmaktadır. Davacı işçinin verdiği dilekçe, bir anlamda önel süresinin kısaltılmasına ilişkin olup, bu dilekçesi davalının daha önce yaptığı önelli fesih bildirimini ve dolayısı ile önel içinde işverenin 2 saat iş arama iznini vermesi gerektiğini ortadan kaldırmamaktadır. Mahkemece, davacının önel süresi içinde 2 saat iş arama izni verilmemesi nedeni ile zamlı karşılığı ücret alacağına, işçi tarafından feshi halinde iş arama izni istenemeyeceği gerekçesi ile reddi doğru değildir. Davalı işverenin önelli fesih bildirimini 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".⁵⁷

9. YENİ İŞ ARAMA İZNİ HAKKINDAN YARARLANAN İŞÇİLERİN KAPSAMI

İş Kanununun 27.maddesi yeni iş arama izni hakkında yararlanma konusunda tam süreli çalışan-kısmi süreli çalışan ayrımı yapmadığından, bu haktan Kanun kapsamına giren bütün işçiler yararlanacaktır.⁵⁸

Teorik de olsa, kısmi süreli çalışan işçilerin yeni iş arama izninden yararlanması uygulamada soru işaretleri yaratabilir. Örneğin, hergün 2 saat ve haftada 6 gün olmak üzere haftalık 12 saat çalışan işçiye, günde 2 saat az olmamak üzere yeni iş arama izni verilmesi, işçinin ihbar süresi içerisinde fiilen hiç çalışmayacağı anlamına gelebilir. Haftalık çalışma süresi belli bir saatin altında olan işçilere yeni iş arama izninin hiç verilmemesi veya tam süreli çalışanlara göre haftalık çalışma süresiyle doğru orantılı o-

57 Yarg. 9.HD., 25.01.2010, E.2009/32728, K.2010/1159, Çil, İlke Kararları, s.540-541.

58 Keser, Geçerli Sebep, s.24-25;

larak daha az verilmesi şeklinde öneriler sunulabilir. Ancak, mevcut yasal düzenleme bu şekil bir yorumlamaya izin verir nitelikte değildir. Yasa değişikliği yapılmadığı sürece böyle bir uygulama hukuka aykırı düşecektir.

Nitekim, İş Kanunundaki farklı işlem yasağının sonucu olarak, işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz (İşK m.13).⁵⁹

Sözleşmenin niteliğine göre, mevsimlik işçiler de belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışabildiğinden, bu işçilere de ihbar öneli verilmesi ve iş arama izninin tanınması gerekir.

Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin de iş arama ihtiyacı içinde bulunduğu; bu nedenle yeni iş arama izninin bu sözleşmelerle çalışan işçilere de tanınması gerektiği öğretilmektedir.⁶⁰ İş Kanununun 27.maddesinin 1.fıkrasında bu hakkın açıkça "bildirim süreleri içinde" verileceği hükmü yer almaktadır. Bu bağlamda, Türk iş hukuku öğretisinde baskın görüş, ancak belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin süreli fesih halinde yeni iş arama izni hakkından yararlanabileceği yönündedir.

Alman hukukunda ise iş arama iznine ilişkin bu talep hakkı, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ihbar süresinin başlamasıyla doğar. Ancak bunun yanında uzun süre için akdedilmiş belirli süreli iş sözleşmelerinde de yeni iş arama izni talep hakkı bulunduğu kabul edilmektedir.⁶¹ Bu sözleşmelerde talep hakkının, "eğer sözleşme belirsiz süreli akdedilmiş olsaydı ihbar süresi ne zaman başlayacak idiyse" o andan itibaren doğduğu kabul edilmektedir.⁶² Yine, sözleşme eğer ikale ile sona erdirilmişse, bu talep hakkı ikalenin yapıldığı andan itibaren doğar.⁶³ Elbette ki ikale ile sona erdirmelerde bu hakkın doğması, ikale yapıldıktan sonra sözleşmenin sona ermesi için belli bir süre öngörülmesi halinde mümkün olacaktır.

Türk iş hukukunda da, teorik olarak belirli süreli iş sözleşmesinin bitiminden evvel tarafların sözleşmeyle "bildirim süresi" koyabilmesi müm-

59 Topçu, Yeni İş Arama İzni, s.3-4.

60 Saymen, İş Hukuku, s.563; Oğuzman, Fesih, s.198; Ekonomi, İş Arama, s.125 vd.

61 Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, s.466.

62 Schaub, Arbeitsrecht von A-Z, s.827; Preis, Arbeitsrecht, s.964; Arbeitsrechtslexikon-Hunold, Stellensuche, 323 II 2b,c; Hromadka, Arbeitsrecht, Handbuch, s.290.

63 Arbeitsrechtslexikon-Hunold, Stellensuche, 323 II 2b,c; Hromadka, Arbeitsrecht, Handbuch, s.290.

kün olabilmektedir. Yine ikalede de tarafların, sözleşmenin anlaşmayla sona erdirilmesine ilişkin bu sözleşmenin imzalandıktan belli bir süre sonra sona ereceğine ilişkin kararlaştırma yapabilirler. Bu bağlamda, Alman hukukundakine benzer nitelikte hukuki tartışmalar yapılması Türk iş hukuku sistemi içerisinde de mümkün görülebilir. Bu tartışmada belirleyici olan, İş Kanununun 27.maddenin 1.fıkrasındaki “bildirim süreleri” ibaresinin ne genişlikte yorumlanacağıdır. Örneğin Borçlar Kanununun 339.maddesinin son fıkrasındaki belirli süreli iş sözleşmesinin “bildirime bağlanmasından” anlaşılanın, İş Kanununun 27.maddesindeki bildirim süresi ile uyumlu olup olmadığı göz önünde tutulmalıdır.

Ancak belirtilmelidir ki, yeni Borçlar Kanunu açısından bu tartışmanın önyü kapalıdır. Çünkü Kanunun 421.maddesine göre, yeni iş arama izni verme yükümlülüğü sadece “belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshi halinde” mümkündür (YBK m.421 / f.2).

İş Kanununun yeni iş arama iznine ilişkin 27.maddesi hükmü emredici niteliktedir. Bu hüküm sözleşmelerle kaldırılamaz, İşçinin bu hakkından vazgeçmesi geçerli sayılamaz.⁶⁴

İş Kanununun 10.maddesinin 2.fıkrasına göre, yeni iş arama iznine ilişkin 27.madde hükmü süresiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süresiz işlerde, bu konuda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Öyleyse nitelikleri bakımından en çok 30 işgünü süren işlerde çalışan işçiler, yeni iş arama izninden faydalanamayacaktır.

Alman hukukunda yeni iş arama izni talep etmenin üç koşulu bulunmaktadır. Bunlar; a) devamlı bir iş ilişkisi, b) bu iş ilişkisinin feshedilmiş olması ve c) hak sahibinin izni talep etmiş olmasıdır.⁶⁵ Alman hukukunda yeni iş arama izni sadece uzun süreli iş sözleşmeleri için sözkonusudur. Geçici nitelikteki deneme süreli iş sözleşmelerinde veya sadece bir iş gücünün geçici olarak karşılanması amaçlı belirli süreli iş sözleşmelerinde yeni iş arama iznine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz.⁶⁶

64 Süzek, İş Hukuku, s.464; Keser, Geçerli Sebep, s.25.

65 Preis, Arbeitsrecht, s.964.

66 Hromadka, Arbeitsrecht, Handbuch, s.290; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, s.466.

10. TATİL GÜNLERİNE İLİŞKİN YENİ İŞ ARAMA İZNİ VE ÜCRETİ

10.1. Yargıtay'ın Görüşü

10.1.1. Genel olarak

Yargıtay son dönemde verdiği bir dizi kararla, işçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için işverenin iş arama izni verme yükümlülüğü olup olmadığını uygulama açısından açıklığa kavuşturmuştur.⁶⁷

10.1.2. Yargıtay içtihadı

2011 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararı ile Yargıtay, bildirim süresi içerisinde çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine ve bu nedenle de bu günler için ayrıca iş arama izin ücretine de hak kazanılamayacağına hükmetmiştir. Söz konusu karara göre; "Yeni iş arama izni, işçinin ihbar önceliğinde 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."⁶⁸

10.1.3. Karşı oy yazısı

Yukarıda anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ve bu yöndeki bir dizi Yargıtay kararına ekli olarak, aynı metne sahip, hafta tatili ve yeni iş arama izni ile ilgili oldukça önemli karşı oy yazıları kaleme alınmıştır. Hukuk Genel Kurulu kararına ekli karşı oy yazısına göre; "Hak kazanılan yeni iş arama izni süresinin ne kadar olduğu ile bu iznin iş saatleri

67 Yarg. HGK., 27.01.2010, E.2009/9-593, K.2010-20, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2011, s.22 ve Akın'ın karar incelemesi, Yeni İş Arama İzni Ücreti, s.24-27; aynı yönde: Yarg. 9.HD., 23.12.2008, E.2008/42706, K.2008/34976, MESS Sicil Dergisi, Mart 2009 ve İren'in karar incelemesi, s.126-129; Yarg. 9.HD., 23.12.2008, E.2008/42707, K.2008/34977, Lebib Yalkın Mevzuat Programı-2011; Yarg. 9.HD., 23.12.2008, E.2008/42741, K.2008/35011, Lebib Yalkın Mevzuat Programı-2011 (2008/42706, 2008/42707 ve 2008/42741 esas sayılı kararların metinleri ve tarihleri aynıdır, T.23.12.2008); "Somut olayda ... işçinin ihbar önceliğinde çalıştığı günler bakımından hergün için iki saat iş arama izin ücretinin 4857 sayılı İş Kanununun 27.maddesi hükmüne uygun olarak... hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir. Çalışılmayan hafta tatilleri için de iş arama izin ücreti hesaplanarak sonuca gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir. Yarg. 9.HD., 11.03.2010, E.2008/42568, K.2008/6437; Yarg. 9.HD., 10.02.2009 tarih ve E.2009/804, K.2009/2102.

68 Yarg. HGK., 27.01.2010, E.2009/9-593, K.2010-20.

içinde kullanılacak olması tamamen birbirinden farklı kavramlardır. Yasa'nın iş saatleri ile irtibatlandığı konunun, iznin kullanılmasınıyla ilgili olduğu açıktır. İşçiye yeni iş arama izni elbette iş saatleri içinde verilecek ve işçi, bir iş karşılığı olmaksızın bu süreye ilişkin ücrete hak kazanacaktır. Zaten aksi takdirde bir "izin"den de işçiye usûlünce yeni iş arama izni kullanıldığından da söz edilemez. Hak kazanılan izin süresi ise, ihbar önellerine göre belirlenecektir. Örneğin üç yıldan fazla kıdemi olan işçiye tanınacak ihbar öneli 56 gün (işgünü değil) olduğuna göre, bu işçi günde 2 saatten az olmamak üzere toplam 112 saat yeni iş arama iznine hak kazanmıştır. Ve işveren, işçiye işgünlerinde olmak üzere, yeni bir iş arayabilmesi için 112 saat serbest zaman tanımak zorundadır. Bu süreyi ona tanımayıp işçiyi çalıştırmış ise ayrıca %100 zamlı ücret ödenmesi zarureti hasıl olacaktır.

