

Prof. Dr. M. Polat SOYER

Emekli Öğretim Üyesi

Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi

Giriş

11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu, pek çok alanda olduğu gibi, işçi-işveren ilişkilerinde de önemli değişiklikler getirmektedir. Yasanın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri, diğerleri gibi, büyük ölçüde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin maddelerinin tercüme edilmesi suretiyle hazırlanmıştır. Kaynak kanunun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri ise, 1971 yılından itibaren çeşitli tarihlerde köklü değişikliklere uğrayan nispeten ayrıntılı düzenlemelerdir. Bu durumun hukukumuz bakımından ortaya çıkardığı doğal sonuç, hizmet ilişkilerinin önceki kanuna göre çok daha kapsamlı bir çerçeveye kavuşturulmuş olmasıdır. Bu kapsamlı düzenlemelere, hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler de dahildir. Gerçekten, yeni yasa, hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili olarak sadece kendi alanıyla sınırlı ve iş kanunlarının kapsa-

mı dışında kalanlara uygulanabilecek düzenlemeler getirmekle kalmamakta, aynı zamanda, iş kanunlarında bulunmayan; bu nedenle bütün iş ilişkilerinde uygulanması gereken birtakım müesseseler de öngörmektedir. Bu tespit, hizmet sözleşmesinin hem süresinin dolması, hem feshi, hem de işçinin ölümü nedeniyle sona ermesi bakımından geçerlidir.

A. Sözleşme Süresinin Dolması

Önceki Borçlar Kanunu'nda (md. 338) olduğu gibi, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da, süreli hizmet sözleşmesinin, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona ereceği belirtilmektedir (md. 430 f. 1)¹. Bu anlatımdan da anlaşılacağı üzere, süreli bir sözleşmenin sona ermesi, taraflardan birinin bildirimde bulunması şartına bağlanabilecektir. Böyle bir kararlaştırma halinde, yapılan bildirim, teknik anlamda bir fesih beyanı olmayıp, sözleşmenin yenilenmek istenmediğinin açıklanmasıdır. Bu nedenle bildirimde, feshe ilişkin

ilkeleri uygulamak mümkün değildir. Buna karşılık, bildirim şartına uyulmadığı veya böyle bir şart öngörülmediği takdirde, sözleşme, sürenin dolmasıyla birlikte kendiliğinden sona erecektir.

Sürelî sözleşmeler alanında yasanın getirdiği en önemli yenilik, hizmet ilişkisinin, sürenin dolmasından sonra sürdürülmesi konusunda kendini göstermektedir: Önceki yasaya göre, sürelî sözleşme sürenin sona ermesinden sonra “sükût ile temdit” edilirse, sözleşme, aynı süre ve fakat en çok bir yıl için “tecdit” edilmiş sayılır (BK md. 339 f. 1). Yeni yasaya göre ise, sürelî sözleşme, sürenin dolmasından sonra örtülü olarak sürdürülürse, süresiz sözleşmeye dönüşür (md. 430 f. 1). Sözleşmenin fesih bildirimiyle sona ereceğinin kararlaştırıldığı fakat fesih bildiriminde bulunulmadığı hallerde de aynı sonuç geçerlidir (md. 430 f. 4).

Sürelî sözleşmenin, sürenin dolmasından sonra örtülü olarak sürdürülmesi halinde süresiz sözleşmeye dönüşmesi, taraflar arasında yeni bir sözleşme kurulmadığını; ilk sözleşmenin süre koşulu hariç olmak üzere, önceki şartlarla devam ettiğini göstermektedir. Fakat bu, aksi kanıtlanabilen bir karinedir². O nedenle, bu karineyi çürüten; yani, taraflar arasında yeni bir süresiz; şartları varsa (TBK md. 430 f. 2), sürelî sözleşme kurulduğunu gösteren bir anlaşma yapılabilir. Bununla birlikte, önceki sözleşmenin örneğin ücret, izin süresi gibi birkaç konuda değiştirilmiş olması, uzatılan ilişkinin yeni bir sözleşmeye dayandığını göstermeye yetmez; yeni bir sözleşmenin varlığı, ancak, işçinin işletme içinde önemli ölçüde farklı bir faaliyette çalıştırılmaya başlanması gibi, istisnâ hallerde kabul edilebilir³. Sürelî sözleşmenin süresiz sözleşmeye dönüşmesi, önceki sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren söz konusu olabilir⁴.

Yasa, uygulama alanına giren ilişkiler bakımından önemli bir yenilik olarak, üst üste sürelî sözleşme kurulabilmesini, esaslı bir nedenin varlığına bağlamaktadır (md. 430 f. 2). Böylece, zincirleme sözleşmeler alanında İş Kanunu md. 11 f. 2 ile paralellik kurulmuş olmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki, sürelî sözleşmenin süresiz sözleşmeye dönüşmesine ilişkin

düzenleme, bu konuda özel hükümler öngören İş Kanunu ile, Deniz İş Kanunu'nun (İŞK md. 11; DenİŞK md. 7-8) kapsamına giren iş ilişkilerinde uygulanmaz.

B. Hizmet Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi ve Feshe Karşı Koruma

1. Sözleşmenin Fesih Yoluyla Sona Ermesi

1. Sürelî Sözleşmeler Bakımından

a. On Yıldan Uzun Sürelî Hizmet Sözleşmelerinin Feshi

İsviçre Borçlar Kanunu (Art. 334 Abs. 3) doğrultusunda yasa, on yıldan uzun sürelî bir sözleşmenin on yıl geçtikten sonra taraflarca her zaman altı aylık bir ihbar süresine uymak şartıyla, ihbar süresini izleyen aybaşında hüküm ifade etmek üzere feshedebileceğini öngörmektedir (md. 430 f. 3). Hemen hemen hiçbir uygulama alanı olmayan⁵ bu düzenleme hakkında sadece teorik açıdan şu eleştiriler dile getirilebilir: Bir defa, fesih hakkının önceki yasadan (BK md. 343) farklı olarak, işçi yanında işverene de tanınması isabetli olmamıştır⁶. İkinci olarak, maddede öngörülen on yıllık süre çok uzundur ve bu, İsviçre öğretisinde de eleştirilmektedir⁷. Üçüncü olarak, bu tür sözleşmeler bakımından önceki yasadaki ihbar süresi bir ay olarak belirlenmiş iken (BK md. 343), bunun İsviçre Borçlar Kanunu doğrultusunda altı aya çıkarılması da yerinde olmamıştır⁸. Nihayet maddede, fesih bildiriminin “ihbar süresini izleyen aybaşında” hüküm ifade edeceğinin belirtilmesi de eleştiriye açık bir çözüm tarzıdır. Çünkü, feshin hüküm ve sonuçlarını doğurması için ihbar öneli dışında bir ek koşul (Kündigungstermin) aranması, hukukumuzda yabancıdır⁹.

