

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi

I. Giriş

Ünlü bilim adamı Einstein'a sorarlar: Nerede ölmek isterdiniz? Einstein tereddütsüz cevap verir: İsviçre'de! Dostları merak eder: Neden? Einstein'ın yanıtı çarpıcıdır: "... Çünkü her şey İsviçre'de 30 yıl geriden geliyor"¹.

Yeni Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre'nin birçok açıdan ne kadar geri bir ülke olduğunu ünlü bilim adamı Einstein ile ilgili bu anekdot ortaya koyar. Evet, İsviçre bir ülke olarak geridir; ancak hukuk sistemi bundan farklı mıdır?

Burada da Ali Güzel Hocamızın da Sorbonne'da hocalığını yapmış, birlikte çalışma şansına sahip olduğu ünlü iş hukukçusu G. Lyon Caen'in anısını nakletmeliyiz. İsviçreli Profesör Gabriel Aubert, Lyon Caen'a İsviçre hukuku hakkında ne düşündüğünü sorar. Yanıt yine çarpıcıdır: "...İsviçre hukuku ilgimi çekiyor. Bizim III. Cumhuriyet zamanlarımızı (1870-1940 arası dönem) bana hatırlatıyor"².

Ancak anlaşılan kanunkoyucumuz, İsviçre

ve İsviçre hukuku hakkında gayet olumlu fikirler beslemektedir ki(!), Borçlar Kanunumuza, Ticaret Kanunumuza, Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunumuza İsviçre'den çok sayıda hüküm ithal etme yolunu seçmiştir. Hatta Yeni Borçlar Kanunumuzun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri neredeyse İsviçre'den birebir "tercüme edilmiştir".

Ülkemizde ortaya çıkan bu tablo, bizce adeta "bir hukuk faciası"dır. Ancak son bir yıl içinde yapılan bilimsel yayınlar incelendiğinde, durumun vahameti yeterli boyutlarda ortaya konulmamakta³, İsviçreli hukukçular ile Federal Mahkeme kararlarından örnekler gösterilerek "hukuki garabet" niteliğinde olduğu ve hukukumuzda hiçbir biçimde uymadığı anlaşılan hükümlere anlam kazandırılmaya çalışılmaktadır. Gerçekten son derece kötü bir hukuksal durum ile karşı karşıya olmamıza rağmen, yapılan eleştiriler bizce oldukça "hafif" kalmaktadır.

Oysa durum hukuk adına kabul edilebilir değildir. İş hukuku olmayan bir ülkeden "iş

hukuku normları” ithal edilmiştir. Küçük bir kıyaslama bu tespitimizi doğrulayacaktır: 2011 yılında İsviçre Federal Mahkemesi 118 iş davası üzerinde çalışmıştır!⁴ Buna karşılık aynı yıl Yargıtayımızın (üstelik sadece 9. Hukuk Dairesinin) önünde 99.049 adet dosya birikmiş, bunlardan “50.347” adedi sonuçlanmıştır. Yaklaşık 44.000 dosya gelecek yıla devretmiştir.

Burada kuşkusuz İsviçre’nin değerli yargıçlarının hakkını da yememek gerekir kanısında-
yız: 118 dava gibi “ağır bir iş yükünün” altından kalkmışlar, bunların hepsini bitirmişler, gelecek yıla hiçbir dosya bırakmamışlardır! Üstelik Türk hukukçularına da örnek olduğu anlaşılan zengin bir içtihat birikimi sunmayı ihmal etmişlerdir.

İsviçre iş hukukunun kendi iç çelişkileri, yetersizliği, illikliği bizce bir, hatta birden fazla monografi konusu oluşturabilir. Ancak böyle bir çalışma yapmanın, en az İsviçre’den kanun

dur. Adalet Divanı’nın verdiği Katsikas kararı bu tartışmaların odağındadır⁶. Ancak Katsikas kararının ne şekilde yorumlanacağı konusunda çok farklı görüşler vardır. Bazı ülkelerde bu konuda itiraz hakkı kapsamında düzenlemelere yer verilmiştir; ancak hukuki sonuçlar farklılık göstermektedir. Bunun lehinde ve aleyhinde görüşler vardır⁷. Yine olayın politik boyutları da mevcuttur. Örneğin Supiot, itiraz hakkının kökenini Alman hukukuna bağlamakta ve Almanya’da özellikle Nazi döneminde işçinin ve işgücünün “bir eşya” gibi görülmesine duyulan tepki üzerine, işçinin “değerinin”, dolayısıyla çalışacağı işi serbest seçim hakkının kutsallaştırıldığını ifade etmektedir⁸. Günümüzdeki gelişmelerin de, işyeri devirlerinde işçiye itiraz hakkı tanınması gereğini güçlendirdiği belirtilmektedir. Yine Supiot’un açıkladığı gibi, artık işyeri devirleri “istisna” değil, iş hayatının bir kuralı, adeta olağan durumu haline gelmiştir⁹.

Borçlar Kanunu’nun öncelikli işlevi, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçilerin iş ilişkilerini, bu kapsamdaki işçiler ile büyük bir fark yaratmadan düzenlemek, eşit, dengeli ve adil bir düzen getirmektir.

almak kadar anlamsız ve gereksiz bir iş olacağını da eklemek gerekir. Bununla beraber, son zamanlarda nereye baksak gözümüze İsviçre hukukunun bir “garabeti” çarpmaktadır. Herhalde bunun en ilginç örneği son zamanlarda tartıştığımız yeni Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) işyeri devirlerinde işçiye “itiraz hakkı” tanıyan düzenlemesidir (m.178). İş sözleşmesinin ihbar sürelerinin sonunda sona ereceğini düzenleyen hükmün, işçi bakımından nasıl bir “itiraz hakkı” niteliği taşıyacağı tartışılmaktadır⁵.

Bize göre bu hüküm, davayı kaybeden avukatın müvekkiline “...ama temyiz hakkı kazandık” demesi ne kadar anlamlı ise o kadar anlamlıdır. İşçi, itirazı neticesinde iş sözleşmesinin ihbar süreleri sonunda sona ermesine hak kazanmaktadır!