Çoğunluk görüşü, aynı kıdeme sahip işçiler arasında ve tanınması gereken ihbar öneli de değişmediği halde, yeni iş arama izni müessesesini ana unsurundan uzaklaştırarak rastlantılara bırakmaya elverişlidir. İşyerinde 5 yıl süreyle çalışmış iki işçinin iş sözleşmeleri birkaç hafta arayla feshedildiğinde ve sözleşmesi daha önce feshedilen işçinin ihbar öneline ulusal bayram-genel tatil günleri denk geldiğinde, aynı kıdeme sahip ve Kanun'a göre eşit sürede ihbar öneline tâbi bu işçilerden, sözleşmesi önce feshedilen çok daha kısa süre yeni iş arama iznine hak kazanmış olacaktır. Bir işçiye tanınacak yeni iş arama izni süresi 27.maddede açıkça düzenlenmiş olup, akdin hangi tarihte feshedildiğinden hareketle belirlenmeyeceği gibi konu tamamen rastlantıya yahut işverenin ihtiyarına da terk edilmemiştir. Yeni iş arama izni nasıl yıllık ücretli izinle iç içe giremeyecek ise, ihbar önellerine rastlayan diğer tatil günleriyle de iç içe giremez. Çoğunluk görüşünün aksine, hafta ve genel tatil günlerinde çalışılmadığı halde işçiye zamlı yeni iş arama izin ücreti verilmesi sözkonusu olmayıp, işgünlerinde ihbar önellerine göre hak kazanılan sürede çalıştırıldığı için %100 zamlı ücret ödenmektedir.

Bunun yanı sıra işçi, yasanın kendisine tanıdığı hakla yeni iş arama izinlerini topluca kullanmayı talep ettiğinde, asgari ihbar öneli x 2 saat süreyle işyerine gelmemesi sağlanacak ve bu süre devamsızlık niteliği taşımayacaktır. İşverenin her bir işçi için ayrı ayrı, fesih tarihlerine göre ihbar öneline denk gelen hafta, ulusal bayram, genel tatil vs. günleri hesaplayıp hariç tutarak geri kalan günlerde eşit sürede ihbar öneline sahip bir işçiye sözgelimi 43 işgünü x 2 saat = 86 saat, diğerine 42 işgünü x 2 saat = 84 saat, bir başkasına 40 işgünü x 2 saat = 80 saat yeni iş arama izin hakkı tanınması hükmün amaçladığı bir sistem olmadığı gibi, bu işçiler arasında sadece fesih tarihlerine veya rastlantısal tatil günlerine göre ayırım yaparak birine

diğerinden daha kısa süre yeni iş arama izni tanınması eşit işlem yapma borcuna da aykırıdır. Hak kazanılan yeni iş arama izin süresi standart olarak ihbar öneline göre hesaplanarak, işçiler 27.maddenin de öngördüğü haliyle bu izinlerini iş saatleri içinde iki saatten az olmamak üzere kullanmalıdırlar. İşveren, ihbar önelleri boyunca iş günlerinde işçiyi bu yöntemle belirlenen süreyle çalıştırmamalı, aksi takdirde bu sürenin ücretini %100 zamlı olarak ayrıca ödemelidir.

Kanun'un, yeni iş arama izninin "kullandırılma usulüyle ilgili" olarak vurgulayıp tercih ettiği "iş saatleri içinde" ibaresinin aksine, "hak kazanılan süre" bakımından böyle bir sınırlama getirmemesi ve "iş günleri"nden söz etmemesi de ulaşılan bu sonucu doğrulamaktadır. Kanaatimizce hüküm açık olmakla birlikte, Yasa'da boşluk olduğu dahi söylenecek olsa, işçi lehine yorum ilkesi gereğince de yeni iş arama izni süresini işçi aleyhine azaltmamak gerekmektedir".⁶⁹

10.2. Baskın öğreti görüşü

Baskın öğreti görüşüne göre, işverence yeni iş arama izni verilmesini yasal bir yükümlülük haline getiren hükümler ve bunların gerekçeleri dikkate alındığında, bu hükümlerin konuluş amacının bildirim süresi sonunda işçiyi bir anda işsiz, dolayısıyla ücretsiz bırakmamak olduğu görülmektedir. Buradaki asıl amaç iş saatleri içerisinde iken iş arama olanağı bulunmayan işçiye iş saatleri içinde böyle bir izin vererek bir koruma sağlanmasıdır.⁷⁰ İş Kanununun 27.maddesinin getiriliş amacı ve olağan çalışma hayatının işleyişi dikkate alındığında, bildirim süresi içerisindeki iş günlerinin esas alınmak suretiyle yeni iş arama izin süresinin tespit edilmesi daha doğru olacaktır.⁷¹ 27.maddedeki hüküm, iş saatleri içerisinde iş arama olanağı bulunmayan işçiye izin vererek bir koruma sağlamayı amaçlamaktadır. Günümüz çalışma hayatının işleyişi de dikkate alınarak anılan kanun hükmü yorumlandığında, bildirim süresi içerisindeki çalışılmayan tatil günleri için yeni iş arama izni verilmesi zorunluluğunun bulunmaması hukuka uygun bir değerlendirmedir.⁷²

Yargıtay kararının gerekçesi ve öğretide çoğunluğun görüşü; iş arama iznini iş günlerinde uygulamakta, tatillerde bu hakkı tanımamaktadır.⁷³

69 Yarg. HGK., 27.01.2010, E.2009/9-593, K.2010-20, Karara ekli karşı oy yazısı.

70 İren, Yeni İş Arama İzni, s.131; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.51; Saymen, İş Hukuku, s.562-563.

71 İren, Yeni İş Arama İzni, 131-132.

72 İren, Yeni İş Arama İzni, s.132.

73 Şakar, İş Kanunu Yorumu, 4.Bası, s.413.

Bu görüşe göre, İş Kanununun 27.maddesinde “bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur” (f.1). Öyleyse, iş arama izinleri iş saatleri içinde, yani iş günlerinde verilebilir. Bunun doğal sonucu olarak da, iş günü sayılmayan günlerde iş arama iznine gerek yoktur. Zaten tatil günlerinde, işçi serbestçe iş arayabilir; işverenin iznine de ihtiyacı yoktur.

Bu görüşe göre, ilk bakışta maddedeki “bildirim süreleri içinde” ifadesi iş arama izninin bildirim süresi içindeki her bir gün için verileceği izlenimini uyandırıyor da, hükümdeki “iş saatleri içinde” ifadesi bunun bildirim süresi içindeki her bir gün değil, sadece iş günü olan bildirim süreleri için verilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.⁷⁴ İş arama izninin temelinde yatan amaç da, çalıştığı için iş aramaya yeterli zaman bulamayan işçiye boş zaman oluşturmak olduğuna göre, zaten tamamı boş zaman olarak iş aramaya ayrılacak olan çalışılmayan günlerde bu iznin verilmesine gerek yoktur. Şu halde, iş arama izninin sadece iş günlerinde kullanılması gerekir.⁷⁵

Ayrıca, bir işçinin bildirim süresine denk gelen tatil süresinin, aynı kıdemdeki bir başka işçiye oranla daha fazla olması halinde eşitsizliğin olacağı şeklinde bir değerlendirme doğru olmayacaktır. Örnekteki her iki işçiye de İş Kanununun 27.maddesi hükmü eşit olarak uygulanmaktadır. Her iki işçi de bildirim önelleri süresince ve çalışma saatleri içinde herkesin çalıştığı sırada iş arama imkanına kavuşturulmuştur. Hiçbiri çalışma saatleri içinde bu haktan mahrum edilmemiştir. Aynı kıdemdeki iki işçinin farklı tarih aralığında işten çıkarılması halinde, kendilerine uygulanan bildirim sürelerine farklı sayıda tatil günü isabet etmesi bir takvim tesadüfü olarak değerlendirilmelidir.⁷⁶

*Akın'a göre; istisnai olarak, bildirim sürelerine denk gelen tatil günlerinde de işveren işçiye çalıştırıyor ise, işçi çalıştığı tatil günleri için de iş arama izni talep edebilmelidir. İş Kanununun 27.maddesine göre işveren, bildirim önelleri içindeki iş saatlerinde iş arama izni vermelidir. Bu bağlamda tatillerdeki çalışmalarını iş saatleri kapsamına dahil etmemek için bir neden yoktur.*⁷⁷

74 Şen, Yeni İş Arama İzni, s.51; Saymen, İş Hukuku, s.562-563; Ekonomi, İş Hukuku I, s.174.

75 Şen, Yeni İş Arama İzni, s.51.

76 Akın, Yeni İş Arama İzni Ücreti, s.27.

77 Akın, Yeni İş Arama İzni Ücreti, s.27.

10.3. Azınlık görüşü

*Akyiğit'*e göre; her bir bildirim öneli günü için en az iki saat iş arama izni verilmesi gerekir.⁷⁸ Kural olarak işverenin sadece haftanın “işçi tarafından çalışılan günlerinde” günde iki saat izin vermeye kalkışması anlamlı değildir. İşverenin önellere bir haftayı 7 gün kabul ederek iş arama iznini buna göre kullandırması gerekir. Kanundaki, yeni iş bulması için gerekli olan iş arama izninin, önel içindeki her bir gün için en az iki saat olarak hem tespit edileceği, hem de eğer gün gün kullanılmak istenirse, iş günleri içinde günde en az iki saat olarak kullanılacağı söylenebilir. Her ne kadar yasa, iznin iş saatleri içinde verileceğini öngörmüşse de, bu, iznin hak edilişyle (süresiyle) değil, alınan iznin kullanımıyla (kullanım zamanıyla) ilgilidir ve dolayısıyla bu konuda bir boşluk bulunduğu söylenebilir ve izne hak kazanma bakımından bildirim önelini oluşturan haftadaki her bir gün için iş arama izni belirlenip, bundan sonra iznin günde en az iki saat olmak üzere iş günlerinde kullandırılması gerekir.⁷⁹

10.4. Görüşümüz

İş Kanununun 27.maddesinin 1.fıkrasına göre; “Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ... vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz”. Öyleyse konu, “iş arama izni süresi günde iki saatten az olamaz hükmünün” *bildirim süreleri içindeki her bir gün için mi, yoksa bildirim süreleri içindeki sadece işçinin çalıştığı iş günleri için mi* hesaplanması gerektiğinde düğümlenmektedir. Örneğin iş sözleşmesi süreli fesihle sona eren bir işçiye verilmesi gereken bildirim süresinin 4 hafta olduğu bir durumda, bildirim süreleri içindeki her bir gün için işçiye yeni iş arama izni verilirse, toplamda 4hafta x 7gün x 2saat = **56 saat** izin verilmesi gerekecektir. Oysaki bildirim süreleri içindeki sadece iş günleri için işçiye yeni iş arama izni verilirse (hiçbir bayram gününe denk gelmese, sadece hafta tatilleri düşünülse bile) toplamda 4hafta x 6gün x 2saat = **48 saat** izin verilmesi gerekecektir.