Hükümün uygulanması bakımından önemli olan, sözleşmenin on yıldan uzun sürelî olmasıdır. Süresiz bir sözleşmenin on yıldan uzun sürmesi veya on yıldan kısa sürelî bir sözleşmenin süre sonunda süresiz sözleşmeye dönüş-

şerek on yıldan fazla devam etmesi, bu düzenlemeden yararlanılmasına imkân sağlamaz¹⁰.

b. Süreli Sözleşmelerin Haklı Nedenle Dayanmayan Feshi

Süreli hizmet sözleşmelerinin haklı nedene dayanmayan feshine hangi hukukî sonuçların bağlanacağı, ne önceki Borçlar Kanunu'nda ne de iş kanunlarında düzenlenmiştir. Buna karşılık, yeni Türk Borçlar Kanunu, soruna hem işveren hem de işçi tarafından yapılan fesihler açısından "tüm iş ilişkilerinde" uygulanacak birtakım esaslar getirmekte ve bugüne kadar devam eden bazı tartışmaları ortadan kaldırmaktadır:

aa. İşveren Tarafından Yapılan Fesihler

Süreli sözleşmelerin işveren tarafından haklı nedene dayanmaksızın feshedilmesi konusunda yasanın İsviçre Borçlar Kanunu'na paralel olarak getirdiği hükme (md. 438 f. 1) göre, "İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi...belirli süreli sözleşmelerde... sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir"¹¹. Bu düzenlemenin doğal sonucu, iş ilişkisinin fesihle birlikte hem fiilen hem de hukuken sona ermesidir¹². Böylece, haklı nedene dayanmayan feshin sözleşmenin sona ermesine yol açacağını, süre sonuna kadar ödenecek tutarın ise, ücret değil; tazminat niteliğinde olduğunu savunan öğreti görüşü¹³, hukukumuz bakımından yasal bir zemine kavuşturulmuş olmaktadır¹⁴.

Şüphesiz, bu gelişimin ortaya çıkardığı en önemli sonuç, şartları gerçekleştiği takdirde, işçiye kıdem tazminatı verilmesinin de yasal bir gereklilik haline gelmesidir.

Yasada, kaynak kanun doğrultusunda ve tıpkı işi kabulde temerrüt halinde olduğu gibi, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle işçinin tasarruf ettiği miktar ile, başka bir işten elde ettiği veya elde etmekten bilerek kaçındığı gelirin, ödenecek tazminattan indirileceği de hükme bağlanmaktadır (md. 438 f. 2)¹⁵.

bb. İşçi Tarafından Yapılan Fesihler

Yasanın 439. maddesi, işçinin haklı sebep

olmaksızın -kanunun ifadesiyle- işe başlamaması veya aniden işi bırakması halinde işverenin -ek zararların tazminini talep hakkı saklı olmak kaydıyla- aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat talep edebileceğini öngörmektedir. İşverenin hiç zarara uğramaması veya uğradığı zararın bu tutardan az olması halinde tazminatın indirilmesi imkânı da vardır (md. 439 f. 1, 2). Madde, sözleşmenin türü bakımından herhangi bir ayırım yapmadığı için, hem süreli hem de süresiz sözleşmelerde uygulanabilir. Nitekim, İsviçre öğretisinde bu düzenlemenin, işveren tarafından yapılan haksız fesihlerin sonuçları ile ilgili hükmü karşıladığına işaret edilmektedir¹⁶. İşverenin tazminat talebi, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından itibaren otuz günlük bir hak düşürücü süreye bağlanmıştır (md. 439 f. 3 c. 1-2). Hükümün önemi, süreli sözleşmelerin işçi tarafından haksız feshinde özel düzenlemeler içermeyen iş kanunları bakımından da uygulanacak olmasında kendini göstermektedir.

c. Süreli Sözleşmelerin Haklı Nedenle Feshi

Yasanın 435. maddesinde, taraflardan her birinin sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebileceği, feshine ilişkin bildirim de yazılı olması gerektiği (f. 1 c. 1-2); sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşulların da haklı sebep sayılacağı (f. 2) belirtilmektedir.

Düzenlemenin kaynak kanundan ayrılan yönü, bildirim yazılı olmasını öngörmesidir. Gerçekten, md. 435 f. 1 cümle 2'de, sözleşmeyi fesheden tarafın fesih nedenini yazılı olarak bildirmek zorunda olduğu belirtilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'na göre ise, ancak feshine muhatap olan tarafın talep etmesi halinde fesih nedeninin yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir (Art. 337 Abs. 1). Yeni düzenleme karşısında yazılı şekli bir geçerlilik koşulu olarak kabul etmek ve bunu iş kanunlarına tâbi ilişkilerinde de aramak doğru olur.

Diğer taraftan yasa, İsviçre Borçlar Kanunu'na (Art. 337b Abs. 1) paralel olarak ve önceki yasaya (BK md. 345) benzer şekilde, derhal fesih nedeninin taraflardan birinin sözleşmeye aykırı

bir davranışına dayanması halinde, fesheden tarafın tam bir tazminat talebinde bulunabileceğini de hükme bağlamaktadır (md. 437 f. 1). Maddede yer alan “tam bir tazminat” kavramı, “ifa menfaati”ni ifade etmektedir. Bunun anlamı, talepte bulunanın, sözleşme devam etseydi içinde bulunacağı (süresiz sözleşmelerde, önel sonundaki; süreli sözleşmelerde ise, süre sonundaki) duruma getirilmesidir¹⁷. O halde, örneğin, işverenin kusuru nedeniyle işçi tarafından yapılan fesihlerde, süreli sözleşmenin işveren tarafından haklı nedene dayanmayan feshine bağlanan sonuçların (TBK md. 438 f. 1-2) uygulanması gerekmektedir¹⁸. Burada, md. 438 f. 3'te düzenlenen haksız fesih tazminatına¹⁹ kıyas yoluyla ayrıca hükmetmek de mümkün değildir²⁰. İşveren tarafından işçinin kusuru nedeniyle yapılan fesihlerde ise, işverenin zararı, yeni bir işçi buluncaya kadar diğer işçilere yaptırmak zorunda kaldığı fazla çalışma ile ilgili giderler veya ikame işçiye yaptığı fazla ödemeler, kaçırılan sözleşme fırsatları nedeniyle uğradığı kazanç kaybı gibi kalemlerden oluşabilir. Sözleşmesi feshedilen işçiye ödenmeyen ücretin bu tutardan mahsup edilmesi gerektiği de açıktır²¹.