İşyeri devirlerinde işçiye itiraz hakkı verilip verilmeyeceği, bugün Batı Avrupa’da çok tartışılan bir konudur. Üstelik derin de bir konu-

Bize göre, bütün bu belirttiğimiz veriler ortaya konur, bilimsel platformlarda tartışılır, ülkemizin özel koşulları dikkate alınır ve kanun öyle yapılır. İtiraz hakkı tanınmalı mıdır, tanınmamalı mıdır, koşulları neler olmalıdır, bunlar yeterince incelenmeden kanun yapılmaz. Kanun yapılacaksa da Ticaret Kanunu içinde düzenleme getirilmez, doğrudan İş Kanunu kapsamında ele alınır. Bu son belirttiğimiz noktanın özellikle çalışmamızda odaklanacağımız yeni Borçlar Kanunu bakımından da büyük önem taşıdığını düşünüyoruz. Zira, yeni Borçlar Kanunu’nda, sadece bu kanun kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm işçileri de etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirilmiştir. Bu şekilde, iş ilişkilerini düzenleyen mevzuat dağıtılmış, aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, 4857 sayılı İş Kanunu ile başlayan isabetsiz kanunlaştırma tekniği devam ettirilmiştir.

Hemen, genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, kanunkoyucu çağdaş iş hukukunun gelişim çizgisini yakalayamamış, iş hukukumuzda göre geri olan İsviçre hukukundan gereksiz yere fazlasıyla etkilenmiştir. Yapılan düzenlemeler, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçiler bakımından kısmen bir “iyileştirme” olarak nitelendirilebilir. Ancak, işçiye yıllık izin hakkı tanımayan, cüzi bir ihbar tazminatı hakkı veren, kötüniyet ve kıdem tazminatı benzeri bir hüküm içermeyen, fazla çalışmanın hukuki sonuçlarını belirsiz ve soyut ölçütlere bağlayan, iş kazalarına karşı önlem alma yükümlülüğünü “hakkaniyet” ile sınırlandıran bir kanunun yerine ne yapılırsa yapılsın bu şekilde vasıflandırmak mümkün olabilecekti. Dolayısıyla, yeni Borçlar Kanunu’ndaki hükümleri sadece 818 sayılı Kanunun ilerisinde olduğu için “ileri” ve “çağdaş” düzenlemeler olarak değerlendirmek¹⁰, bu konuda aceleci davranmamak gerekmektedir.

Borçlar Kanunu hükümleri, genel kanun olması dolayısıyla iş kanunları kapsamındaki işçileri de etkilemektedir. Buna göre iş kanunlarında düzenlenmeyen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Konu ile ilgili yapılan bilimsel toplantılar ve yayınlar incelendiğinde, öğretilerde Borçlar Kanunu’nun boşluk doldurucu işlevine geniş bir anlam yüklenmeye başlandığı görülmekte; özellikle, getirilen tazminat hükümlerinin iş kanunlarında getirilen tazminat hükümleri ile birlikte uygulanabileceğine ilişkin görüşler etkili biçimde ileri sürülmektedir¹¹.

Aşağıda ayrıntılı olarak izah edeceğimiz üzere, biz Borçlar Kanunu hükümlerinin çağı yakalayamadığını, temel eksiklikleri olduğunu, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıdığını, dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu bağlamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının bu hukuki yapı dikkate alınmaksızın değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu kanısını taşıyoruz.

Borçlar Kanunu’nun öncelikli işlevi, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçilerin iş ilişkilerini, bu kapsamdaki işçiler ile büyük bir fark yaratmadan düzenlemek, eşit, dengeli ve

adil bir düzen getirmektir. Nitekim bu husus Kanunun Genel Gereğesinde “...bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük bir fark yaratılmamaya çalışılmıştır” anlatımı ile son derece açık biçimde ifade edilmiştir¹². Ancak Genel Gereğede belirtilen hedefe maalesef ulaşılamamıştır. Çağdaş iş hukukunun iş sözleşmesinin feshi ile ilgili en temel düşünceleri gözardı edilmiştir. Kanunda getirilen tazminat hükümlerinin dengesi sağlanamamıştır. İş sözleşmesinin sona ermesi ve buna bağlı hukuki sonuçlar son derece tutarsız bir biçimde düzenlenmiştir.

Bu durumda, bize göre öncelikli olarak yapılması gereken, Borçlar Kanunu hükümlerini öncelikle eleştirel bir bakışla, bütünlük içinde değerlendirmektir (aşağıda, II).

Borçlar Kanunu hükümleri değerlendirildiğinde, bu kanunun İş Kanunu’nun “boşluklarını kapatan” bir nitelik taşıma yeterliliğine sahip olmadığı, aksine bizzatı kendisinin çok ciddi “kanun boşlukları” içerdiği, hatta bu şekli ile Anayasa’ya aykırı olduğu tezi ortaya atılabilecektir (aşağıda, III).

Buna göre, Borçlar Kanunu’nun İş Kanunu hükümleri ile ilişkisini bu değerlendirme neticesinde elde ettiğimiz sonuçlara göre ele almak zorunluluğu ortaya çıkacaktır (aşağıda, IV).

Biz böyle bir yol izlenmeksizin kanunları kıyaslama yoluna gitmenin, Borçlar Kanunu hükümlerini adeta olması gereken isabetli düzenlemelermiş gibi ele almanın ve birebir aynı nitelikte bir düzenleme görülmediğinde İş Kanunu’nda “boşluktan” söz etmenin isabetsiz olduğunu düşünüyoruz. Bu sistematik yapıya uygun olarak görüşlerimiz gerekçelendirilecektir.

Çalışmamızda, konu başlığında da açıkça ifade edildiği üzere 4857 sayılı Kanun kapsamındaki ilişkilerle sınırlı kalmak kaydı ile Borçlar Kanunu hükümlerinin etkisi incelenecek, ortaya çıkan olumsuz tablonun nedenleri, “Nerede Yanlış Yapıldığı” sorgulanacak (aşağıda, V) ve “İş Hukukunun Bağımsızlığı” tüm bu sorunlara ilişkin çözüm önerimiz olarak ortaya konulacaktır (aşağıda, VI).

II. Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri

1. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler

a) Temel boşluk: Feshe karşı koruma ve kıdemin ödüllendirilmesi işlevlerinin göz ardı edilmesi

Hizmet sözleşmesinin işverence nedensiz olarak feshi durumunda, işçiye kıdem tazminatına karşılık gelecek nitelikte bir tazminat ödenmesinin söz konusu olmaması Borçlar Kanunu'ndaki önemli bir eksiklik¹³. Yeni Borçlar Kanunu'nda bu eksikliği giderir gibi görünen bir hükme yer verildiği görülmektedir. Nitekim 438. maddeye göre; işverence yapılan ve haklı sebebe dayanmayan fesihlerde hakim tüm koşulları dikkate alarak işçiye 6 aylık ücretini aşmayacak oranda tazminata hükmedebilecektir.