Kanımızca, hukuki problemin ortaya çıkış sebebi, yeni iş arama izni için verilen sürenin hangi sistem dahilinde verildiğiyle ilgilidir. Türk iş hukukunda, İş Kanununun 27.maddesindeki yeni iş arama izni müessesesi, ilke olarak özel durumlar düşünülmeden oluşturulmuş bir sistemdir.

78 Akyiğit, Şerh, s.1195-1196.

79 Akyiğit, Şerh, s.1195-1196.

İşçi talep etsin veya etmesin, bildirim süresi içinde işçiye fiiks bir süre verilmektedir. Bu her ne kadar basit bir sistemse de, uygulamada esneklik imkanı getirmediğinden, uygulamayı zorlaştırıcı, takibi ve yargılamayı ise kolaylaştırıcı bir nitelik taşır. Oysaki Alman hukukundaki sistem çok daha işlevsel, ancak bir o kadar da takibi zor, uygulama ve yargılama sisteminin daha hassas ve ayrıntılarla donatılmış ustalıklı olmasını gerektirmektedir. Buna karşın, Alman Medeni Kanununun 629.paragrafına göre, iş sözleşmesinin işveren tarafından veya işçi tarafından feshedilmesi halinde uygun bir iş arama izninin, işçinin talebi halinde, işçiye verilmesi icap eder. Ne kadar iş arama izninin uygun olacağı ise tarafların karşılıklı çıkarlarının tartılması yoluyla bulunur.⁸⁰ Alman hukukunda doğruluk ve güven prensibi (§ 242 BGB) belirleyici ilke olarak değerlendirilmektedir.⁸¹ İşçinin muhakkak iş arama için işverenden izin talep etmesi gerekir; işçi kendi başına karar vererek bu izni kullanamaz.⁸² İznin kullanılma zamanını işveren hakkaniyete uygun (nach billigem Ermessen) olarak belirlemekle yükümlüdür (§ 315 BGB).⁸³ Hangi zamanın uygun olduğu ise somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilir.⁸⁴

Kısaca, Türk iş hukukundaki yeni iş aramaya ilişkin hükümlerle, Alman hukukundaki yeni iş aramaya ilişkin hükümler birebir paralellik taşımamaktadır. Öyleyse Alman hukukunda bu izin, iş aramak için değil, prensip olarak somut iş görüşmesi için verilmektedir. Bu bağlamda, işçinin yeni iş arama iznine ilişkin talebi ekseriyetle somut yeni bir iş bulmaya ilişkindir. İşçi bulduğu yeni iş için, iş görüşmesi yapmaya gittiğini gerekirse kanıtlamakla yükümlüdür. Oysaki Türk iş hukukunda işçinin yeni iş arama izni konusunda işverene bir gerekçe sunmasına lüzum bulunmamaktadır. İzin süreleri dahi günlük anlamda sabittir. Bunun tam aksine Alman hukukunda sabit bir iş arama izin süresi de bulunmamaktadır. İşçinin talep ettiği izin, bazen birkaç saat veya bazen duruma göre uzak bir yerdeki iş görüşmesi için tam bir günü de kapsayabilecektir. Yeni iş arama izninin talep hakkının çerçevesi bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle de belirlenmiş olabilir.⁸⁵ Belirtelim ki, oluşturulan sistem Kanun Koyucuların tercihidir ve prensip olarak ülkenin sosyal, ekonomik ve yargısal yapısı düşünülerek oluşturulmaktadır. Kanunun yorumlanmasında da sahip

80 Hromadka, Arbeitsrecht, Handbuch, s.290.

81 Schaub, Arbeitsrecht von A-Z, s.827-828.

82 Hönsch/Natzel, Arbeitsrecht, s.71; Preis, Arbeitsrecht, s.964; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, s.466.

83 Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, s.464.

84 Staudinger/Preis, § 626 BGB, Rn. 17f.

85 Hönsch/Natzel, Arbeitsrecht, s.72.

olunan sistemin gereklerine uygun hareket edilmesi, sistem bütünlüğü açısından isabetli olacaktır.

Sonuç olarak; İş Kanununun 27.maddesinin 1.fıkrasında, işçiye yeni iş arama izni “çalışılan *her bir iş günü* için ikişer saat verilir” şeklinde açık bir düzenleme yoktur. Ama “*her bir bildirim süresi günü* için ikişer saat izin verilir” şeklinde bir düzenleme de bulunmamaktadır. Fıkranın ilk cümlesindeki “bildirim süreleri içinde” ibaresi, yeni iş arama izninin hangi zaman dilimi içinde verileceğini belirtmektedir. Yine 1.fıkradaki “iş arama iznini iş saatleri içinde ... vermeye mecburdur” cümlesinde geçen “iş saatleri içinde” ibaresi, iznin günlük bazda “ne zaman kullanılacağını” belirtmektedir. Yukarıda bahsi geçen karşı oy yazısında; “iş saatleri içerisinde verilmesi gereken günlük 2 saatlik yeni iş arama izni” ile “bildirim süresi içerisindeki toplam iş arama izni” hususunun birbirinden ayrı şekilde düşünülmesi gerektiği çok ustaca yorumlanmıştır. Karşı oy yazısı, Yargıtay kararında ve baskın öğreti görüşündeki “yeni iş arama izni verilmesindeki asıl amacın iş saatleri içerisinde iken iş arama olanağı bulunmayan işçiye iş saatleri içinde böyle bir izin vererek koruma sağlanması” düşüncesine aykırı değildir. Tam aksine, karşı oy yazısında da yeni iş arama izninin çalışılan iş günlerinde, mesai saatleri içinde kullanılacağı açıkça belirtilmektedir. Burada belirleyici olan, mesai saatleri içerisinde ne kadarlık bir süre için bu iznin kullanılacağıdır. Yasa maddesinde bir açıklık bulunmadığı için, burada kanun boşluğu olduğu söylenebilir ve bu boşluğun da iş hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde doldurulması gerekir. İfade etmek gerekir ki, karşı oy yazısındaki görüş işçinin lehinedir. İşçinin korunması iş hukukunun temel amacıdır. Özellikle bildirim süreleri içerisinde olan bir işçinin çıkarlarının ağır bastığı ve bu bağlamda işçi ile işveren arasındaki hassas dengenin işçi lehine kuvvetli bir şekilde bozulduğuna şüphe yoktur. İşçi işsiz kalma arifesindedir ve ilk hedef işçinin işsiz kalmasını önlemek olmalıdır. Bu bağlamda kanunun ilgili hükmünü “her bir bildirim süresi günü için ikişer saat yeni iş arama izni verilmesi” şeklinde yorumlamak iş hukukunun temel ilkelerine uygun düşecektir. Ayrıca yapılan bu yorumlama aşırı şekilde dengeleri bozucu bir yorum da değildir. Tam aksine Yargıtay bu yönde bir karar alacak olursa, işçiye sadece birkaç saat fazladan yeni iş arama izni sağlanacak, ama diğer yandan iş hukukunu yorumlamasında bu hukuk dalının temel ilkelerine hassasiyet gösterildiği konusunda kuvvetli bir mesaj verilecektir.

Böyle bir yorumlama, fiks hükümler içeren İş Kanununun 27.maddesi yapısına da uygun düşer. Gerçekten de, Yasa yeni iş arama iznini bildirim süreleriyle ilişkilendirmişse, açıklık olmayan durumlarda bildirim süresinin kuralları geçerli olmalıdır. Böylece fiks olarak belirlenmiş günde 2

saat yeni iş arama izni, her işçiye “bildirim süresi günlerindeki her bir gün olarak” sabitlenmiş olacaktır. Yeni iş arama izninin verilememesi halinde de yeni iş arama izni ücreti bu esaslar çerçevesinde hesaplanmalıdır.

Bundan başka, karşı oy yazısında değinilen “işçiler arasında sadece fesih tarihlerine veya rastlantısal tatil günlerine göre ayırım yaparak birine diğerinden daha kısa süre yeni iş arama izni tanınması nedeniyle eşit işlem yapma borcuna aykırılık” da engellenecektir. Yani, tabiri caiz ise, izin konusunda belirlenmiş bu fiks sistemin ruhuna uygun olarak, bütün işçilere standart şekilde aynı izin süresi kullanılacaktır. Aslında bu hem sistemin hem de iş arama izni verilmesinin amacına da uygun düşecektir. Çünkü hafta tatili günlerinde veya bayram ve genel tatil günlerinde Türkiye İş Kurumu ve diğer işyerleri de prensip olarak kapalı olduğundan, yeni iş aramak da pek mümkün olamayacaktır. Öğretide, artık yeni iş bulma sisteminin değiştiği ve artık iş aramak için internet kullanımının yeterli olduğu şeklinde yorumlamalar yapılırsa da⁸⁶, bu görüş iki yönden eleştiriye açık görünmektedir. İlk olarak, internette geçirilen süreler de işçinin zamanını almaktadır ve bu sebeple internette yeni iş aramak için geçirilen süre ve gösterilen çaba işçinin özel yaşantısından kısıtıldığı sürelerdir. İkinci olarak ise, her ne kadar internet üzerinden iş arama yaygınlaşmış olsa da, asıl amaç yeni bir iş bulmaktır ve bugün gelişmiş Batı ülkelerinde dahi internet üzerinden iş başvurusu tek başına yeterli olmamakta, yüz yüze iş görüşmesi, bu iş için uzun süren ve ayrıntılı yetenek testleri ve psikolojik testler gibi uzun bir prosedür işçi adaylarını beklemektedir.

Kısmi süreli çalışan işçiler bakımından ise; mevcut İş Kanunu, tam süreli çalışan işçilerle kısmi süreli çalışan işçiler arasında yeni iş arama izni açısından ayrık bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle, yukarıda da belirtildiği gibi, kısmi süreli çalışan işçilere de yeni iş arama izni verilmek zorundadır.⁸⁷ Haftada sadece birkaç gün kısmi süreli çalışan işçiler için yeni iş arama izni uygulamasının nasıl olacağı, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Örneğin haftada 2 gün çalışan bir işçinin, süreli fesihle iş sözleşmesinin sona erdiğini ve işçiye verilmesi gereken ihbar önelinin de 4 hafta olduğunu varsayalım. Eğer Yargıtay içtihadı ve öğretideki bas-kın görüşe itibar edilirse, işçiye verilmesi gereken yeni iş arama izni 4hafta x 2gün x 2saat = 16saat olacaktır. Eğer yukarıdaki görüşümüz yönünde,

86 İren, Yeni İş Arama İzni, s.131 vd.