Nihayet, sözleşmenin haklı nedenle feshi, taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışının dışında kalan bir olguya dayanıyorsa, önceki yasada olduğu gibi, hakime bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı nedenle feshin maddî sonuçlarını serbestçe değerlendirme yetkisi tanınmaktadır (md. 437 f. 2). Burada, iki tarafın da kusursuz veya aynı derecede kusurlu olduğu hallerde, zararın paylaşılması; fakat, fesih nedeni kendi “alan”ında ortaya çıkan tarafın zararın daha fazlasına katlanması; kusur oranının farklı olduğu hallerde ise, tazminat miktarı tespit edilirken kusur oranının belirleyici olması gerektiği söylenebilir²².

2. Süresiz Sözleşmeler Bakımından

a. Önellî Fesih

Süresiz sözleşmelerin önellî olarak feshi konusunda yasa, işçinin kıdemine göre değişen ihbar önellîleri öngörmektedir. Bu önellîler, kıdemi bir yıla kadar olan işçiler için iki hafta; bir yıldan beş yıla kadar olan işçiler için dört hafta;

beş yıldan fazla olan işçiler için ise, altı haftadır (md. 432 f. 2).

Yasada ayrıca, önellerin asgarî olduğu ve sözleşmeyle artırılabilmesi; farklı ihbar önellerinin kararlaştırıldığı hallerde ise -kaynak kanuna paralel olarak- uzun önelin her iki taraf için de uygulanacağı hükme bağlanmaktadır (md. 432 f. 3, 5). Bu hüküm, iş kanunlarına tâbi iş ilişkileri hakkında da geçerlidir.

Taraflar için farklı feshi ihbar önellerinin kararlaştırılması, hem İsviçre ve Alman²³ hem de Türk Hukukunda²⁴ öteden beri tartışma konusu olmuş bir sorundur. Bu tartışmalara rağmen, İsviçre öğretisinde de eleştiri konusu yapılan²⁵ kaynak kanundaki çözüm tarzının benimsenmiş olması, konunun ileride de tartışılmaya devam edeceğini göstermektedir. Bu konuda kanaatimce isabetli olan çözüm tarzı, ihbar önellerinin asgarî olup sözleşmeyle artırılabilmesini belirttiğinden sonra, tıpkı Alman Medenî Kanunu'nda olduğu gibi (§ 622 Abs. 6 BGB)²⁶, işçiyi daha kısa önelle bağlı tutma olanağını açık bırakmaktır. Çünkü, işçi için kısa; işveren için uzun önel kararlaştırılan hallerde, işçi tarafından yapılan bir feshi uzun önele tâbi tutmanın savunulabilir bir gerekçesi yoktur.

Yasada, İsviçre Borçlar Kanunu'nda bulunmayan bir hükümlerle, sözleşmenin askıya alındığı hallerde ihbar önellerinin işlemeyeceği belirtilmekte (md. 432 f. 6), sözleşmenin işveren tarafından ihbar öneline ilişkin ücretin peşin olarak ödenmesi suretiyle feshedilebileceği de öngörülmektedir (md. 342 f. 4). Dikkat edilmelidir ki, peşin ödemeye fesih hakkı, İş Kanunu doğrultusunda (md. 17 f. f.5) fakat Basın İş Kanunu'ndan farklı olarak (md. 5 f.2), sadece işverene tanınmış bulunmaktadır (TBK md. 432 f. 4). Deniz İş Kanunu'nda ise bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Genel hüküm olması nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükmün burada da uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Yasanın 438. maddesine göre, belirsiz süreli sözleşmelerde işveren haklı neden olmaksızın sözleşmeyi derhal feshederse, bildirim süresine ilişkin tutarı tazminat olarak ödemek zorundadır (f.1). Bu hükümlerle yasa, İş Kanunu'ndaki ihbar tazminatına paralel bir düzenleme getirmiş

Kaynak kanunda kötü niyetli fesih halleri örnek verilmek suretiyle sayıldığı halde (Art. 336 OR), yasada, bu hususa ilişkin hiçbir ifade yer almamıştır.

olmaktadır. Buna karşılık, yukarıda da değinildiği üzere, işçinin haklı neden olmaksızın -kannunun ifadesiyle- işe başlamaması veya aniden işi bırakması halinde, işveren -ek zararlarının tazminini talep hakkı saklı olmak kaydıyla- aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat talep edebilir. İşverenin hiç zarara uğramaması veya uğradığı zararın bu tutardan az olması halinde hakim tazminatı indirme yetkisi de vardır (md. 439 f.1,2). Belirtmek gerekir ki, yasada, ihbar öneline işçinin riayet etmemesi ile ilgili olarak, işverenin tâbi olduğu tazminat yükümlülüğünden ve İş Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı bir çözüm tarzı benimsenmiş olması, tartışmaya açık bir husustur. İşverenin tazminat talebinin, işçinin işi bırakmasından itibaren otuz günlük bir hak düşürücü süreye bağlandığı (md. 439 f. 3 c. 1-2) da hatırlatılmalıdır.

Nihayet, yasanın 421. maddesinin ikinci fıkrasında, süresiz sözleşmenin feshi halinde işverenin bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Yeni iş arama iznine hak kazanmak için, sözleşmeyi kimin feshettiğinin herhangi bir önemi yoktur²⁷. Fakat, sözleşmenin süresiz olması şarttır²⁸. Böylece bu konuda İş Kanunu (md. 27) ile bir paralellik kurulmuş olmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ve önceki yasadan (BK md. 334 f. 2) farklı olarak ve yine İş Kanunu doğrultusunda, yasada iş arama izninin süresi de belirtilmek suretiyle olası uyumsuzluklar önlenmiştir.

b. Önelsiz Fesih

Yasanın, taraflardan her birinin sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebileceğine; feshe ilişkin bildirim de yazılı olması gerektiğine; sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklene-

meyen bütün durum ve koşulların, haklı sebep sayılacağına; derhal fesih nedeninin, taraflardan birinin sözleşmeye aykırı bir davranışına dayanması halinde de, fesheden tarafın bir tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin düzenlemeleri (md. 435;437), hiç şüphe yok ki, süresiz sözleşmeler alanında da uygulama alanına sahiptir.