Ancak bu tazminatın belirttiğimiz işleve sahip olduğunu söylememiz mümkün görünmemektedir. Bu tazminat, sadece haklı sebebe dayanmayan fesihlerde söz konusu olacaktır¹⁴. Buna karşılık işçinin kıdeminin ödüllendirilmesi düşüncesi yeni Borçlar Kanunu'nda görmezden gelinmiştir. Örneğin işveren 30 yıllık kıdemi olan bir işçinin işine ihbar süresine uyararak son verdiğinde, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçinin eline ihbar süresine ait ücret dışında hiçbir şey geçmeyecektir. Benzer şekilde örneğin 20 yıl, 30 yıl çalışan işçi emekli olarak işten ayrıldığında herhangi bir tazminat hakkı yoktur. Örnekler çoğaltılabilir. Neyse ki, kanunkoyucu, işçiye çalışmalarına karşılık plaket vermeyi, kutlama veya kokteyl düzenlemeyi yasaklamaktadır. İroniyi bir kenara bırakacak olursak, diğer iş kanunları ile kıyaslama yaptığımızda, bu durumun bizce eşitlik ve adalet ile bağdaşır yanı yoktur!

İşverenin bildirimli fesih hakkının sınırlandırılması (işçiye feshe karşı koruma) konusunda Borçlar Kanunu'nda iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kötüniyet tazminatı, diğeri ise ihbar sürelerine ve tazminatına ilişkin düzenlemelerdir. Bu hükümler de aşağıda in-

celeyeceğimiz üzere işçiye feshe karşı koruma ve kıdemi ödüllendirme düşüncelerine yeterli düzeyde hizmet etmemekte, hatta böyle bir işlev bizzat kanunkoyucu tarafından (ihbar sürelerinin arttırımında eşitlik) engellenmiş bulunmaktadır!

b) Kötüniyet tazminatı: İsabetli olmakla birlikte geniş uygulama alanı bulması mümkün bulunmayan düzenleme

BK m. 434. hükmüne göre hizmet sözleşmesi işverence kötüniyetle sona erdirilir ise, işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Tarihsel gelişim süreci ve mukayeseli hukuk bakımından konu incelendiğinde, fesih hakkını kötüye kullanma teorisinin iş güvencesi ile temelde aynı amaca hizmet eden¹⁵, ancak deyim yerindeyse, daha ilkel bir mekanizma olduğu görülür. Gerçekten iki sistem arasında, önemli farklılıklar vardır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında, fesih haksız veya kötüniyetli dahi olsa, hakkın kullanıldığı her durumda sözleşme sona erer ve işçi ancak şartları varsa kötüniyet tazminatına hak kazanır. Oysa iş güvencesi sisteminde aslolan iş ilişkisinin devamıdır¹⁶. İki sistem arasındaki ikinci belirgin fark, ispat yükü bağlamında görülür. Nitekim, fesih hakkının kötüye kullanılmasında, ispat yükü, genel kurallar uyarınca işçideyken, iş güvencesi sisteminde, sözleşmenin devamı kural, fesih ise istisnadır; dolayısıyla, feshin geçerli nedene dayandığının ispatı işverenden beklenir¹⁷.

Kötüniyet tazminatına ilişkin 1475 ve 4857 sayılı Kanun dönemlerinde verilen yargı kararları bütünlük içinde incelendiğinde, bu tazminatın çok sınırlı bir uygulama alanı bulduğunu söylememiz mümkündür¹⁸. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kötüniyet gibi subjektif bir olgunun ispat yükünün işçinin üzerinde olması, yine her haksız ve sebebe dayanmayan feshin "kötüniyetli" sayılmasının gerekmemesi, bu tazminatı son derece sınırlı bir alana hapsedmiştir. Deyim yerindeyse, bu derecede sınırlı uygulama alanına sahip bir hükümlerle Borçlar Kanunu'nda feshe karşı koruma getirildiğinden söz edilmesi, bizce temel bir yanlış olacaktır.

c) İhbar süreleri ve tazminatı: İşçinin feshe karşı korunmasını değil, “ tarafların eşitliğini” temel alan, çağdaş ve tutarsız düzenleme

Yeni Borçlar Kanunu'nun 431. maddesine göre taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyararak feshetme hakkı vardır. 432. maddeye göre ise, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir. İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır. Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez. Yeni Borçlar Kanunu'nda, dikkat çeken ilk yenilik ihbar sürelerinin arttırılmış olmasıdır. Gerçekten eski kanundaki ihbar süresi yeterli değildi. Buna göre söz konusu sürelerin arttırılması yerinde olmuştur¹⁹.

Ancak sürelerin arttırılması yerinde olmakla birlikte, devamındaki düzenlemeler hiçbir biçimde katılmamızın mümkün bulunmadığı bir nitelik arz etmektedir. Nitekim, ihbar süreleri konusunda getirilen iki temel esas bulunmaktadır:

- Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir.
- Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır.

Kanunun ihbar sürelerine ilişkin getirdiği her iki esas isabetsiz ve çağın gerisindedir. İhbar sürelerinin kısaltılamayacağı ve arttırılan sürelerde eşitlik anlayışı sözleşme taraflarının eşitliği gibi bir düşünceye dayanmaktadır²⁰.

Bize göre, bugün, hâlâ Türk iş hukukunda da doktrinde neredeyse büyük bir çoğunluk

tarafından benimsendiğini ve eleştiriden uzak kaldığını gördüğümüz ihbar sürelerinin kısaltılamayacağı yolundaki tabunun öncelikle işçi açısından yıkılması zorunludur. İhbar süreleri işçi açısından kısaltılabilmelidir. Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanunun da benzer şekildeki düzenlemesi de bizce isabetli değildir; Borçlar Kanunu'nun düzenlemesi de aynı şekilde yerinde olmamıştır. Gerçekten, Ekonomi'nin de son derece haklı olarak vurguladığı gibi, ülkemizde işçilerin genellikle bildirim süresine uymadıkları, işverenlerin de ihbar tazminatı isteği ile dava açmadıkları, hatta işçilerin, işverenin kabulü dahilinde bildirim sürelerine uymaksızın işten ayrıldıkları bilinen bir gerçektir. Bu hususta Kanuna uygun düşmeyen davranışlara devam etmek yerine, sözleşmeler veya sadece toplu iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinin kısaltılması olanağı getirildiğinde, işçinin yararına olmasının yanında işverenin de kesin olarak uyulmasını bekleyeceği bir sürenin tespiti için geçerli bir çözüm yolu sağlanmış olacaktır²¹.

İkinci olarak, ihbar sürelerinin arttırılması durumunda her iki taraf için de bunun geçerli olacağı görüşü²² de artık kabul edilebilir değildir. Çağdaş iş hukukunun hizmet sözleşmesinin feshi konusuna yaklaşımı “ tarafların eşitliği” değil, “ işçinin korunması” düşüncesine dayanmaktadır.