87 “Davacıya ihbar öneli kullanılmış, ancak iş arama izni verilmemiştir. Akdin feshi tarihinde yürürlükte bulunan 1475 sayılı Yasanın 19.maddesinde düzenlenen iş arama izninin part-time çalışmalarda uygulanmayacağı hususunda bir hüküm mevcut değildir”. Yarg. 9.HD., 23.03.2005, E.2004/19515, K.2005/9536; aynı yönde: Yarg. 9.HD., 22.01.2002, E.2001/16005, K. 2002/596.

bildirim süresi içindeki her bir gün için ikişer saat yeni iş arama izni verilecek olursa, işçiye verilecek yeni iş arama izni 4saat x 7gün x 2saat = 56saat olacaktır. Kanaatimizce kısmi süreli çalışan işçinin yeni iş arama izni konusunda tam zamanlı çalışan işçiye göre farklı bir muameleye tabi tutulması kabul edilemez (İşK m.5 ve 13). İş Kanununun kısmi süreli iş sözleşmesini düzenleyen 13.maddesinin gerekçesinde “kısmi süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi, tam süreliден farklı olamaz, gerek kanuni bildirim süreleri ve gerek sözleşmeyle belirlenen süreler her iki sözleşme türünde de aynı olabilir.” ifadeleri yer almaktadır. Yine, İş Kanununun 13’üncü maddesinin 2.fıkrasında ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamayacağı ve kısmi süreli çalışan işçinin ücret veya paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerinin tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödeneceği hükmü öngörülmüştür. Öyleyse, yeni iş arama izni, kısmi süreli olarak çalışan işçinin iş sözleşmesinin ihbar öneli feshi halinde de verilmesi gereken bir izindir. Kısmi süreli çalışan işçi de günlük iki saat yeni iş arama iznini sözleşmesi gereği çalıştığı iş günlerindeki iş saatlerinde ücretinde bir kesinti olmadan kullanacaktır. İzin süresi, kısmi süreli çalışan işçinin çalışma saatine göre “oranlama usulü” ile hesaplanamaz.

Kısmi süreli olarak çalışma yolunu seçen her işçinin, bu iş sözleşmesi türünü seçmekte bir nedeni de bulunmaktadır. Örneğin, bu gerekçe işçinin çocuğuna bakması, bir hastasına bakması veya işten kalan zamanda eğitimini tamamlama arzusu olabilir. Zaten kısmi süreli olarak çalışanlar, çalışma saatleriyle doğru orantılı olarak ücretlendirilmektedirler. Yukarıdaki gerekçelerle, kısmi süreli çalışanlarla tam süreli çalışanlar arasında farklı muamele yapmak için geçerli bir neden bulunmamaktadır. Her iki işçinin de yapması gereken, yeni bir iş bulmaktır ve bu konuda kısmi süreli çalışanın ihtiyaç duyacağı zaman tam süreli çalışandan daha az değildir. Kısmi süreli iş bulmak tam zamanlı iş bulmaktan daha kolaydır düşüncesi ise çalışma ekonomisinin temel ilkeleri ve istihdam piyasasının gerçekleriyle her zaman birebir örtüşmez. Örneğin, bazı sektörlerde işin niteliği arttıkça veya bazen farklılaştıkça kısmi süreli iş bulma olasılığı da azalmaktadır. Mesela, yönetici kademedeki iş yapan işçi kısmi süreli çalışıyorsa, bu seviyede yeni bir kısmi süreli iş pozisyonu bulması oldukça güç olmaktadır. Çünkü bu tip işlerin niteliği prensip olarak tam süreli çalışmayı gerektirmektedir. Yine, özellikle geleneksel olarak erkek çalışan oranının yüksek olduğu sektörlerde daha az kısmi süreli çalışana rastlanmaktadır. Almanya İstatistik Kurumu’nun verilerine göre; inşaat ve madencilik sektöründe %10’dan daha az kısmi süreli çalışan işçi bulunmaktadır ki, bu

oran Almanya ortalamasının oldukça altındadır.⁸⁸ Bu sektörlerde kısmi süreli çalışan bir işçinin, tekrar aynı şekilde kısmi süreli bir iş bulması da güç olacaktır.⁸⁹

11. İŞ ARAMA İZİNLERİNİN YILLIK ÜCRETLİ İZİN SÜRELERİ İLE İÇ İÇE GİREMEYECEĞİ

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde, 17.maddede belirtilen yasal ya da sözleşmeyle arttırılmış bildirim süreleri ile 27.madde uyarınca işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez (İşK m.59).⁹⁰ Böylece, feshi ihbar yapılana kadar henüz kullanılmamış yıllık izinlerin, ihbar süresi içerisinde kullanılmasının önüne geçilmiştir. Aksine bir düzenleme, 27.maddedeki “yeni iş arama izinlerini” anlamsız kılabilirdi.

12. YENİ İŞ ARAMA İZİNİ KULLANDIRILMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

12.1. Ücretin zamlı ödenmesi

12.1.1. Hukuki düzenleme

3008 sayılı İş Kanununun 18.maddesinde açıkça ücret konusuna değinilmese de, gerek öğreti gerekse yargı kararları izin dolayısıyla işçinin ücretinden bir kesinti yapılmayacağını kabul etmişti.⁹¹ 931 sayılı İş Kanunu ve 1475 sayılı İş Kanununun 19.maddesinde ise açıkça “iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur” hükmü getirilmişti. 4857 sayılı İş Kanununun 27.maddesinin 1.fıkrası da 1475 sayılı eski İş Kanununun 19.maddesindeki düzenlemelerle aynı hükmü taşımaktadır. Mer’i Borçlar Kanunu kapsamında olan işçilere verilecek iş arama izin sürelerinin de işçinin ücretinden kesinti yapılmadan verilmesi gerekir. Kesinti yapılması işçinin menfaatlerini koruyucu bir yaklaşım olmaz. Yeni Borçlar

88 Oysaki Almanya’daki çalışanlar arasında kısmi süreli çalışanların oranı 2007 verilerine %33,5’dir. Kaynak: Bundeszentrale für Politische Bildung, www.bpb.de/wissen/QCAFMP,0,0,Vollzeit_und_Teilzeitbesch.html, Giriş:09.12.2011 ve atıfta anılan: Almanya İstatistik Kurumu-Statistisches Bundesamt: Statistisches Jahrbuch 2007.

89 Groh, Carina, Besser, Der Tagesspiegel (Zeitung), www.tagesspiegel.de/wirtschaft/karriere/teilzeitarbeit-besser-man-ist-am-arbeitsplatz/1003502.html (Giriş 21.12.2011).

90 Yarg. 9.HD., T.25.02.2010, E.2010/3038, K.2010/4950.

91 Saymen, İş Hukuku, s.563; Oğuzman, Fesih, s.197; Yarg.TD., 06.04.1953, E.2055, K.1083; E.52-3065, K.53-59, İstanbul Barosu Dergisi 1953, Sayı:11, s.626 vd.

Kanununun 421.maddesinin 2.fıkrasına göre ise; işveren "... bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın ... iş arama izni vermekle yükümlüdür". Eski Borçlar Kanunu dönemi için de bu yönde bir yorum işverenin işçiyi gözetme borcunun bir sonucudur.⁹²

Yeni iş arama iznini kullanan işçiye, ücreti tam olarak ödenir.⁹³ Yani işçinin yeni iş arama izin süresine ilişkin ücreti çalışmadığı halde işverence ödenecektir. Burada kanundan doğan ve işverenin yeni iş arama izin süresine denk düşen ücreti kesmeden ödeyeceği, işçinin bir iş karşılığı olmaksızın hak kazandığı bir sosyal ücret sözkonusudur.⁹⁴ Yeni iş arama izni süresinde işçinin alacağı temel ücrete ek olarak işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün, sözleşmeden ve kanundan doğan diğer menfaatler de eksiltmeden ödenir.⁹⁵ Nitekim 4857 sayılı İş Kanununun 27.maddesine göre; iş sözleşmesinin süreli feshinde bildirim süresi içerisinde yeni iş arama izninin verilmemesinin temel hukuki sonucu, sadece izin süresine ilişkin ücretin ödenmesi değil, bu süreye ilişkin ücretin zamlı olarak işçiye ödenmesidir. İlgili maddenin 3.fıkrasına göre; "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". Maddenin 2.fıkrasında ise "İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir" denilerek işçinin o süreye ilişkin ücretinin ödeneceği düzenlenmiştir. Maddenin 3.fıkrasındaki "bir çalışma olmaksızın alacağı ücrete ilaveten" ibaresi karşısında artık 2.fıkranın gerekli olmadığı, zaten 3.fıkranın başlı başına, çalışılmasa da bu izin süresine ilişkin ücretin işçiye ödenmesi gerektiği, eğer çalıştırılırsa 3.fıkranın son kısmındaki gibi, çalıştığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı ödemesi gerektiği hükmü yer almaktadır. Bu durumda 2.fıkranın madde metninden çıkarılması 27.maddenin anlamında bir bozulmaya veya madde hükmünde bir eksikliğe yol açmayacaktır.

4857 sayılı İş Kanununa ilişkin Bilim Kurulunun hazırladığı tasarıda hukuki yaptırım olarak öngörülen hüküm, sadece 27.maddenin 2.fıkrasıydı. Yani "işveren yeni iş arama izni vermez veya eksik kullandırırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir" hükmüydü. Şimdiki 3.fıkra hükmü ise Tasarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülmesi aşamasında

92 Ekonomi, İş Arama, s.147-148.

93 Temir, Yeni İş Arama İzni, s.1: "Bu sürenin ücreti giydirilmiş ücret üzerinden değil, işçinin normal (aylık veya günlük) ücreti üzerinden hesap edilecektir.

94 Süzek, İş Hukuku, s.464; Centel, İş Hukuku, s.188; Ekonomi, İş Hukuku I, s.177; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.47.

95 Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.425.

maddeye eklenmiştir. *Ekonomi'*ye göre; İş Kanununun 27.maddesine, tasarıda yer alan 2.fıkradan işçinin daha fazla yararına olan 3.fıkra hükmü getirilmesi karşısında 2.fıkra uygulama yönünden işlevini tamamen yitirmiştir.⁹⁶ *Süzek'e* göre de; "gerçi, aynı maddenin 2.fıkrasında -bilim kurulu taslağına uygun olarak- farklı bir hüküm getirilmişse de, ... TBMM'nde eklenen 3.fıkra hükmüne öncelik tanımak uygun olur".⁹⁷ Sonuç olarak; bir kanun değişikliği ile 2.fıkra hükmünün kaldırılması uygun olacaktır.