II. Fesih Hakkını Sınırlandıran Ceza Koşulu ve Feshe Karşı Koruma

1. Fesih Hakkını Sınırlandıran Ceza Koşulu

Bilindiği gibi, işçinin belirli bir tarihten önce hizmet sözleşmesini feshetmesi halinde cezaî şart ödeyeceğini öngören sözleşme hükümlerinin geçerliliği sorunu, hukukumuzu uzun süre meşgul etmiştir²⁹. Bugün için öğretisi ve Yargıtay, cezaî şartın sadece işçi için kararlaştırılmış olmasını geçerli görmemektedir. Yeni Türk Borçlar Kanunu bu görüşü bir yasa kuralı haline getirmekte ve hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olduğunu isabetli olarak hükme bağlamaktadır (md. 420 f. 1)³⁰. Hiç şüphesiz, bu düzenleme, eğitim giderlerinin karşılanması amacıyla tek taraflı olarak işçi aleyhinde düzenleme getirilmesini³¹ engellemektedir³².

2. Feshe Karşı Koruma

Yeni yasa, feshe karşı koruma düşüncesini işçinin işini kaybetmemesi anlamında değil; sadece, kötü niyetli ve haksız fesihleri belli bir yaptırıma bağlama noktasında ele almış bulunmaktadır:

a. Kötü Niyet Tazminatı

Yasanın 435. maddesi, "Feshe karşı koruma" kenar başlığı altında, işverenin fesih hakkını kötüye kullanması halinde işçiye ihbar önelerinin üç katı tutarında tazminat ödemek zorunda olduğunu öngörmektedir. Gerçi maddede gerekçesinde bu hüküm getirilirken İsviçre Borçlar Kanunu'nun 336 ve 336a maddelerinin göz önünde tutulduğu belirtilmektedir. Fakat yasa hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan oldukça farklıdır: Bir defa, kaynak kanunda kötü

niyetli fesih halleri örnek verilmek suretiyle sayıldığı halde (Art. 336 OR)³³, yasanın, bu hususa ilişkin hiçbir ifade yer almamıştır. İkinci olarak, yasalaşan metinde tazminatın tutarı ihbar önellerinin üç katı olarak belirlendiği halde, İsviçre Borçlar Kanunu'nda, tazminatın tutarı açısından yargıca altı aylık ücret tutarını aşmamak koşuluyla, nispeten geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Ancak, kabul etmek gerekir ki, bu noktada kaynak yasadaki farklı ve İş Kanunu md. 17 ile, Deniz İş Kanunu md. 16 hükmüne paralel bir düzenleme getirilmesi isabetli olmuştur. Çünkü bu hüküm, iş kanunlarına tâbi olanlara göre daha lehte sonuçların ortaya çıkması ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Üçüncü olarak yasa, fesih hakkının kötüye kullanılmasını, yine İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, sadece işveren tarafından yapılan fesihler açısından düzenlemiştir³⁴. Böyle olunca, bizim hukukumuz bakımından işçi tarafından yapılan fesihlerde bu maddenin uygulanmasına imkân yoktur.

Diğer taraftan, maddenin, Basın İş Kanunu'na tâbi ilişkiler bakımından özel bir önem taşıdığını da belirtmek gerekir. Çünkü, Basın İş Kanunu'nda kötü niyet tazminatına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Gazetecilerin kötü niyet tazminatı talep edip edemeyecekleri ise, geçmişte, bunların, İş Kanunu'ndaki istisnalar arasında yer almamalarından hareketle, kötü niyet tazminatına ilişkin İş Kanunu hükmünden yararlanmaları gerektiği ileri sürülerek çözümlenmeye çalışılmıştır³⁵. Fakat, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra artık, bu yasanın genel nitelikte olması nedeniyle, gazetecilerin de kötü niyet tazminatı talebinde bulunmaları, hiçbir tereddüde yol açmayacak şekilde mümkün olacaktır. Bu durumda, kötü niyet tazminatının miktarı, Basın İş Kanunu md. 6 f. 3'te belirtilen ihbar önelleri dikkate alınarak hesaplanacaktır. Şüphesiz, bu haktan yararlanacak olanlar, iş güvencesinin kapsamı dışında kalanlardır. Çünkü, İş Kanunu md. 17 f. 7 hükmü, güvence sisteminde olanlara kötü niyet tazminatı talep hakkı tanımamıştır.

b. Haksız Fesih Tazminatı

Yukarıda da değinildiği gibi, sözleşmenin haklı bir neden olmamasına rağmen işveren

tarafından derhal feshinde işçiye, süresiz sözleşmelerde bildirim süresine; süreli sözleşmelerde ise, kalan süreye ilişkin ücretin tazminat olarak ödenmesi gerekmektedir (TBK md. 438 f. 1). Yasanın 438. maddesinin 3. fıkrası ise, bunun yanında, İsviçre Borçlar Kanunu'na (Art. 337c Abs. 3 OR) paralel olarak, hukukumuz için tamamen yeni bir düzenleme getirmektedir: Buna göre, haklı nedene dayanmayan fesihlerde hakim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, en çok altı aylık ücret tutarında bir tazminat verilmesine de hükmedebilir (TBK md. 438 f.3). İsviçre öğretisinde, feshin iktisadî sonuçları, işçinin yaşı ve sosyal seviyesi, feshin kişisel değerler üzerindeki etkisi, işçinin işletme içindeki konumu, feshin hukuka aykırılık bakımından ağırlığı, işçinin ortak kusurunun bulunup bulunmadığı; varsa, derecesi³⁶, hizmet ilişkisinin süresi, feshin kötü niyetli olup olmaması³⁷ gibi örnekler, bu tazminata hükmedilirken dikkate alınması gereken haller arasında sayılmaktadır. Ne var ki, bir tür "hukuka aykırılık cezası"³⁸; âdeti, "kanundan doğan bir cezaî şart"³⁹ niteliğinde olduğu ve işverenin haklı fesih iddiasına kolayca sığınmasını engellemek amacıyla getirildiği⁴⁰ belirtilen bu tazminatın, iş kanunlarına tâbi (iş güvencesi kapsamında olmayan) iş ilişkilerinde de uygulanıp uygulanmayacağı, tereddüt yaratabilir: Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin genel hüküm niteliğinde olması, bu sorunun olumlu yönde yanıtlanmasını gerektirmektedir. Fakat bu sonucun, ortaya çıkaracağı malî külfet nedeniyle eleştiri konusu olacağı da tahmin edilebilir. Zaten, kanun tasarı halinde iken, bu düzenlemenin, uygulama açısından çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu; özellikle, buradaki tazminatla iş güvencesi kapsamındaki işçilerin alabilecekleri tazminatlar arasında miktar bakımından makul bir denge bulunup bulunmadığının tartışılabilirliğini; bu ve buna benzer birtakım hassas noktalar üzerinde yeteri kadar durulmadan, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki bir hükmün çeviri yoluyla hukukumuzda ithal etmek istenmesinin isabetli olmadığını belirtmiştim⁴¹.