Mazeaud'un da son derece isabetli olarak belirttiği gibi, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin fesih bildirim ile sona ermesinde taraflar arasındaki görünüşteki paralellik yanıltıcıdır. İşverenin sözleşmeyi fesih hakkının sınırlandırılması anlayışı iş hukukunun temel taşlarından birisidir. İşverenin fesih hakkı sınırlandırılarak belirli bir çerçeveye oturtulmadığı sürece işçinin korunmasından bahsetmek mümkün değildir²³.

Weiss ve Schmidt'in kitaplarında yer alan, “...Alman iş hukukunda işçilere iş güvencesinin sağlanması konusunda atılan ilk adım, ihbar sürelerinin uzatılması olmuştur”²⁴ ifadesi, uzatılan ihbar sürelerinin iş güvencesinin ilk aşaması olduğunu kanıtlamakta ve böyle bir nitelik kazanan bir kurumun “ tarafların eşitliği” esasına dayalı olarak düzenlenmesini tartışılır

kılmaktadır. Buna göre, ihbar önelleri bakımından da eşitliği değil, işçinin korunması ilkesini ön plana alan bir yorum tercih edilmelidir. Bu konuda yabancı literatürden de çok sayıda örnek verilebilir. Nitekim Fransız hukukunda, işverenin uymak zorunda olduğu ihbar öneli yasa ile düzenlenmişken, işçi bakımından bu husus yasal düzenleme konusu dahi yapılmamış ve taraf iradelerine bırakılmıştır. Uygulamada, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri veya adete göre işçinin uymak zorunda olduğu ihbar öneli belirlenmektedir²⁵.

İhbar sürelerinin tek yanlı olarak artırılmasının işçiyi feshe karşı koruyucu bir yönü vardır ve Yargıtayımız da kararlarında ihbar sürelerinin artırılmasının sadece işçi lehinde geçerli olacağını, sözleşmeyi fesheden taraf işçi ise, yasal sürenin uygulanacağını uzun yıllardır kabul etmektedir²⁶. Dolayısıyla, ihbar sürelerine ilişkin düzenlemede gerek Yüksek Mahkeme-

kısa biçimde düzenlenmesi ve arttırma-azaltma yetkisinin sözleşme taraflarına bırakılması şeklindeki modeller de Batı'da yaygın biçimde görülmektedir. Bu konudaki düzenlemelerde iş sözleşmesinden ziyade, toplu iş sözleşmesi taraflarının özel olarak yetkilendirilmesi şeklindeki uygulamalar dikkat çekmektedir. Nitekim, Fransız hukukunda, çalışma süreleri ile ilgili yasal esasların ancak toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilebileceği kabul edilmiş, bu konuda hizmet akdi taraflarına genel olarak bir yetki verilmemiştir. Alman hukukunda da kanunların bazı hükümleri, hizmet akdi tarafları için nispi emredici niteliğini korurken, toplu iş sözleşmesi tarafları için aksinin kararlaştırılması mümkün tamamlayıcı kurallar olarak düzenlenmiştir. Alman hukukunda bu gibi hükümlere (Tarifdispositives Gesetzrecht) "toplular iş sözleşmesi açısından tamamlayıcı hukuk kuralları" adı verilmektedir.

İşletmelerin rekabet gücünün korunması ve işçiyi zamanını kullanmada söz sahibi kılma düşüncesiyle birlikte iş hukukunda son yıllarda tüm Avrupa'da esneklik tartışmaları yoğunluk kazanmıştır.

nin görüşü, gerekse de çağdaş iş hukuku anlayışı göz ardı edilmiş bulunmaktadır²⁷.

Çağdaş iş hukukunda, ihbar süreleri konusuna farklı anlayışlarla yaklaşılabilir. Bu konuda ilk olarak yukarıda da belirttiğimiz gibi, "işçinin korunması" düşüncesi temel alınarak ihbar sürelerinin kısaltılabilmesi ancak sadece işverenin uymak zorunda olduğu sürenin artırılması düşünülebilir. İhbar sürelerine ayrıca "esneklik" düşünceleri ile de bakmak mümkündür. İşletmelerin rekabet gücünün korunması ve işçiyi zamanını kullanmada söz sahibi kılma düşüncesi de buna eklenmiş ve iş hukukunda son yıllarda tüm Avrupa'da esneklik tartışmaları yoğunluk kazanmıştır. Başta çalışma süreleri ile başlayan esneklik anlayışı giderek çalışma ilişkisini biçimlendiren diğer normlara da yayılmış, ihbar süreleri de bu yaklaşımdan etkilenmiştir. Nitekim, ihbar sürelerinin yasal düzenlemelerde oldukça

Alman hukukunda yasal ihbar süreleri iş sözleşmesi tarafları için asgari süreler niteliği taşıırken, toplu iş sözleşmeleri ile daha farklı sürelerin belirlenmesi mümkün kılınmıştır²⁸. Bunun ardındaki düşünce, toplu iş sözleşmesi taraflarının bir işkolunda veya bölgede, ihbar sürelerini yasa koyucudan daha hassas ve isabetli olarak bilebilecek durumda olmalarıdır²⁹. Sonuç olarak, esneklik ihtiyaçları ışığında bakıldığında, ihbar sürelerinin işçi bakımından da artırılabilmesinin önü açılacaktır. Yine bu süreçte iş sözleşmeleri değil, toplu iş sözleşmeleri kullanılarak esneklik temelli düzenlemelerin yapılabilmesi (deneme süresinde olduğu gibi) tartışılabilir. İhbar sürelerini göreceli bir eşitlik anlayışı ile değerlendiren ve hukukumuzda da taraftar bulan yaklaşımlar, her ne kadar ortaya atıldıkları dönemde böyle bir düşünceye tam anlamı ile dayanmasa da, bugün "esneklik" temelli modeller içinde ele alınabilecektir³⁰.

Bugün Batı Avrupa ülkeleri iş hukuklarında belirli süreli sözleşmelerin genel olarak “en fazla süre” ile (örneğin 18 veya 24 ay gibi) kısıtlandığı görülmektedir.

İhbar sürelerinde işçinin korunması anlayışını benimsediğimizi rahatlıkla söyleyebiliriz, esneklik temelli yaklaşımlara karşı değil, ancak tereddütle bakıyoruz. Bununla birlikte yinelemekte yarar görüyoruz, çağdaş iş hukukunda ihbar sürelerine işçinin korunması düşüncesi ile yaklaşabiliriz ya da esneklik ihtiyaçlarını buraya katabiliriz. Ama günümüzde kabul edemeyeceğimiz bir şey varsa, tarafların eşitliğini temel alan, yeni Borçlar Kanunu'nun benimsediği katı ve ilkel sistemdir. Her iki tarafı da aynı süreye zorunlu olarak tabi kılmanın çağdaş iş hukukunun gerekleri ile hiçbir tarafı bağdaştırmamaktadır.