Alman Medeni Kanununun 616.paragrafına göre de; yeni iş arama izinlerinin ücretinin tam olarak⁹⁸ ödenmesi gerekir.⁹⁹

12.1.2. Uygulama

Yargıtay'a göre; yeni iş arama izni vermeyen veya eksik kullandıran işveren, o süreye ait ücreti işçiye ödemekle yükümlüdür. 27.maddenin 3.fıkrasında, işveren yeni iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırırsa, işçinin çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilâveten çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı ödemesi gerektiği kuralı getirilmiştir. İşçinin ihbar öneli içinde çalıştığı günler bakımından her gün için iki saat iş arama izin ücretinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 27.maddesi hükmüne uygun olarak %100 olarak hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir.¹⁰⁰

Yargıtay görüşü dikkate alınarak, yeni iş arama izni verilmemesi veya eksik kullandırılması halinde aşağıdaki şekilde uygulama yapılacaktır: İş Kanununun 27.maddesine göre; işveren, hakkı olduğu halde işçinin yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırsa, o süreye ilişkin ücreti işçiye yüzde yüz zamlı olarak ödemekle yükümlüdür. Örneğin; günde 7,5 saat, haftada 6 işgünü çalışan bir işçiye bildirim süreleri içerisinde "haftalık 6x2=12 saat" mesai saatlerinde yeni iş arama izni verilmelidir. Yani, hafta-

96 *Ekonomi, İş Arama*, s.150; aynı yönde: Şen, *Yeni İş Arama İzni*, s.61; Karşı görüş: Şahlanan, *İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu*, s.37 vd.; Şahlanan'a göre; "Üçüncü fıkradaki düzenlemeden sonra 2 inci fıkradaki düzenlemeye fazladan gibi görünmektedir. Ancak her iki fıkrayı birlikte değerlendirilirse, yasa iş arama izni süresini farazi bir iş süresi gibi değerlendirmekte, bu süre için bir iş karşılığı olmaksızın bir ücret öngörmektedir. Gerçekten de 3.fıkradaki "... işçinin izin kullanarak, bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilâveten..." sözleri bu yorum tarzını desteklemektedir. Buna karşılık işçi iş arama izni süresinde çalıştırılmış ise ayrıca çalıştırıldığı bu sürenin ücreti de yüzde yüz zamlı ödenecektir."

97 *Süzek, İş Hukuku*, s.465.

98 BAG, AP Nr 1 zu § 629 BGB.

99 Schaub, *Arbeitsrecht von A-Z*, s.827; Hromadka/Maschmann, *Arbeitsrecht I*, s.467; Rolfs, *Arbeitsrecht*, s.209.

100 Yarg. 9.HD., 11.03.2010, E.2008/42568, K.200/6437.

lık 45 saatlik ücret 45-12=33 saatlik çalışması karşılığı işçiye ödenecektir. Eğer işçiye hakkı olan iş arama izni verilemezse ve ihbar süresi içerisinde 45 saat çalıştırılmaya da devam edilirse, çalıştırılmayıp ödenmesi gereken 12 saatlik ücretin yanında fazladan 12 saat çalıştırılması nedeniyle sözkonusu 12 saatlik ücreti yüzde yüz zamlı ödenecektir. Misal olarak, saat başına işçiye ödenen ücretin 10,00TL olduğunu varsayarsak, işçiye yeni iş arama izni verilmeyip çalıştırıldığı taktirde ödenecek ücret= 45 saatlik ücret + (12 saatlik ücret x 2)= 69 saatlik ücret olacaktır. Bu da işverenin işçiye haftalık 450,00TL yerine 690,00TL ödemesi yükümlülüğünü doğuracaktır.

12.2. İdari para cezası

Eski İş Kanununun 30.07.1983 tarih ve 2869 sayılı Kanunla değişik 98.maddesine göre; ihbar süresi içinde işçiye yeni iş arama izni vermeyen beş işçiye kadar (beş işçi dahil) işçi çalıştıran işveren veya vekiline yüzbin lira, daha fazla işçi çalıştıranlara üçyüz bin lira idari para cezası verilmekte, tekrarı halinde belirtilen bu cezalar iki kat olarak uygulanmaktaydı (1475 s.K. m.99/f.1, b.4). 4857 sayılı yeni İş Kanununda ise eski dönemden farklı olarak, işverenin işçiye yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne aykırı davranması hali için herhangi bir idari para cezası getirilmemiştir. Bunun anlamı; Kanun Koyucunun yeni iş arama iznine ilişkin hükme aykırılık halinde işvereni idari para cezası yükümlülüğünden kurtarması, diğer yandan ise 27.maddenin 3.fıkrası ile hukuki yaptırım getirilmiş olmasıdır.

Aşağıda vereceğimiz bir örnek ile işverene getirilen mali yükümlülüğü eski ve yeni Kanun dönemleri açısından kıyaslayalım. Örneğimizdeki işçi 2 yıldan beri, toplam 4 işçinin istihdam edildiği işyerinde, asgari ücretle, haftanın 5 iş günü çalışmaktadır. İşveren yeni iş arama izni vermeksizin işçinin iş sözleşmesini süreli fesih ile sona erdirmiştir. Aşağıdaki hesaplamalarda Yargıtay uygulaması dikkate alınmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu dönemi açısından; işçinin iş sözleşmesinin 01.05.2003 tarihinde, henüz eski İş Kanunu yürürlükte iken feshedildiği varsayalım. Dönemin asgari ücret miktarı düşünüldüğünde, işçinin aldığı aylık net ücret 225.999.000 TL (bugünkü TL değeri ile: 226,00 TL) olacaktır. İşçiye verilmesi gereken ihbar süresi eski İş Kanununun 13.maddesi uyarınca 6 hafta olmalıdır. 1475 sayılı İş Kanununun 19.maddesine göre; düz hesaplama işçiye verilmesi gereken yeni iş arama izin süresi "günlük 2 saat" x (6 hafta x haftada 5 iş günü)= 60 saat olacaktır. İşçi yeni iş arama izin süresinde çalışmadığı halde 226 TL / 225 saat x 60 saat = 60,27 TL ücret talep etme hakkına sahiptir. Eğer işçi bu süre zarfında çalıştırılırsa, çalıştırıldığı sürenin de ücretini ayrıca talep edebilecektir. Buna göre işçinin

İş Kanununun 19.maddesi bağlamında 120,54 TL işverenden talep etme hakkı bulunmaktadır.

Bunlara ek olarak işverenin 1475 sayılı İş Kanununun 98/A maddesi bağlamında idari para cezası ödeme yükümlülüğü de bulunmaktadır. İdari para cezasının mer'î İş Kanununda bulunmaması nedeniyle, "eğer bugün yeni iş arama izni hükümlerine aykırılık halinde idari para cezası olsaydı ne kadar idari para cezası öngörülürdü" sorusunun cevaplanması gerekir. 2003 yılında yürürlüğe giren yeni İş Kanunu ile idari para cezaları da güncellenmiş ve günün koşullarına uygun hale getirilmeye çalışılmıştır. 1475 sayılı İş Kanununun 98.maddesinin (A) bölümünde yer alan hükümler incelendiğinde, bu maddeyle idari para cezasına hükmedilen Kanunun ilgili maddeleri arasında "yeni iş arama iznine aykırılık yanında" birçok diğer hüküm de göze çarpmaktadır ve bu hükümlerde yer alan ihlallerin bir kısmı yeni İş Kanununun 99.maddesinde bir gruplama yapılarak idari para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Örneğin aynı grupta yer alan ve eski İş Kanununda idari para cezası aynı olan 1475 sayılı İş Kanununun 98.maddesinin 1.fıkrasının 5.bendinde "çalışma belgesi vermenin cezası" yeni İş Kanununun 98.maddesinin (c) bendinde yer almaktadır. Yine eski İş Kanununun 9.maddesinde belirtilen ve şu anda "yeni İş Kanununun 8.maddesine karşılık gelen düzenlemede yer alan belgeyi işçiye vermeyen" işveren veya vekiline verilen cezalar aynı grupta yer almaktadır. Örneklerde de görüldüğü gibi, yeni iş arama iznine idari para cezası yeni kanunda da getirilmiş olsaydı, büyük olasılıkla yine aynı grup ihlaller içerisinde sayılarak 99.maddeye yerleştirileceği değerlendirilebilir. 99.maddedeki bu sayılan aykırılıkların cezası ise 2003 yılı için 50,00TL olarak öngörülmüştür.¹⁰¹

Sonuç olarak, eski İş Kanunu döneminde işverene olan mali yükünün haftalık 120,54 TL + 50,00,00 TL = 170,54 TL olabileceği söylenebilir.

4857 sayılı İş Kanunu dönemi açısından ise; işçinin iş sözleşmesinin 01.07.2003 tarihinde, yeni İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra feshedildiğini varsayalım. İşçinin aldığı aylık net ücret 225.999.000 TL (bugünkü TL değeri ile: 226,00 TL) olacaktır. İşçiye verilmesi gereken ihbar süresi yeni İş Kanununun 17.maddesi uyarınca 6 hafta olmalıdır. 4857 sayılı İş Kanununun 27.maddesine göre; düz hesapla işçiye verilmesi gereken yeni iş arama izin süresi "günlük 2 saat" x (6 hafta x haftada 5 iş günü)= 60 saat olacaktır. İşçi yeni iş arama izin süresinde çalışmadığı halde 226 TL / 225 saat x 60 saat = 60,27 TL ücret talep etme hakkına sahiptir. Eğer işçi bu sü-

101 2012 yılı için 107,00TL

re zarfında çalıştırılırsa, çalıştırıldığı sürenin de ücretini yüzde yüz zamlı olarak ayrıca talep edebilecektir. Buna göre işçinin İş Kanununun 19.maddesi bağlamında 180,81 TL işverenden talep etme hakkı bulunmaktadır.

Bilindiği üzere yeni İş Kanununda iş arama izni hükmüne aykırılık halinde idari para cezası öngörülmemiştir. Sonuç olarak, yeni İş Kanunu döneminde işverene olan mali yükünün 180,81 TL olduğu söylenebilir.

Bütün bu örnek ve değerlendirmeler birlikte düşünüldüğünde, yeni İş Kanununun eski İş Kanunu dönemine göre “yeni iş arama izni hükümlerine işverenin riayet etmemesi durumunda” mali yükünde kayda değer bir artış olmadığı görülecektir. Verilen örnek 5 işçiden daha az işçi çalıştıran işveren açısından verildiğinden, eğer işveren 5 işçiden daha fazla çalıştırmış olsa idi, eski İş Kanununun 98.maddesindeki idari para cezasının üçe katlanması gerekeceğinden, eski İş Kanunundaki işverene yüklenen mali yükümlülük çok daha fazla artacak ve aksine yeni dönemde işverenin mali yükünün azaldığı görülecektir.