Diğer taraftan, feshin hem kötü niyetli hem de haksız olması halinde işçinin kötü niyet taz-

minatına ek olarak haksız fesih tazminatını da talep edip edemeyeceği, uygulamada tereddüt yaratabilecek bir başka sorundur: Her bir tazminatın azamî tutarının altı aylık ücret olarak belirlendiği İsviçre'de, öğretinin bir kesimi, haksız feshe ilişkin sonuçların münhasıran Art. 337c Abs. 3 (TBK md. 483 f. 3)'te düzenlendiği, kanun tasarısındaki kümülatif ödeme öngören hükmünün de parlamentoda kabul edilmediği gerekçesiyle, hem haksız fesih hem de kötü niyet tazminatına birlikte hükmedilemeyeceğini savunmaktadır⁴². Hukukumuz bakımından ise, Borçlar Kanunu'na tâbi hizmet sözleşmelerinde kötü niyet tazminatının kaynak kanundaki gibi en çok altı aylık ücret tutarında değil; ihbar önellerinin üç katı ücret tutarında (en çok 18 hafta=4.5 ay) belirlenmiş olması karşısında, kötü niyetli haksız fesih tazminatını, kötü niyet tazminatını da kapsayacak şekilde belirlemek gerektiği; buna karşılık, ihbar önellerinin üç katı tutarındaki tazminatın altı aylık ücrete ulaştığı hallerde (İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na tâbi ve kıdemi üç yıldan fazla olan işçiler bakımından) ayrıca haksız fesih tazminatına hükmedilemeyeceği söylenebilir. Bu çözüm tarzı, Basın İş Kanunu'na tâbi hizmet ilişkileri bakımından da izlenmelidir.

C. Taraflardan Birinin Ölümü Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

Yasanın 440 ve 441. maddeleri, taraflardan birinin ölümü halinde hizmet sözleşmesinin akıbetini düzenlemektedir:

Buna göre, sözleşme, işçinin ölümü halinde sona erer (md.440). Bu sonuç, hizmet sözleşmesinde işçinin şahsî nitelikli bir edim üstlenmiş olmasının doğal ve bilinen bir gereğidir.

Ancak, yasada, işçinin ölümüyle ilgili önemli bir başka düzenleme yer almaktadır: Buna göre, işveren, ölen işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür (md. 440)⁴³.

Madde, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki hük-

mün (Art. 338 Abs. 2 OR) aynen tercüme edilmesi suretiyle kaleme alınmıştır. Düzenlemenin sözünden de anlaşılacağı üzere, bir aylık ödemeye hak kazanmak için işçinin belli bir kıdeme sahip olması şart değildir; sözleşmenin, işçinin ölümü nedeniyle sona ermiş olması gerekli ve yeterlidir. Beş yıllık kıdem ise, sadece, iki aylık ücret tutarının talep edilebilmesi bakımından aranmaktadır.

İş kanunlarına tâbi olmayanlar bakımından hükmün uygulanmasında önemli bir sorunla karşılaşılacağı söylenebilir ise de, düzenlemenin, ölüm nedeniyle kıdem tazminatı ödemesi gereken hallerde uygulama alanı bulup bulmayacağı, tartışma konusu olabilir. Belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde benimsenen sonuç, bu ödemenin ölüm nedenine dayanan kıdem tazminatından (Art. 339b OR)⁴⁴ bağımsız olarak; ona eklenmek suretiyle yapılması yönündedir⁴⁵ ve bu konuda herhangi bir tartışma da yoktur. Bu sonucun gerekçesi, her iki müessesenin farklı amaçlara hizmet etmesi; ölüm nedenine dayanan ödemenin, hizmet sözleşmesinin bir "ard etki"si olarak düşünülmüş olmasıdır⁴⁶.

Bu görüş doğrultusunda, kanaatimce hukukumuzda da aynı sonucu benimsemek doğru olur. Kıdem tazminatına hak kazanılmayan hallerde ise, sadece yeni yasadaki ödemenin yapılacağı açıktır⁴⁷.

Diğer taraftan, bu düzenleme karşısında, gazetecinin ölümü bakımından yine tartışmaya elverişli bir durum ortaya çıkmaktadır: Şöyle ki, Basın İş Kanunu md. 18, gazetecinin ölümü halinde eşi ve çocuklarına; yoksa, bakmakla yükümlü olduğu aile üyelerine aylık ücretinin üç katından az olmamak üzere, kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı verileceğini öngörmektedir. Bu durum karşısında sorun, gazetecinin yakınlarına, bu ödemeye ek olarak yeni Borçlar Kanunu'ndaki miktarın da verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır: Kanaatimce, bu konuda tatminkâr bir sonuca varabilmek için, Basın İş Kanunu'ndaki ödemenin hukukî niteliğini doğru bir biçimde tespit etmek gerekmektedir: Öğretide bir görüş, bunun kıdem tazminatı olduğunu kabul ederken⁴⁸, bir başka görüş, anılan ödemenin,

kıdem tazminatı olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmektedir⁴⁹. Kanaatimce, ikinci görüş daha isabetlidir. Bir defa, anılan ödemenin kanun içindeki sistematik yeri, bunun kıdem tazminatı olarak nitelendirilmesine elverişli değildir. Yasa koyucu, 212 sayılı kanunla getirdiği bu hakkı kıdem tazminatı olarak düşünmüş olsaydı, kıdem tazminatı ile ilgili md. 6 içinde düzenleme yoluna giderdi. Sonra, 18. maddenin “ölüm tazminatı” şeklindeki kenar başlığı da bunun kıdem tazminatı olarak değil; ölüm nedeniyle yardım niteliği taşıyan bir ödeme olarak düşünüldüğünü göstermektedir. Nihayet, gözden kaçırmamak gerekir ki, kıdem tazminatına ilişkin bütün düzenlemelerin ortak yönü, işçi açısından belirli bir kıdem aramasıdır. Oysa, ölüm tazminatının ödenmesi, belli bir kıdeme sahip olmayı gerektirmemektedir. O halde, kıdem tazminatı niteliğinde olmadığı için, ölen gazetecinin yakınlarına bu ödemeye ek olarak yeni kanundaki miktarın da verilmesi gerekmemektedir. Bu hüküm, niteliği itibarıyla, Türk Borçlar Kanunu'ndaki yeni düzenlemenin gazeteciler bakımından özel bir şeklidir ve ölüm halinde ödenecek tazminat, Basın İş Kanunu md. 18'de öngörülmüş olan tutardan ibarettir.