İşçinin ihbar öneline uymaması durumunda; işverenin isteyebileceği tazminat konusunda Borçlar Kanunu belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim, madde 439 hükmüne göre; işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. Burada ihbar tazminatına karşılık gelecek şekilde, ihbar süreleri esas alınarak bir tazminatın açıkça öngörülmediğini görüyoruz. Yani işçi işi bırakır ise, işveren sadece 1/4 maaş tutarında tazminat isteyebilecek, ek zararlarının giderilmesi için bunları ispat yükü altına girecektir. Bu tazminatın neden bu şekilde öngörüldüğünü anlayabilmiş değiliz. Bu hüküm eğer ihbar tazminatına karşılık geliyor ise; bunun ihbar sürelerini esas alınarak düzenlenmesi gerekirdi³¹.

Sonuç olarak, kanunkoyucu, feshe karşı koruma konusunda asgari bir düzeyi dahi sağlayamamış, sınırlı bir uygulama alanına sahip olan kötüniet tazminatına yer vermiş, ihbar sürelerini ise, işçiyi feshe karşı koruma değil, tarafların

eşitliği ekseninde düzenlemiştir. İhbar sürelerinin işçiyi feshe karşı koruma işlevi vardır ve bu da uygulamada toplu iş sözleşmelerinde de gördüğümüz üzere, işveren bakımından ihbar sürelerinin tek yanlı olarak arttırılması ile sağlanabilir. Kanunkoyucu ve kanunu hazırlayan Komisyon bu olanağı Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilere tanımayarak, Kanunun hem özünde hem de ruhunda yer alması gereken işçiyi feshe karşı koruma düşüncesini gözardı etmiş, bu suretle bilsel yanlgılarının boyutlarını arttırmıştır.

d) Ölüm tazminatı: Geride kalanlara getirilen kısmi koruma

Borçlar Kanunu'nun 440. maddesinde işçinin ölümü konusunda özel bir düzenleme getirildiğini görmekteyiz. Bu hükme göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksak 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”. Bu tazminatın Borçlar Kanunu kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için söz konusu olacağı açıktır. Bunun kısmi bir koruma olduğunu söylememiz mümkün görünmekle birlikte, kanunkoyucudan öncelikli olarak beklenen, ölen işçinin geride kalanlarını değil, işçinin canlısını korumak olmalı idi.

Yine, söz konusu tazminattan yararlanabilecek olanlar “...sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksak bakmakla yükümlü olduğu kişiler” olarak tanımlanmıştır. Kanunkoyucunun neden işçinin mirasçılarını değil de, bu kimseleri hak sahibi kıldığını anlamak mümkün değildir. Esasen, madde İsviçre BK metninden çevrildiği için bu kişiler kapsama alınmıştır. Bu konuda Akyiğit, kapsamlı şekilde kapsama giren kişilere ilişkin açıklamalar getirmekte, birçok ihtimale göre (bu kişilerin yaşı, erginlikten maksadın ne olduğu, bakmakla yükümlü olmaktan neyin anlaşılacağı, ödemenin sırası) ödemenin nasıl yapılacağını açıklamaktadır³². Yazarın kapsamlı ve tüm olasılıkları dikkate alan incelemesi, bu ödemeye ilişkin esasların hiç de basit olmadığını açıkça ortaya

koymakta, bu konuda birçok tartışmanın ortaya atılabileceğini³³ göstermektedir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan işverenlerin, özellikle bunların başında gelen küçük esnaf işletmesi sahiplerinin bu denli “karmaşık” hukuki sonuçları beraberinde getirme riskini taşıyan bir düzenlemeye dayanarak bir hükmü uygulamalarını beklemek isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Bizce olması gereken; kıdem tazminatı düzenlemesindeki gibi basit ve net bir ölçüt getirmektir; yani işçinin yasal mirasçuları hak sahibi olmalı idi.

2. Belirli Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemeler

a) Belirli süreli sözleşmelerin yenilenmesine ilişkin esaslar

Borçlar Kanunu’nda belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim; BK m. 430’a göre; belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir. Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder. Sözleşmenin fesih bildirimiyile sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Belirli süreli iş sözleşmelerin sürenin dolmasına rağmen süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülmesi durumunda belirsiz süreliye dönüşeceği yolundaki düzenleme isabet taşımaktadır.

b) 10 yıllık belirli süreli sözleşme yapma düşüncesi: Uygulamada görülmesi mümkün olmayan mantık ve çağdaş düzenleme

Borçlar Kanunu m.430’a göre; taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleş-

mesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilecek; fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade edecektir. Bu düzenlemenin ise isabetsiz olduğu kanısındayız. Bugün Batı Avrupa ülkeleri iş hukuklarında belirli süreli sözleşmelerin genel olarak “en fazla süre” ile (örneğin 18 veya 24 ay gibi) kısıtlandığı görülmektedir. 4857 sayılı Kanun hazırlık sürecinde tartışılmakla birlikte, belirli süreli sözleşmelere ilişkin bir üst sınır getirilmemiştir. Bize göre 4857 sayılı Kanunun belirli süreli iş sözleşmelerine üst sınır getirmeyen düzenlemesi yerinde olmamıştır.

Yargıtay da bunu kararlarında dile getirmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkemeye göre; “... Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. Yasa koyucunun belirli süreli sözleşmeler için azami bir süreyi hükme bağlaması uygulamayı rahatlatıcaktır”³⁴. Yargıtayın tespiti bizce de son derece yerindedir.

Belirli süreli iş sözleşmeleri çağdaş iş hukukunda en fazla süre ile sınırlanırken, kanunkoyucunun 10 yıldan fazla belirli süreli sözleşmeler üzerinde hüküm getirdiği, öğretilerde de bu hükmün teknik ayrıntıları (6 aylık bildirim süresinin isabetli olup olmadığı, feshin ay sonu hüküm ifade etmesi gibi) üzerinde değerlendirmeler yapıldığı³⁵ görülmektedir.