12.3. Usulsüz fesih tartışması

12.3.1. Yargıtay'ın 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki içtihadı

Yeni iş arama iznine ilişkin düzenlemeler açısından 1475 sayılı eski İş Kanununun 19.maddesi ile 4857 sayılı yeni İş Kanununun 27.maddesi arasında anlam bakımından temel bir fark bulunmamaktadır. Nitekim yeni maddenin gerekçesine göre; “1475 sayılı İş Kanunu md.19 hükmü bu kanuna aynen alınmıştır”. Getirilen tek yenilik 27.maddenin 3.fıkrasına eklenen, yeni iş arama iznini kanuna uygun kullandırmayan işverene izne ilişkin ücreti zamlı olarak ödemesi gerekliliğine ilişkin yükümlülüktür. Eski Kanun döneminde de, verilmeyen iş arama izni süreleri için işverence işçiye bu süreye ilişkin ücretin ödenmesi gerektiği kabul ediliyordu, ancak yeni maddeden farklı olarak ücretin zamlı olarak ödenmesi yükümlülüğü bulunmuyordu.

Yukarıda da açıklandığı üzere, 1475 sayılı İş Kanununun 19.maddesine aykırılık halinde aynı Kanunun 98.maddesinde miktarı düşük de olsa bir idari para cezası yer alıyordu. 4857 sayılı İş Kanununda ise 27.maddeye aykırılık halinde idari para cezası hükmü bulunmamaktadır. Yani yeni dönemde tabiri caiz ise idari para cezası kaldırılıp hukuki yaptırım niteliğinde bir para cezası getirilmiştir.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde Yargıtay, yeni iş arama izni ile süreli fesihteki ihbar önelini bir bütün olarak görmekte ve yeni iş arama izni-

ne aykırılık halinde işverenin bildirim öneli tutarında bir ihbar tazminatı ödemesi gerektiği yönünde kararlar vermekteydi. Buradaki problem şu soru ile özetlenebilir: İşverence ihbar öneli verilmiş olmasına rağmen, sözkonusu önel içerisinde iş arama izni verilmemiş ise “yasanın aradığı anlamda bir ihbar önelinden” bahsedilebilir mi? Yargıtay önceki içtihatlarında bu soruyu olumsuz cevaplamış ve sonuçta işçinin ihbar tazminatı alacağına doğduğuna hükmetmiştir. Yargıtay’ın bu yöndeki içtihadı oldukça eskilere dayanmaktadır. Örneğin 1956 tarihli bir kararında Yargıtay işçinin ihbar müddeti içinde yeni iş aramasına imkan vermeden işine son verilmiş olmasının sonucunu davalı işverenin ihbar tazminatı ile sorumlu tutulması olarak açıklamıştır.¹⁰² Yine Yargıtay 1959 tarihli bir kararında, İş Kanununun yeni iş arama iznini düzenleyen maddesinin mutlak olmasını gerekçe göstererek, işçiyi işsiz bırakmamak gayesiyle konulmuş bir hüküm olması dolayısıyla iş akdinin işçi tarafından feshi halinde dahi iş arama izninin verilmesi lazımdır şeklinde karar vermiştir.¹⁰³ Yargıtay’ın sonraki tarihli bir kararına göre ise; “İhbar öneli verilmek suretiyle davalının hizmet sözleşmesinin feshedildiği kabul edilerek, ihbar tazminatı reddedilmiş ise de, önel süresi içinde... iş arama izni ayrıca verilmediği için yönetimce verilmiş ihbar önelinden sözedilmez. Bu durumda ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekir.”¹⁰⁴ Yargıtay bunlara ek olarak, iş arama izni verilmemesi halinde işçiye tanınan seçimlik hakkın da kısıtlandığını, bu hallerde ihbar önelinin yasaya uygun bir nitelik arz etmeyeceğini vurgulamaktadır.¹⁰⁵ Sözkonusu Yargıtay kararlarından anlaşılacağı üzere şeklen ihbar öneli verilse dahi, ihbar öneli içinde iş arama izni verilmediği takdirde, işverence verilmiş usulüne uygun bir ihbar önelinden sözedilemeyecektir. Bunun hukuki yaptırımı ise işverenin işçiye ihbar tazminatı ödemesi gereğidir.

12.3.2. Yargıtay’ın 4857 sayılı İş Kanunu dönemindeki içtihadı

Yeni İş Kanunu döneminde de Yargıtay’ın yeni iş arama izninin önemini belirten kararları mevcuttur. Örneğin 2004 tarihli bir karara göre; “Davacıya ihbar öneli verildiği için ihbar tazminatı isteğinin reddine karar verilmiş ise de yasadan kaynaklanan iş arama izninin verilmediği anlaşılmaktadır.

102 T.D., 05.07.1956, E.856/3494, K.3823, Başarı, İş Hukuku Mevzuatı, s.88.

103 Yarg. 4.HD., 14.11.1959, E.59/9619, K.8102, Başarı, İş Hukuku Mevzuatı, s.88-89.

104 Yarg.9.HD., 27.11.1995, E.1995/17832, K.1995/34766, www.hukukturk.com (Giriş: 10.08.2011). Aynı yönde: Yarg. 9.HD., 27.11.1995, E.17832 K.34776, Tekstil İşv. D., Mart 1996, s.16-17; Yarg. 9.HD., 01.11.2001, E.12316, K.16913, Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, s.1233-1234; Yarg. 9.HD., 22.01.2002, E.2001/16005, K.2002/596.

105 Yarg. 9.HD., 06.03.1978, E.1978/2950, K. 1978/3524.

Bu durumda yasanın aradığı anlamda ihbar önelinden söz edilemez. Böyle olunca ihbar tazminatı isteğinin de kabulüne karar vermek gerekir.”¹⁰⁶

Ancak yeni dönemde yukarıda belirtilen yöndeki kararlar istisnaidir ve Yargıtay’ın içtihat değiştirdiği yönünde somut kanaat oluşturacak şekilde kararlar çıkmaktadır. Yargıtay 23.03.2005 tarihli bir kararında, davanın ihbar tazminatı isteminin kabulüne karar vermişse de karar metninde açıkça kararı alırken “fesih tarihine” dikkat ettiğini vurgulamıştır.¹⁰⁷ Yargıtay’ın yeni tarihli bir kararına göre ise; “Davalı işveren tarafından yasal ihbar öneli verilerek iş akdinin feshedileceğinin davacı işçiye bildirildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar davalı işveren tarafından ihbar öneli içerisinde iş arama izninin kullandırıldığı ispat edilmemiş ise de, 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” gerekir.¹⁰⁸ Yine, yeni tarihli başka bir karara göre, “4857 sayılı İş Kanunu sistematığına göre, iş arama izni verilmemesi ihbar tazminatı ödenmesini gerektirmez”.¹⁰⁹

12.3.3. Öğreti görüşleri

Öğretideki baskın görüş eski İş Kanunu döneminde geçerli olan yorumun yeni İş Kanunu döneminde yapılamayacağı şeklindedir. Bu görüşe göre; yeni İş Kanununun 27.maddesindeki düzenleme eski İş Kanununun 19.maddesinden farklıdır; artık işveren ihbar öneli verip iş arama izni vermediğinde ihbar tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir. Çünkü yeni İş Kanununun 27.maddesinin 2 ve 3.fıkrasında konuya ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir. Eski İş Kanununun 98.maddesinin A,4.bendinde iş arama izni vermeyen işveren için öngörülen para cezası hükmü de yeni İş Kanununa alınmamıştır. Yeni İş Kanununun 27.maddesiyle işveren için getirilmiş yeni iş arama izni verilmemesinin ağırlaştırılmış bir ücret ödeme yükümlülüğü karşısında, Yargıtay’ın ihbar öneli içerisinde işçiye iş arama izni verilmemesi halinde, işvereni ihbar tazminatına mahkum eden

106 Yarg. 9.HD., 01.07.2004, E.2004/4314, K.2004/16301, Karar incelemesi için bkz.: Şahlanan, İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu, <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2005/mart/hukuk.html>. (Giriş: 10.12.2011); aynı yönde: Yarg. 9.HD., 09.02.2004, E.2003/12284, K.2004/1685, Çil, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, s.590, 592.

107 Yarg. 9.HD., 23.03.2005, E.2004/19515; K.2005/9536.

108 Yarg. 9.HD., 07.10.2008, E.2007/27704, K.2008/25951.

109 Yarg. 9.HD., 20.01.2009, E.2007/30128, K.2009/243.

içtihadını sürdürmemesi gerekir.¹¹⁰ Nitekim yukarıda da izah edildiği gibi Yargıtay sonradan baskın öğreti görüşüne itibar edip, yeni İş Kanunu döneminde içtihadını bu yönde değiştirmiştir.

12.3.4. Görüşümüz

Yargıtay'ın eski dönemde yeni iş arama iznine bakış açısı, işverenin usulüne uygun yeni iş arama izni vermemesinin hukuki sonuçlarını da belirlemiştir. Gerçekten de konu ile ilgili eski dönem Yargıtay kararları incelendiğinde ihbar öneli içerisinde işçiye yeni iş arama imkanının verilmemesi¹¹¹, yeni iş arama iznine ilişkin hükmün mutlak nitelikte olması¹¹², işçiye işsiz bırakmamak gayesiyle konulmuş bir hüküm olması, yeni iş arama izni verilmediği takdirde yasanın aradığı anlamda ihbar önelinden sözedilemeyecek olması¹¹³ gibi oldukça önemli gerekçelere dayanılmıştır.

1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde yeni iş arama izni verilmeyen işçi, bu sürelerle ilişkin izin ücreti talep edebiliyordu. Bundan başka yeni iş arama izni hükmüne uymayan işverene idari para cezası da uygulanıyordu. Yargıtay bu dönemde, yeni iş arama izninin işçi açısından önemine istinaden iş hukukunun ruhuna uygun modern bir içtihat oluşturmuştur. Buna göre; Yargıtay yeni iş arama izni verilmesini süreli fesihle ihbar önelinin usulüne uygun bir şekilde verilmesinin koşullarından biri olarak belirlemiştir. Yani, ihbar öneli içerisinde yeni iş arama izni verilmemişse, burada ihbar önelinin getiriliş amacına aykırı bir durum vardır ve yasanın öngördüğü şekilde bir ihbar öneli de verilmemiş sayılır.

Nitekim ihbar öneli; “akdi feshetmek isteyen tarafın diğer tarafı durumdan bir süre önce haberdar etmesi ve bu süre içinde işverenin yeni bir işçi, işçinin de yeni bir iş bulmaları için düşünülmüştür”.¹¹⁴ Bildirim süresi verilmesinin sebebi yeni iş aramak ise, neticesi yeni iş arama izninin verilmesidir. Yeni iş arama izninin temel amacı, işçinin ihbar süresi sonunda eski işinden ayrılmasıyla birlikte yeni bir işe kısa sürede başlaması ve geçici de olsa çalışma hayatının dışında kalmamasıdır.¹¹⁵ İş hukuku öğretisi de yeni iş arama izni müessesinin ihbar öneli (bildirim süresi) mü-

110 Şahlanan, İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu, s.37 vd.