İşverenin ölümü halinde sözleşmenin sona ermesi ise, önceki yasada olduğu gibi, sözleşmenin ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuş olması şartına bağlanmıştır (md. 441 f. 2). Bunun dışında kalan hallerde, ölen işverenin yerini mirasçıların alacağı belirtilmektedir. Önceki kanunda düzenlenmemiş olan bu nokta, külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olmakla birlikte, yasa bu durumda, işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükmün (TBK md.428) kıyas yoluyla uygulanacağını hükme bağlamış bulunmaktadır (md. 441 f.1).

Sonuç

Hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin yeni Türk Borçlar Kanunu hükümleri, hem kendi uygulama alanını ilgilendiren birtakım önemli yenilikler getirmekte, hem de iş kanunlarına tâbi iş ilişkilerinde de geçerli olacak birtakım

ilke ve müesseseler öngörmektedir. Meydana gelen bu gelişim, bazı konularda uygulama sorunlarının ortaya çıkmasına elverişli bir zemin hazırlamış bulunmaktadır. Bunda, iş hukukuna ilişkin yasalaştırma faaliyeti bakımından İsviçre ile Türkiye'nin birbirine hiç benzememesi kadar, iki ülkenin iş hukuku düzenlerine damgasını vuran bazı temel müesseseler arasında derin farklılıkların bulunması da önemli bir rol oynamaktadır. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri hakkında daha önce yaptığım incelemelerde de belirttiğim üzere⁵⁰, yasalaştırma sırasında iş hukukçuları ile istenilen ve olması gereken ölçüde yakın bir ilişki içine girilmemiş olması, görüş ayrılıklarıyla karşılaşılması olasılığını artırmaktadır. Sorunun bundan böyle daha ayrıntılı çalışmalarına konu olması, herhalde kaçınılmazdır.

DİPNOTLAR

- 1 Yasa koyucu bu hükmü getirirken, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 18 Mart 1988 tarihli Kanunla (yürürlük; 1 Ocak 1989) değiştirilmesinden önceki metnini esas almıştır. Anılan kanunla değiştirilen maddede ise, sözleşmenin sona ermesi için, tarafların bir bildirimde bulunmaları yönünde anlaşabileceklerinden hiç söz edilmemekte, sadece, süreli bir sözleşmenin feshe gerek olmaksızın sona ereceği belirtilmektedir (Art. 334 Abs. 1 OR).
- 2 Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich, 2006, Art. 319-362, Art. 334 N. 6; Staehelin, OR - Art. 319-362; Der Arbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, V2c, 3. Aufl., 1996 (ZK-OR Staehelin, 1996), Art. 334 N. 21.
- 3 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 21.
- 4 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 22.
- 5 Bu nedenle TİSK, düzenlemenin gereksiz olduğu görüşündedir. Bkz. TİSK, TİSK'in Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Görüş ve Önerileri, s. 8.
- 6 Bkz. Soyer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Ulucan Armağanı, İstanbul, 2008, s. 160-161. Nitekim Alman Medenî Kanunu da fesih hakkını sadece işçiye tanımaktadır. Bkz. § 624 BGB. İsviçre'de yasanın 1988 yılındaki revizyonu ile ilgili öneri metninde fesih hakkı sosyal düşüncelerle sadece işçi için öngörülmek istenmişken, parlamentodaki görüşmeler sırasında bu hak işverene de tanınmış bulunmaktadır. Bkz. ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 27.
- 7 Bkz. Streiff/von Kaenel, Art. 334 N. 9; ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 27'de anılan yazarlar. Kanun taslak halinde iken, bu sürenin, Alman Medenî Kanununda olduğu gibi (§ 624 BGB), hiç değilse beş yıla indirilmesi gerektiğini ileri sürmüştüm. Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 161.
- 8 Alman Medenî Kanunu'ndaki ihbar öneli de altı aydır (§ 624

BGB). Bununla birlikte, İsviçre ve Türk Hukukunda ihbar önelinin hiç değilse beş yıldan daha kıdemli işçiler için öngörülen altı haftalık süre (md. 432 f. 2) kadar olması daha isabetli görülebilir (yasa taslak halinde iken ileri sürdüğüm bu öneri için bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 161). Çünkü, bu madde açısından söz konusu olan, on yılı aşan sürenin dolmasından sonra, sözleşmenin kanundan dolayı süresiz bir sözleşmeye dönüşmesidir (md. 430 f. 2; ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 29). Bu durum karşısında, süresiz sözleşmeler için öngörülen en uzun önelin burada da uygulanması, yasanın sistemine aykırın değildir.

9 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 161.

10 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 28.

11 Maddedeki anlatımın başarılı olmadığını belirtmek gerekir. İfade, "İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi...belirli süreli sözleşmelerde... sürenin sonuna kadar kazanabileceği tutarı, tazminat olarak isteyebilir" şeklinde olmalıydı. Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 163 dn.38.