Borçlar Kanunu’nda belirli süreli sözleşmenin 10 yıldan fazla yapılması gibi bir olasılık hakkında hüküm getirilmesi de, bu hükmün teknik ayrıntıları konusunda tartışmalar açılması da anlamsızdır. 10 yıllık bir sözleşmeye çalışma hayatında rastlamak imkansız olduğu gibi³⁶, böyle bir sözleşme yapmak her iki taraf bakımından da rasyonel değildir. Özellikle işverenin 10 yıl gibi bir süre ile işçiyi istihdam etme yükümlülüğü altına girmesi ve haksız fesih durumunda ortaya çıkacak ağır sonuçlar dikkate alındığında böyle bir sözleşme yapmak istenmeyeceği açıktır. Sonuç olarak, bu gibi uygulamada karşılaşılacak konularda düzenleme getirmesi, çalışmamızın hemen her noktasında vurguladığımız üzere maalesef kanunkoyucunun uygulamaya ne kadar uzak ve

İşçinin aylık ücretinin 1/4'ü gibi son derece küçük bir tazminatın neden Kanunda öngörülmesine gerek bulunduğunu, bunun talep edilme koşullarının neden bu denli “sıkı koşullara bağlandığını” kavramak gerçekten güçtür.

çağımızın ne denli gerisinde olduğunun somut kanıtını oluşturmaktadır.

c) Haksız fesih tazminatı: Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından gerekliliği tartışılır düzenleme

Yukarıda belirttiğimiz “fesih tazminatı” belirli süreli iş sözleşmelerinde de bakiye süre ücretinin yanında uygulanabilecek bir tazminat olarak da uygulama alanı bulabilecektir. Başka bir anlatımla; belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshinde de anılan tazminat hükmü uygulanabilecek gibi görünmektedir. Bunun ise isabetli olmadığı kanısındayız. Gerçekten; belirli süreli iş sözleşmesinin işverence zamanından önce haksız şekilde feshi durumunda, işçi İş Kanunu kapsamında ise ve 1 yıldan fazla kıdemi varsa; kıdem tazminatı da alabilmektedir. Yine boşta geçen süre ücreti de buna eklenmektedir.

Esasen, belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından BK m.438 hükmü en geniş uygulama alanını, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin hukuki sonuçlarını tam ve eksiksiz biçimde düzenlemeyen 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından bulacaktır. Bu durumda 1 yılı aşan fiili çalışmalar bakımından zaten kıdem tazminatı da söz konusu olacaktır. Bunlara bir tazminat daha katılmasının gereğini anlamak mümkün görünmemektedir.

Doktrinde, İsviçreli yazarlara atıf yapılarak bu tazminatın, feshin kişilik haklarına yarattığı aykırılık ile gerekçelendirildiği görülmektedir³⁷. Ancak İsviçre hukukunda ileri sürülen, hukukuza da Kanunla birlikte doğrudan ithal edilen esasların isabet derecesi tartışmaya açıktır. 30 yıllık işçinin sözleşmesi ihbar sürelerine

uyularak sona erdirildiğinde, kıdemini ödüllendirici küçük bir tazminatı bile çok gören kanunkoyucunun, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kişilik haklarını korumaya bu denli hassasiyet gösterdiğini söylemek hayret vericidir.

d) İşçi tarafından nedensiz fesih durumunda öngörülen cüzi, anlamsız tazminat

Borçlar Kanunu madde 439 hükmüne göre; işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. Bu tazminat hükmünün hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulanabileceği belirtilmektedir³⁸.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bu tazminat, işçi bakımından ihbar tazminatına karşılık gelmektedir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise kanunkoyucu bunu muhtemelen işçinin sözleşmenin sona ermesi ile ortaya çıkan zarara ilişkin maktu bir tazminat olarak öngörmüş, bunu aşan zararın istenebilmesini ispatlanabilmesine bağlamıştır. Yani, işçi işi (haksız olarak) bırakır ise, işveren 1/4 maaş tutarında tazminat isteyebilecek, ek zararlarının giderilmesi için bunları ispat yükü altına girecektir. Kanunda ayrıca işverenin bu tazminat talebinin 30 günlük bir hak düşürücü süreye³⁹ bağlanmış bulunduğu da dikkat çekmektedir.

İşçinin aylık ücretinin 1/4'ü gibi son derece küçük bir tazminatın neden Kanunda öngörülmesine gerek bulunduğunu, bunun talep edilme koşullarının neden bu denli “sıkı koşullara bağlandığını” kavramak gerçekten güçtür. Bu isabetsiz ve gereksiz düzenlemede öngörülen 30 günlük hak düşürücü sürenin sadece aylık ücretin 1/4'lük kısmına mı ilişkin olduğu, yoksa işverenin ek zararları bakımından da mı geçerli olduğu belirsizlik arz etmektedir⁴⁰. İşverenin belirli süreli iş sözleşmesinde uğradığı zararları talep hakkını 30 günlük gibi son derece kısa bir süreye bağlamanın hiçbir rasyonel açıklaması olmadığı görüşündeyiz.

Oturmuş, işleyen bir sisteme ilişkin olarak

İsviçre bugün, kanunuyla, yargısıyla, öğretisiyle bizim almamız gereken değil, referans vermemiz, ders vermemiz gereken bir ülke konumundadır.

getirilen her hükmün akıl ve mantığın, yani “bilimin süzgecinden” geçmesi gerekmektedir. Bu yapılmaksızın düzenleme yapmak büyük bir yanılıdır. Ancak, sayısal olarak son derece zayıf bir içtihat birikimine sahip İsviçre Mahkemeleri ve İsviçreli yazarlara atıf yaparak söz konusu madde hükümlerine anlam kazandırmaya çalışmak da bizce isabetli bir yöntem değildir. İsviçre Kanunu’nun maddeleri zaten teknik olarak hatalıdır. Bir hükmün İsviçre hukukundan alınması, bizce bunun isabetli olduğu varsayımını da beraberinde getirmemektedir. Aksine, çalışmamızın birçok yerinde belirttiğimiz gibi, İsviçre hukuku, kanunuyla, içtihadıyla Türk hukukunun çok gerisindedir. Bugün, İsviçre’de iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara bakan özel bir Temyiz Dairesi dahi yoktur. Medeni hukuk/borçlar hukuku uyuşmazlıkları ile birlikte iş uyuşmazlıkları incelenmektedir. Oysa, bir ülkede hukuk alanında öğretiyi geliştiren yargı kararlarındaki zenginlik ve canlılıktır. İsviçre bugün, kanunuyla, yargısıyla, öğretisiyle bizim almamız gereken değil, referans vermemiz, ders vermemiz gereken bir ülke konumundadır⁴¹.

e) Ölüm tazminatı

Borçlar Kanunu’nun 440. maddesinde işçinin ölümü konusunda özel bir düzenleme getirildiğini görmekteyiz. Bu hükme göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, 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”. Bu tazminatın Borçlar Kanunu kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından da söz konusu olması gerekir. Kanunda sözleşmenin türüne

göre bir ayırım yapılmamış olup, sözleşmenin türü ne olursa olsun ölüm tazminatından BK kapsamındaki işçilerin (kanunda sayılan) geride kalanları yararlanacaktır⁴².