111 T.D., 05.07.1956, E.856/3494, K.3823, Başarı, İş Hukuku Mevzuatı, s.88; Bu Yargıtay kararının farklı bir değerlendirmesi için bkz.: Ekonomi, İş Arama, s.150.

112 Yarg. 4.HD., 14.11.1959, E.59/9619, K.8102, Başarı, İş Hukuku Mevzuatı, s.88-89.

113 Yarg.9.HD., 01.07.2004, E.2004/4314, K.2004/16301; Yarg. 9.HD., 09.02.2004, E.2003/12284, K.2004/1685.

114 Ekonomi, İş Hukuku I, s.169 vd.; Saymen, İş Hukuku, s.561.

115 Topçu, Yeni İş Arama İzni, s.1.

essesesinden ayrı olmadığını değerlendirdiğinden, yayınladıkları kitap ve makalelerde yeni iş arama izni verilmesi konusunu süreli fesih başlığı altında incelemişlerdir.¹¹⁶ Öyleyse süreli fesih ve bunun gereği olan ihbar öneli verilmesi, amacına uygun şekilde uygulanmadığı taktirde bir şekilde ibaret kalacak, özellikle işçi açısından telafisi güç zararlara sebebiyet verebilecektir.

Yargıtay'ın eski dönemde oluşturduğu içtihadını değiştirmesinin gerekçelerinin neler olduğunu sorgulamak gerekir. İlk olarak sorulması gereken, yeni iş arama izninin düzenleniş amacının değişip değişmediğidir. Yeni İş Kanunu döneminde verdiği kararlarda da Yargıtay'ın yeni iş arama müessesesinin önemini altını çizerek vurguladığını görmekteyiz. Özellikle son dönemde ilke kararlar adı altında oluşturduğu şablon kararlardan konumuzla ilgili olan kararlarında Yüksek Mahkeme şu ifadeleri kullanmaktadır: “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 başka iş arayarak bir başka işyerinde yeniden 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... Bildirim önelleri içinde işçiye verilmesi gereken yeni iş arama izni kamu düzenini ilgilendirmektedir. İşverenin bu yükümünü azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran sözleşme hükümleri geçersizdir. Ancak taraflarca 4857 sayılı İş Kanununun 17.maddesi hükmüne uygun olarak ihbar önelini arttırabilecekleri gibi, günlük en az iki saat olan iş arama izin süresini de daha fazla olarak belirleyebilirler. Belirtmek gerekir ki, iş arama izni arttırılmış ihbar önellerine göre kullanılmalıdır”.¹¹⁷ Görüldüğü gibi, Yargıtay'ın yeni İş Kanunu döneminde de yeni iş arama izni verilmesinin önemine ilişkin görüşü devam etmektedir. Yani Yargıtay'ın içtihadını değiştirmesinin altında yatan sebep konuya verdiği önemdeki azalma olamaz.

116 Örneğin; Ekonomi, İş Hukuku I, s.172; Süzek, İş Hukuku, s.464; Çelik, İş Hukuku I, s.232. Alman hukukunda ekseriyetle, yeni iş arama izni konusu “işverenin iş sözleşmesinin sona ermesindeki yükümlülükleri” başlığı altında incelenmiştir. Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, s.466vd; Preis, Arbeitsrecht, s. 964; Dütz, Arbeitsrecht, s.203.

117 Yarg. 9.HD., 23.12.2008, E.2008/42707, K.2008/34977; Yarg. 9.HD., 23.12.2008, E.2008/42741, K.2008/35011; Yarg. 9.HD., 23.12.2008, E.2008/42706, K.2008/34976, Kararın incelemesi için bkz.: İren, Yeni İş Arama İzni, s.126-133; Yarg. 9.HD., 10.02.2009, E.2009/5621, K.2009/1894, Çil, İlke Kararları, s.541.

Öğreti görüşlerinde dile getirilen bir diğer neden ise, yeni İş Kanununun 27.maddesine getirilen 2. ve 3.fıkra hükümleridir. Yukarıda da belirtildiği gibi, 2.fıkra hükmü Bilim Kurulunun hazırladığı taslakta yer almaktaydı; 3.fıkra hükmü ise yasanın Türkiye Büyük Millet Meclisi görüşmeleri esnasında eklenmiştir. Sadece ilk iki fıkra olsaydı, eski İş Kanununun 19.maddesinden içerik itibariyle bir farkı olmayacaktı. Ancak sonradan eklenen 3.fıkra ile yeni iş arama izni verilmeyen işçiye, çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı talep etme imkanı getirilmiştir. Bilim Kurulunun da üyesi olan Ekonomi'ye göre; "2.fıkra uygulama yönünden işlevini tamamen yitirmiştir".¹¹⁸ Yukarıda da değindiğimiz gibi, 2.fıkranın kaldırılması uygun düşecektir.

Kısaca, işçiye çalışmadığı halde ödenmesi gereken izin ücreti, eğer çalıştırılırsa yüzde yüz zamlı ödenmesi gerekmektedir. Kanunen getirilen bu hukuki yaptırım Yargıtay'ın eski içtihadından dönmesi için yeterli midir? Yukarıda da arzettiğimiz üzere, yasanın amacı yeni iş arama izninin önemine binaen bu kurala riayet edilmesini sağlamaktır. Bu kurala riayet etmesi gereken işverendir ve işverene getirilen yükümlülüklerde pek bir değişim olmamıştır. Yeni iş arama izni verilmemesi durumunda eski İş Kanununun 98.maddesinde düzenlenen idari para cezası tamamen kaldırılmış, yerini 27.maddenin 3.fıkrası ile hukuki yaptırım niteliğinde parasal bir ceza almıştır. Uygulamada yeni iş arama izni hakkı işçiler tarafından iyi bilinmemekte, verilmediği taktirde çoğu zaman talep dahi edilmemektedir. Böyle bir durumda yasal ve yargısal yaptırım kuvvetli değilse, işvereni yeni iş arama izni vermeye itecek pek bir güç de kalmayacaktır. 27.maddenin 3.fıkrasındaki hukuki yaptırım, eski İş Kanunu dönemindekinden çok da farklı bir yaptırım değildir. Yukarıda da açıklandığı gibi, hatta eski İş Kanunu dönemindeki işverene yüklenen mali yükümlülük bazı durumlarda yeni İş Kanunu dönemindekinden daha ağırdır.¹¹⁹ Eski İş Kanunu döneminde işçi ihbar süresi içerisinde yeni iş arama izni kullanırken çalışmadığı halde 1 birim ücret, eğer izin süresinde çalıştırılırsa 2 birim ücret alıyordu. Bugün ise işçi yeni iş arama izni süresinde çalışmadığı halde 1 birim ücret, eğer çalıştırılırsa 3 birim ücret almaktadır. Eski İş Kanunu döneminden farklı olarak, yeni iş arama izni verilmemesi halinde uygulanan idari para cezası da yeni İş Kanununda tamamen kaldırılmıştır. Tabloyu bu açıdan da değerlendirecek olursak, Yargıtay'ın eski İş Kanunu döneminde verdiği içtihattan dönmesi için yeterli bir sebep bulunmamak-

118 Ekonomi, İş Arama, s. 150.

119 Bkz.: yukarıda 12.2.

tadır. Yeni iş arama izninin amacı düşünülecek olursa, bunun parasal olarak tazmin edilmesi mevcut 27.madde düzenlemesiyle mümkün gözükmemektedir. Eğer amaca uygun bir tazmin mekanizması aranıyorsa, bu da Yargıtay'ın eski içtihadıyla vardığı sonuçla mümkün olur.

Parasal yaptırımların karşılaştırmasını bir yana bırakacak olursak, 27.maddede bir hukuksal yaptırım getirilmiş olması, Yargıtay'ın eski içtihadındaki gibi yeni iş arama iznini ihbar önellerine ilişkin hükümle bağdaştırmasına asla engel teşkil etmeyecektir. Yargıtay'ın kararı yeni iş arama iznine ilişkin hükme dair değildir; sorgulanan, "amaca uygun bir ihbar önelinin" verilip verilmediğidir. Yani burada 27.maddeye aykırılığın yarattığı bir sonuç olarak 17.maddenin uygulanmasının ihlali sözkonusudur. Eski Kanun döneminde de bu ihlal Yargıtay tarafından görülüyordu ve içtihat bu yöneydi. Bugün de 27.maddeye aykırılık aynı şekilde 17.maddeye ihlali oluşturacaktır. Yargıtay'ın yaptığı bu amaçsal yorum modern iş hukukunun ruhuna uygun bir yorumlamadır. Eğer işverenleri kurallara uyma konusunda zorlamak istiyorsak, bu amaca Yargıtay'ın eski içtihadı ile ulaşabilir.

Sonuç olarak; yeni iş arama iznini vermemek, aynı zamanda usule aykırı bir ihbar öneli uygulamasıdır. Yargıtay'ın eski içtihadı da bu yöneydi ve kanaatimce yeni İş Kanununun 27.maddesine getirilen 3.fıkra hükmü bu gerçeği değiştirmemiştir. 27.maddede hukuki yaptırım niteliğinde ceza getirip, idari para cezasını kaldırarak Yargıtay'ın eski dönemdeki içtihadının hükmü kalmadı demek modern iş hukuku ilkeleri açısından tatmin edici bir çözüm getirmektedir. Yeni kararlarında da eski dönemdeki gerekçelerini tekrarlayan Yargıtay'ın, eski içtihadına dönmesinin önünde hukuksal açıdan herhangi bir engel bulunmamaktadır. İşsizliğin oldukça yaygın olduğu ülkemizde, yeni iş arama izni müessesesinin önemi bir kat daha artmaktadır.