12 Streiff/von Kaenel Art. 337c N. 3. Oysa, hukukumuzda daha önce, öğretinin önemli bir kesimi, süreli sözleşmeyi haklı neden olmaksızın fesheden işverenin işi kabulde temerrüde düşmüş sayılacağını; bu nedenle de işçinin, süre sonuna kadar ücret talebinde bulunabileceğini (önceki BK md. 325); sözleşmenin hukuken, sürenin dolmasıyla sona ereceğini savunmakta idi (bkz. Tunçomağ, Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İşverenin İş Kabulde Temerrüdü, Sosyal Siyaset Konferansları, XIX. Kitap, İstanbul, 1968, s. 103; Reisoğlu, Hizmet Akdi, Tanımı-Mahiyeti-Unsurları, Ankara, 1968, s. 161; Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Kanundan Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s. 216; Kaneti, Karar İncelemesi, İHFM C. XXIX Sa. 1-2, İstanbul 1963, s. 1210 vd.; Tuncay, İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkmaları ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları, İHFM C. XXXVIII, Sa. 1-4, İstanbul, 1973'den ayrı bası, s. 4-5; Eyrenci, İHU, İşK 9 (No.2); Ulucan, Die Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses, Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, hrsg. von Ekonomi/Rehbinder, Bern, 1978 (içinde), s. 115; aynı yazar, İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Komite 1979-1983 Kararları, s. 22; Sümer, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Sonuçları, Tühis, Şubat 1992, s. 6) ve bu görüş bazı kararlarında Yargıtay tarafından da paylaşılmıştı (örneğin bkz. Y9.HD., 9.10.1984, E.7303, K.8690, İşveren D., Mart 1985, s. 15; Y9.HD., 1.7.1988, E.5397, K.7228, Tekstil İşveren D, Ekim 1988, s. 21; Y9.HD., 6.3.1989, E.1988/12055, K.1989/2088, YKD Ağustos 1989, s. 1121, Y9.HD., 28.12.1989, E. 7899, K. 11458, Tühis, Şubat 1990, s. 17; Y9. HD., 21.5.1991, E. 753, K. 8770, İHD C.1, Sa.3, s. 438; Y9.HD., 25.11.1993, E. 8962, K. 17312, YKD Haziran 1994, s. 910-911; Y9.HD., 24.12.1996, E.16732, K. 24049, Tekstil İşveren D., Temmuz 1997, s. 14). Bir başka görüş ise, süreli sözleşmeyi haklı neden olmaksızın fesheden işverenin, "iş kabul edimini" kusurlu olarak imkânsızlaştırdığını kabul etmekte idi. Bkz. Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s. 143; aynı yazar, Karar İncelemesi, İHFM C. XXV, Sa. 1-4, İstanbul, 1960, s. 430 vd.

13 Bkz. Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdî İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1984, s. 196; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İ-

stanbul, 2010, s. 281; Narmanlıoğlu, Komite 1996 Kararları, s. 95 vd; aynı yazar, Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, s. 401 vd; Süzek, Komite 1998 Kararları, s. 74 vd; aynı yazar, İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2008, s. 668 vd; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2005, s. 518; Alpagut, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek, Ocak 2004, s. 90; Kaplan, E. Tuncay, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, 2010, s. 219-220. Aslında, Yargıtay da vermiş olduğu pek çok kararda, daha önce temsil ettiği "iş kabulde temerrüt" düşüncesini terk ederek, haksız fesih görüşünü benimsemiştir. Fakat, Yüksek Mahkemeye göre, işçiye süre sonuna kadar yapılması gereken ödeme, tazminat değil; ücrettir. Bkz. Süzek Komite 1998 s. 71 vd.'de incelenen kararlar; Y9.HD 17.11.1999, E. 14668, K. 17565, Çimento İşveren D., Ocak 2000, s. 31-32; Y9.HD 13.6.2001, E. 7774, K. 10037, Çimento İşveren D., Eylül 2001, s. 40; Y9.HD 19.9.2003, E. 2296, K. 14832, Legal İHSGHD, Ekim-Aralık 2004, s. 1465.

14 Yasa koyucunun bu tercihinin yönelttiğim eleştiri için bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 164-165.

15 Yasa Tasarısı mahsup hükmünü, İsviçre Borçlar Kanunu doğrultusunda, önelere uyulmaması nedeniyle ödenmesi gereken tazminatı (Tasarı md. 437 f. 1; TBK md. 438 f. 1) da kapsayacak şekilde düzenlemişti. Daha önce yayınlanan bir incelememde, İsviçre Hukukundan farklı olarak hukukumuzda, önel şartına riayetsizlik nedeniyle ödenmesi gereken tutarın, kusur ve zarar şartından bağımsız olup "maktu" bir nitelik taşıdığını, bu nedenle de tasarının bu yönden düzeltilmesi gerektiğini belirtmiştim (bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 164-165). Madde yeniden düzenlenirken, bu eleştiri doğrultusunda ve kanaatimce isabetli olarak, mahsubun, sadece süreli sözleşmenin haklı nedene dayanmayan feshinde ödenmesi gereken tazminat bakımından söz konusu olabileceği açıklığa kavuşturulmuştur (md. 438 f.2).

16 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 337d N. 1; Streiff/von Kaenel, Art. 337d N. 2.

17 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 3; ZK-OR Staehelin, 1996 Art. 337b N. 5.

18 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N 5; Kabakçı, Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi, Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2011, s. 137; Yargıtay 9. HD'nin anılan incelemeye konu olan 20.12.2010 tarih ve E. 15688, K. 38732 sayılı kararı.

19 Bkz. B II 2 b.

20 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N 5; ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 337b N. 10.

21 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 337b N. 7.

22 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 7.

23 Bu konuda örneğin bkz. Soyer, İsviçre Hukuku ile Alman Hukukunda İşçi ve İşveren İçin Farklı Feshi İhbar Önelinin Sözleşmeye Kabul Edilmesi Sorunu -Doktrindeki Bazı Görüşler ve Yasal Gelişmeler- Yasa Hukuk Dergisi, Aralık 1978, s. 1997 vd.