III. Borçlar Kanunu Hükümlerinin Taşındığı Boşluk ve Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 438. maddede öngörülen tazminat, sadece haklı sebebe dayanmayan fesihlerde söz konusu olacaktır⁴³. Buna karşılık işçinin kıdemine ödüllendirilmesi düşüncesi yeni Borçlar Kanunu’nda gözden kaçırılmıştır. Örneğin işveren 30 yıllık kıdemi olan bir işçinin işine ihbar süresine uyararak son verdiğinde, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçinin eline ihbar süresine ait ücret dışında hiçbir şey geçmeyecektir. Diğer iş kanunları ile kıyaslama yaptığımızda, bu durumun bizce eşitlik ve adalet ile bağdaşır yanı yoktur.

İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin fesihinde, iş kanunları kapsamındaki işçiler kıdem tazminatından yararlanabilmektedir. Kıdem tazminatı, tarihsel gelişim süreci içinde baktığımızda, bir yandan işçiyi feshe karşı koruma, öte yandan işçinin kıdemine ödüllendirme işlevlerini kazanmış bulunmaktadır. Esasen bunlar çağdaş iş hukukunun “olmazsa olmaz” koşullarıdır. Borçlar Kanunu kapsamında kalan işverenlerin ekonomik güçsüzlüğü de bize göre bu düzenleme biçimine asla gerekçe olamaz. İşçiyi feshe karşı asgari düzeyde dahi korumayan bir Kanunun çağdaş olarak adlandırılması⁴⁴, hatta bazı bilimsel toplantılarda izlediğimiz üzere İş Kanunu’ndan daha ileri bir kanun olarak sunulması bizce yanılı olacaktır.

Borçlar Kanunu ile ilgili yapılan toplantılar ve yayınlar incelendiğinde, bugüne kadar belirttiğimiz hususun yeterince gündeme gelmediği görülmektedir. Kıdem tazminatının kaldırılması konusundaki çalışmalar belki buna gerekçe oluşturabilir. Ancak bu konuda konsensus sağlanamamakta, fon tesisi, bireysel emeklilik şirketlerine devir, miktarın azaltılması gibi bir çok proje havada uçuşmakta, muhtemelen yaklaşan seçimler nedeniyle bunların “rafa kalktığı müjdesi” verilmektedir. Kaldı ki, bu projelerde

Biz Borçlar Kanunu hükümlerinin çağrı yakalayamadığını, temel eksiklikleri olduğunu, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıdığını, dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının bu hukuki yapı dikkate alınmaksızın değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu kanısını taşıyoruz.

de genel olarak yine BK kapsamındaki işçilerin gözardı edildiği dikkat çekmektedir (örneğin son olarak tartıştığımız Kıdem Tazminatının İşçinin Bireysel Hesabına Yatırılması Hakkında Kanun Taslağı, m.2). Dolayısıyla, kıdem tazminatı konusundaki revizyon düşünceleri de, BK kapsamındaki işçilerin yok sayılmasına gerekeceği oluşturmamalıdır.

Bize göre, ortada boşluklar vardır, ancak bunları 4857 sayılı Kanunda değil, bizatihi Borçlar Kanunu'nun kendisinde aramak gerekir. 20 yıl, 30 yıl işyerine hizmet eden ve işveren tarafından ihbar süresine uyularak çıkarılan işçiye hiçbir tazminat ödenmemesi, eşitliğe aykırıdır. BK kapsamında çalışan ve emekli olan işçiye hiçbir şey ödenmemesi kabul edilemez. İş Kanunlarında kıdem tazminatına hak kazandıran tüm sebepler için belirttiğimiz eksiklikler tekrarlanabilir.

Bize göre ortaya çıkan bu tablo, yeni Borçlar Kanunu'nu doğrudan temel bir hukuk boşluğu ile sakatlamaktadır. Ortaya çıkan eşitsizlik ve ayrımcılık Anayasa'ya uygun değildir. BK kapsamındaki çalışanların, en azından belirli bir yüzde oranında kıdem tazminatı hakkından yararlandırılması gerekmektedir. Yani açık şekilde ifade etmek gerekirse, yapılması gereken BK kapsamındaki işçilere, işverenlerinin güçsüzlüğü dikkate alınarak ancak belirli bir eşitlik ve denge de gözetilerek İş Kanunu'ndaki haklar yansıtılmalıydı.

Bu yapılmamış, kanunkoyucu İsviçre hukukundan deyim yerindeyse eline ne geçtiyse tercüme etmiştir (bazı hükümleri nedense tercüme etmemiştir; örneğin 50 yaşını dolduran ve 20 yıl çalışan işçiye az da olsa kıdem tazminatı hakkı İsviçre Borçlar Kanunu'nda mevcuttur, İBK.339b). Söz konusu yaklaşım, iki açıdan komplikasyon yaratmıştır: Öncelikle yukarıda da belirttiğimiz gibi, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler ile İş Kanunu kapsamındaki Anayasa'ya dahi aykırılığını iddia edebileceğimiz bir eşitsizlik ortaya çıkmıştır. İkinci olarak, tamamen farklı bir ülke kanununun tercümesinden başka bir şey olmayan hükümler, İş Kanunu'nun yanına konularak bize göre gerçekte söz konusu olmayan kanun boşluklarının kapatılması yolunda görüşler ortaya atılmaya başlanmıştır. Hatta bu görüşler etki ve ağırlık kazanmıştır. Bu konu ayrıntılı olarak aşağıda incelenecektir.

IV. Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerin İş Kanunu Kapsamındaki İşçilere Etkisi Sorunu

1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nda feshe ilişkin olarak yer alan dört hükmün İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından uygulanabilirliği hususunda tartışmalar yoğunluk kazanmış bulunmaktadır. Bunlar, ihbar sürelerine ilişkin hüküm (özellikle ihbar sürelerinin arttırılmasında eşitlik esası), haklı fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 6 aya kadar tazminat ve ölüm tazminatı düzenlemeleridir.

Yeni Kanun ile ilgili olarak yapılan bilimsel toplantılarda dile getirilen görüşler ve yayınlar incelendiğinde, öğretilerde Borçlar Kanunu'nun boşluk doldurucu işlevine geniş bir anlam yüklenmeye başlandığı görülmekte; özellikle, getirilen tazminat hükümlerinin İş Kanunu'nda getirilen tazminat hükümleri ile birlikte uygulanabileceğine ilişkin görüşler etkili biçimde ileri sürülmektedir⁴⁵.