Yargıtay'ın sözkonusu eski içtihadı isabetli sonuçlar içermektedir. Böyle bir yorumlama, işverenlerin "yeni iş arama izni" hakkına riayetlerini artıracak, düzenlemeye işlevsellik kazandıracak niteliktedir. İşçiye yeni iş arama izni verilmemesine rağmen, bugün fesih sonrası alacak davasına konu edilmiş çok az yeni iş arama izni ücreti talebi uyuşmazlığı vardır. Hatta denilebilir ki, yeni iş arama izninin verilmesi kuraldan çok istisna niteliğindedir. İşçiler çoğu zaman bu hakkın verilmediğinden dahi haberdar değildirler. Haberdar olan işçilerin çoğu ise, fesih sonrası talebe konu olacak kalemleri arasında çok küçük bir yer tuttuğundan, bu hakkı ekseriyetle talep dahi etmemektedirler. Oysaki diğer alacak kalemlerine göre parasal açıdan oldukça küçük bir değer taşıyan "yeni iş arama izni ücreti"

hakkına karşın, bildirim süresi içerisinde yeni iş arama izninin işçiye verilmesi yükümlülüğü sosyal ve ekonomik açıdan büyük bir öneme sahiptir. İşçinin henüz işinden ayrılmadan kendisine yeni iş araması, iş piyasasında psikolojik açıdan iş bulmasında kolaylaştırıcı rol oynayacaktır. İş sözleşmesi henüz sona ermeden yeni iş bulduğundan işçinin işsiz kaldığı bir dönem olmayacak, işçi herhangi bir gelir kesintisine uğramayacaktır. İşsizlik sigortasından faydalanma hakkı bulunan işçilerin ise, işsiz kalmadıkları için işsizlik sigortası fonuna herhangi bir yükleri olmayacaktır. İşçinin işsiz kaldığı dönemin insan psikolojisi açısından verdiği zararları da ayrıca vurgulamak gerekir. Bundan başka, yeni iş aramak için yeterli zamanı bulamayan işçi dinlenme sürelerinden feragat edecek, diğer hafta tatili izni, yıllık izin gibi izinlerini kullanacaktır. Bu ise dinlenme hakkının amacına aykırılık teşkil edecektir.¹²⁰ Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 27.maddenin 3.fıkrasıyla getirilen hukuki yaptırım yeterli gelmemektedir. İşverene, peşin ödeme yolu ile iş sözleşmesini sona erdirebilme imkanı verilmişken, işverenin işçiye hem bildirim süresinde çalıştırması hem de izin vermeyerek yeni iş aramasına bir nev'i engel olması, mevcut iş hukuku sistemine aykırıdır.

12.4. Derhal fesih nedeni oluşturması

İşverenin yasaya aykırı şekilde işçiye yeni iş arama izni kullandırmaması, işçi için derhal fesih nedeni de oluşturur.¹²¹ Bu halde feshin İş Kanununun 24.maddesinin II.bendinin (e) ve (f) fıkralarının benzeri bir sebebe dayandığı söylenebilir.¹²² Alman hukukunda da işçinin sözleşmeyi derhal feshetme ve tazminat talep etme hakkı mevcuttur (§ 628 Abs.2 BGB, § 276 BGB).¹²³ İşçinin, iş günlerinde izinsiz ve mazeretsiz olarak işine gelmemesi şartları oluşmuşsa haklı nedenle feshi gerektirir. Bu hükmün, bildirim süresi içerisinde de istisnası bulunmamaktadır.

İşçinin iş sözleşmesini süreli fesihte kendisinin feshettiği ve ihbar sü-

¹²⁰ Preis, Arbeitsrecht, s.964.

¹²¹ Demir, İş Hukuku Uygulaması, s.221; Yargıtay bir kararında, işçinin iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanamayacağına, ancak somut olayda ihbar öneli içerisinde işverenin yeni iş arama izni vermemesinin "işçiye tanınan seçimlik hakkın kısıtlanması" anlamına geldiğini, bu durumda ihbar önelinin yasaya uygun bir şekilde kullanıldığından bahsedilemeyeceğini, işçinin kıdem tazminatına hak kazandığına hükmedilmiştir. Yarg. 9.HD., 06.03.1978, E.1978/2950, K.1978/3524. Kararın incelenmesi için bkz.: Oğuzman, Karar İncelemesi, İHU 1978/II, İşK 19 (No.1).

¹²² Oğuzman, Karar İncelemesi, İHU 1978/II, İşK 19 (No.1); Narmanlıoğlu, İş Hukuku I, 1994, s.260; Ekonomi, İş Hukuku I, s.170; aynı yazar, İş Arama, s.151; Süzek, İş Hukuku, s.465; Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, s.189.

¹²³ Schaub, Handbuch, § 26, I 1, Rn.4.

resi içerisinde işverenin yeni iş arama izni vermeyi reddettiği hallerde de aynı hukuki sonuç doğacaktır. Bu durumda, şartlarını sağlayan işçinin kıdem tazminatını talep etme hakkı da mevcuttur.¹²⁴

13. SONUÇ

Çalışmamızda yeni iş arama izni hakkının özellikle bildirim süresine denk gelen hafta tatili, bayram ve genel tatil izinleri için sözkonusu olup olmadığı ve işverenin bildirim süresine uyup da, bu süre içerisinde yeni iş arama izni vermemesinin sonuçları konularına öğretici ve yargı kararları ışığında yoğunlaşmıştır.

Tatil günlerinde yeni iş arama izni konusu açısından; kanımızca, İş Kanununun 27.maddesinin 1.fıkrasında, işçiye yeni iş arama izni “çalışılan her bir iş günü için ikişer saat verilir” şeklinde açık bir düzenleme yoktur. Ama “her bir bildirim süresi günü için ikişer saat izin verilir” şeklinde bir düzenleme de bulunmamaktadır. Yasa maddesinde bir açıklık bulunmadığı için, burada kanun boşluğu olduğu söylenebilir ve bu boşluğun da iş hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde doldurulması gerekir. İşçinin korunması iş hukukunun temel amacıdır. Özellikle bildirim süreleri içerisinde olan bir işçinin çıkarlarının ağır bastığı ve bu bağlamda işçi ile işveren arasındaki hassas dengenin işçi lehine kuvvetli bir şekilde bozulduğuna şüphe yoktur. İşçi işsiz kalma arifesindedir ve ilk hedef işçinin işsiz kalmasını önlemek olmalıdır. Bu bağlamda kanunun ilgili hükmünü “her bir bildirim süresi günü için ikişer saat yeni iş arama izni verilmesi” şeklinde yorumlamak iş hukukunun temel ilkelerine uygun düşecektir.

İkinci konuda ise, ihbar süresi içerisinde yeni iş arama iznini vermek, aynı zamanda usule aykırı bir ihbar öneli uygulamasıdır. Yargıtay’ın eski İş Kanunu dönemindeki içtihadı amaca daha uygun ve işçi lehinedir. Kanımızca, Yargıtay’ın eski içtihadına dönmesinin önünde hukuksal açıdan herhangi bir engel bulunmamaktadır.

124 Yargıtay’a göre; “Davacı ihbar öneli içinde ... izinsiz ve mazeretsiz olarak işine gelmemiştir. Bu husus, işverence tutulan tutanaklarla ve yargılama sırasında dinlenen tutanağı imzalayan davacı tanıklarının sözleriyle doğrulanmıştır. Mevcut durum karşısında davalı haklı nedenle iş sözleşmesini feshettiğine göre, davacı ihbar ve kıdem tazminatı alamaz”. Yarg. 9.HD., 01.12.1994, E.12046, K.1994/17044, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 1995.

KAYNAKLAR

- AKIN, Levent: Tatil Günlerine İlişkin Yeni İş Arama İzni Ücreti, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2011, s.22-27.
- AKTAY / ARICI / KAPLAN, İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2009.
- AKYİĞİT, Ercan: Akdi Feshedilen İşçinin Yeni İş Arama İzni, Tühis, Şubat 1997, s.9-22.
- AKYİĞİT, Ercan: Yeni İş Arama İzni-İhbar Tazminatı, Yargı Dünyası, Kasım 1996, s.9-20.
- AKYİĞİT, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, Ankara 2006 (Şerh)
- BAŞARI, Orhan: Türk İş Hukuku Mevzuatı, İstanbul 1967.
- CENDEL, Tankut: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku I, İstanbul 1971.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 23.Bası, İstanbul 2010.
- ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 5.Bası, Ankara 1984.
- ÇİL, Şahin: 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- ÇİL, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2010.
- ÇUKUR, Mürsel: Yeni İş Arama İzni, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog, Ekim 2004.
- DEMİR, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması, 4.Bası, İzmir 2005.
- DÜTZ, Wilhelm: Arbeitsrecht, 8.Auflage, München 2003.
- EKONOMİ, Münir: İş Hukuku I, Ferdi İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1984.
- EKONOMİ, Münir: Yeni İş Arama İzni ve Uygulaması, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s.123-151.
- EŞMELİOĞLU, İbrahim: Gerekeçli, Açıklamalı, İçtihatlı İş Kanunları ve Mevzuatı, Ankara 1986.
- EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2010.
- GÖKÇE, Sibel: Gazetecilerin Hakları ve Meslek Sorunları, Ankara 2010.
- HÖNSCH, Ronald / NATZEL, İnigo: Arbeitsrecht, Luchterhand 1989.
- HROMADKA, Wolfgang: Arbeitsrecht, Handbuch für Führungskräfte, Heidelberg 2000.
- HROMADKA, Wolfgang / MASCHMANN, Frank: Arbeitsrecht, Band I, Berlin 2005.
- İNCE, Ergun: Peşin Ödeme İle Hizmet Akdinin Bozulmasının Hukuksal Sonuçları, İŞK 13 (No.1), İHU 1975.
- İREN, Ertan: İşverence Yeni İş Arama İzni Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil Dergisi, Mart 2009, s.126-133.
- JOACHİM, Hans (Hrsg.): Arbeitsrechtslexikon, Spiegelhalter, Band I, Maerz 1998.
- KESER, Hakan: İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2010.

- KILIÇOĞLU, Mustafa: İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 2009.
- KILIÇOĞLU, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2002.
- KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK: İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, İstanbul 2008.
- KOÇ, Muzaffer: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Yeni İş Arama İzni, Yaklaşım Dergisi, Nisan 2007, Sayı:172.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 2.Bası, 1994.
- OĞUZMAN, Kemal: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Cilt 1, 4.Bası, İstanbul 1987.
- OĞUZMAN, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- OĞUZMAN, Kemal: Uygun İş Arama İzni Verilmediği İçin Hizmet Akdinin Hakkı Sebeple Feshi, İşK 19 (No:1), İHU 1978/II.
- PREIS, Ulrich: Arbeitsrecht, 3.Auflage, Köln 2009.
- ROLFS, Christian: Arbeitsrecht, 2.Auflage, München 2007.
- SCHAUB, Günter: Arbeitsrecht von A-Z, 16.Auflage, München 2001.
- SCHAUB, Günter: Arbeitsrechts-Handbuch, München 2005.
- SELÇUKİ, S.: İlmi ve Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, 3.Bası, İstanbul 1973.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 4.Bası, İstanbul 2010.
- ŞAHLANAN, Fevzi: İş Arama İzninin Verilmemesinin Hukuki Sonucu, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2005, s.37-39.
- ŞEN, Murat: Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesihle Yeni İş Arama İzni, Tühis, Ağustos 2006, s.30-63.
- STAUDINGER, Julius von: Bürgerliches Gesetzbuch, 13.Auflage, 1999.
- TEMİR, Arif: 4857 sayılı İş Kanununa Göre İşçiye Yeni İş Arama İzni Verilmesi, Yaklaşım Dergisi, Kasım 2006, Sayı:167.
- TOPÇU, Umut: Yeni İş Arama İzni Hangi Koşullarda Nasıl Kullanılmalıdır? Yaklaşım Dergisi, Eylül 2010.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005.