24 Bu konudaki tartışmalar için Bkz. Süzek, s. 462.

- 25 Bkz. Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern, 1976, s. 231.
- 26 § 622 Abs. 6 BGB hükmüne göre, işçi tarafından yapılacak fesihlerde, işverenin yapacağı fesihlere göre daha uzun bir ihbar öneli kararlaştırılamaz. Alman öğretisine göre, bu hükmün temelinde, işçinin hizmet sözleşmesini işverene oranla daha zor koşullarda feshetmek durumunda bırakılmayacak olmasına ilişkin genel hukuk düşüncesi yatmaktadır. Bkz. Erman/Hanau, BGB Kommentar, I. Bd., 8. Aufl., Münster, 1989, § 622 Anm. 41-42. Yazar, bu düşüncenin, Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında da kabul edilmiş olduğuna işaret etmektedir. Bu durum karşısında, işveren tarafından yapılacak fesihlerde daha uzun bir önelin kararlaştırılması mümkün olabilecektir. Bkz. Henssler/Willemsen/Kalb/Bittner, Arbeitsrecht Kommentar, Köln, 2004, §622 BGB Rz. 58.
- 27 ZK-OR Staehelin, Der Arbeitsvertrag (Der Einzelarbeitsvertrag), Zürcher Kommentar, V2c, 4. Aufl., 2006 (ZK-OR Staehelin, 2006), Art. 329 N. 16; Streiff/von Kaenel, Art. 329 N. 10.
- 28 İsviçre öğretisinde ise, yasanın bu yöndeki sınırlayıcı ifadesine rağmen, süreli sözleşmelerde de işçiye yeni iş arama izni verilmesi gerektiği; çünkü aynı ihtiyacın süreli sözleşme ile çalışan işçi açısından da mevcut olduğu savunulmaktadır. Bkz. ZK-OR Staehelin, 2006, Art. 329 N. 16.
- 29 Bu konuda bkz. Soyer, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezaî Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağanı, Ankara, 2000, s. 370 vd.
- 30 Bu düşüncenin dogmatik temeli hakkında bkz. Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Cezaî Şart, Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, s. 306 vd.
- 31 Bu konuda yaptığım bir incelemede, hizmet akitlerine, eğitim giderlerini karşılamak üzere işçi aleyhinde tek taraflı düzenlemeler konulabileceği görüşünü ileri sürmüştüm. Bkz. Soyer, Esener Armağanı, s. 363 vd.; özellikle, s. 370 vd. O incelemede vardığım sonuç, daha sonra Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelmiştir.
- 32 Ekmekçi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine, Mercek, Temmuz 2005, s. 167; Soyer, Ulucan Armağanı, s. 159.
- 33 Örneğin, feshin, işyerindeki ortak çalışmayı (işbirliğini) engellemeyen bir kişilik özelliğine veya sözleşmeyi ihlâl etmeyen ya da işyerindeki işbirliğini zedelemeyen anayasal bir hakkın kullanılmasına; hizmet sözleşmesinden birtakım hakların doğmasının engellenmesine, dürüstlük kurallarına göre sözleşmeden doğan bazı hakların talep edilmesine, işçinin sendikaya üye olması ya da olmamasına; sendikal bir faaliyette bulunmasına dayanması, fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren haller arasındadır (Art. 336 OR).
- 34 İsviçre Borçlar Kanunu'nun kötü niyetli feshin sonuçlarını düzenleyen hükmü ise, aynen şöyledir: "Hizmet sözleşmesini kötü niyetle fesheden taraf diğer tarafa bir tazminat ödemek zorundadır" (Art 336a Abs. 1).
- 35 Bkz. Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976, s. 162. Tuncay ise, önce, gazetecilerin hem İş Kanunu'na hem de Borçlar Kanunu'na tâbi oldukları görüşünü savunmuş (bkz. Tuncay, 931 Sayılı İş Kanunu'nun Uygulama Alanı, İÜHFEM 1969, C.XXXIV, Sa. 1-4, s. 412), daha sonra yazar, Basın İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun uygulanmasını kabul eden görüşe katılmıştır. Bkz. Tuncay, Hukukî Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, s. 26.
- 36 Streiff/von Kaenel, Art. 337c N. 8; ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 337c N. 3.
- 37 Bkz. Reh binder, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationentrecht I, 2. Aufl., Hrsg., Honsell/Vogt/Wiegant, Basel, 1996 (Honsell/Vogt/Wiegant/Reh binder), Art. 337 N. 3.
- 38 Bkz. Honsell/Vogt/Wiegant/Reh binder, Art. 337c N. 3.
- 39 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 337c N. 14
- 40 Honsell/Vogt/Wiegant/Reh binder, Art. 337c N. 3.
- 41 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 165.
- 42 Bkz. ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 33a N. 8; ayrıca, Streiff/von Kaenel, Art. 336 N. 15, 336b N. 2.
- 43 TİSK'e göre, "Kıdem tazminatı fonuna ilişkin durum açıklık kazanmadan, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı kıdem tazminatı benzeri bir ödeme öngörülmesi isabetli değildir". Bkz. TİSK, s. 9.
- 44 Hükme göre, en az 50 yaşında olan ve 20 yıl veya daha fazla kıdemi bulunan bir işçinin iş sözleşmesi sona erdiğinde kendisine kıdem tazminatı ödenmesi gerekir. Sözleşme devam ederken işçinin ölmesi halinde ise, ödeme, sağ kalan eşe veya ergin olmayan çocuklarına; yoksa, bakmakla yükümlü olduğu kişilere yapılır. Art. 339c Abs. 1 ve 2'ye göre ise, tazminatın miktarı, sözleşmelerle kararlaştırılabilir; fakat işçinin iki aylık ücretinden az olamaz (Abs.1). Tazminat tutarı sözleşmelerle kararlaştırılmadığı takdirde hakim tarafından belirlenir; fakat sekiz aylık ücret tutarını aşamaz (Abs. 2)
- 45 Honsell/Vogt/Wiegant/Reh binder, Art. 339d N. 1; ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 339b N. 2; Streiff/von Kaenel, Art. 339b N. 6.
- 46 Honsell/Vogt/Wiegant/Reh binder, Art. 338 N. 1. Buna karşılık, İsviçre öğretisinde bir başka görüş, söz konusu ödemenin, iş ilişkisiyle kurulan ve kanunda zorlayıcı olarak öngörülen "tam üçüncü şahıs yararına sözleşme"ye dayandığını kabul etmektedir. Bkz. Schweingruber, s. 279. Ekmekçi (Mercek 2005 s. 175) ise, bunun kıdem tazminatı benzeri bir ödeme olduğu görüşündedir.
- 47 Son nokta açısından, hükmün genel nitelikte olması nedeniyle bu görüşte, Yenisey, Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmesi, 1-2 Nisan 2011'de İstanbul Bilgi Üniversitesinde Düzenlenen Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu'na Sunulan Tebliğ (henüz yayınlanmamıştır), s. 21.
- 48 Bkz. Narmanlıoğlu, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1971, s. 255.
- 49 Bkz. Tuncay, Basında İşçi-İşveren İlişkileri, s. 75.
- 50 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 166-167; aynı yazar, Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, İstanbul Barosu ile Galatasaray Üniversitesi Tarafından 3-4 Haziran 2011 Tarihinde Düzenlenen İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Konulu Sempozyuma Sunulan Tebliğ (henüz yayınlanmamıştır), s. 48.