Kanımızca, Borçlar Kanunu'nun söz konusu hükümleri, İş Kanunu'nda açıkça boşluk bu-

lunduğu görülen belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi durumu dışında uygulama alanı bulmamalıdır. Biz Borçlar Kanunu hükümlerinin çağı yakalayamadığını, temel eksiklikleri olduğunu, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıdığını, dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının bu hukuki yapı dikkate alınmaksızın değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu kanısını taşıyoruz.

Kanımızca, öğretide öne sürülen görüşler üç temel açıdan eleştiriye açık bulunmakta ve Borçlar Kanunu hükümlerinin son derece sınırlı şekilde yorumlanması gerekli görünmektedir. Belirttiğimiz bu üç gerekçe ve eleştiri aşağıda “Sosyal alandaki kanunların hassas menfaat dengesi”, “Borçlar Kanunu’nun kendi boşluklarını dahi kapatamamış olması” ve “Kanunlar arasındaki farklılığın doğallığı ve her farklılığın İş Kanunu’nda “boşluk” anlamına gelmeyeceği” alt başlıkları altında ayrıntıları ile birlikte açıklanacaktır.

2. Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin Sınırlı Etkisini Gerekli Kılan Nedenler

a) Sosyal alandaki kanunların hassas menfaat dengesi

İlk olarak, kanunların kendilerine ait bir menfaat dengesi olup, sosyal hukuk alanında bu denge son derece hassastır. Gerçekten, İş Kanunu’nda öngörülen her hüküm Bilim Komisyonu tarafından tartışılmış, iş sözleşmesinin sona ermesinde işçiyi koruma ilkesi, işletme menfaatleri ile hassas biçimde dengelenmiştir. Buna göre, söz konusu denge dikkate alınmadan, başka kaynaklardan İş Kanunumuza boşluk doldurma gerekçesi ile hükümler ithal etmek isabetli değildir. Kaldı ki, aşağıda da açıklayacağımız üzere, belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi konusu dışında 4857 sayılı İş Kanunumuzda iş sözleşmesinin feshi ve buna bağlı hukuki sonuçlar konusunda “bilinçli boşluklar” bulmak da bize göre pek mümkün de değildir.

b) Borçlar Kanunu’nun kendi boşluklarını dahi kapatamamış olması

İkinci olarak Borçlar Kanunu hükümleri tek tek ayrıntılı bir bilimsel analize tabi tutulmadan ve mehzaz kanun da dahil edilmek üzere isabet derecesi sorgulanmadan bunları bir de 4857 sayılı Kanun kapsamındaki ilişkilere yönlendirmek isabetsiz bir yaklaşım olacaktır. Bize göre İsviçre hukukundan tercüme etmek tekniği ile kanun almak yanlış olmuştur. Ayrı bir iş kanunu olmayan İsviçre Borçlar Kanunu’nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri, dengesiz, geri bir zihniyete dayalı, fazlasıyla liberal, hatta kendi içinde dahi tutarsız bir nitelik taşımaktadır. Ancak maalesef İsviçre hukukunun bu isabetsiz düzenlemeleri kanunumuzun temelini almıştır. Üstelik Kanununun tercümelere dahi ciddi hatalar vardır:

Örneğin rekabet yasağına ilişkin Almanca ve Fransızca metinler birbirinden farklıdır. Fransızca metin hatalı olup, çeviriye esas olarak bu metin esas alınmıştır. Fransızca metin: Art. 340/2: “La prohibition de faire concurrence n’est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d’avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d’affaires de l’employeur et si l’utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l’employeur un préjudice sensible” şeklindedir. Oysa Almanca metin: “Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte” şeklindedir. Dikkat edilecek olursa Almanca metinde işverenin yaptığı işler değil, ticaret ve üretim sırlarından söz edilmektedir. Yani Borçlar Kanunumuzun çevirisinde Fransızca metin esas alınmıştır. Burada da, “işverenin yaptığı işler/affaires de l’employeur” gibi son derece anlamsız ve hatalı bir ölçüt söz konusudur.

Bu ölçüt bize Fehim Üçışık Hocamızın kürsümüzde sık sık anlattığı bir olayı hatırlatmaktadır. Değerli Hocamız, (yanlış hatırlamıyorsam) Çevre Kanunu’ndaki “...bu kanun gerçek kişi-

İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kıyaslanırken görülen her farklılığa İş Kanunu'nun boşluğu gibi yaklaşmak isabetli değildir.

leri, tüzel kişileri ve tüm vatandaşları kapsar” anlatımının ne kadar büyük bir hukuki hata olduğunu vurguluyor ve kanunkoyucuyu çok da haklı olarak eleştiriyordu. Müşteri çevresi ile üretim sınırları sayıldıktan sonra, “işverenin yaptığı işler” ölçütüne yer verilmesi, gerçek ve tüzel kişileri saydıktan sonra, “tüm vatandaşlar”ı belirtmekten farklı değildir.

Yine, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin Kanununun 453. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “...Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işveren, söz konusu hükmü, sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmüş olsa bile, bu süreye uymadan tek taraflı olarak değiştirebilir; ancak, bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirme hakkı saklıdır.” hükmü hiçbir anlam ifade etmemektedir. Bu hüküm tamamen İsviçre hukukunun bilinmemesinden kaynaklanan bir düzenlemedir. İsviçre hukukunda çalışma koşullarının değiştirilmesi ve ihbar süreleri ilişkisi ile bağlantılı olup, hukukumuzda ithali hata olmuştur⁴⁶.

Borçlar Kanunu'nun hazırlanış süreci ve temel yaklaşım biçimi dikkate alındığında İş Kanunu ile hükümlerin kıyaslanma sürecinde son derece titiz davranılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Zira bizce yeni Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri olarak sunulan düzenlemelere ilişkin bu hukuki ve teknik yanlışlıkların iyice bilincine varmadan kıyaslama yapmak isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.

c) Kanunlar arasındaki farklılığın doğallığı ve her farklılığın İş Kanunu'nda “boşluk” anlamına gelmeyeceği

Nihayet üçüncü olarak, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kıyaslanırken görülen her farklılığa İş Kanunu'nun boşluğu gibi yaklaşmak isabetli

değildir. Zira, kanunkoyucunun hangi hükümleri Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler için düşündüğü, hangi hükümleri İş Kanunu kapsamındaki işçiler için boşluk doldurucu olarak ele aldığı konusunda hiçbir açıklık yoktur. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler alınır ve İş Kanunu'nun yanına konulacak olur ise, farklı hükümlerle karşılaşmamız olasıdır. Ancak her “farklılık”; İş Kanunu'nda boşluk olduğu anlamına gelmez⁴⁷. Herhangi bir ülke kanununu alıp İş Kanunu'nun yanına koyduğumuzda da sonuç değişmez; daima birbiri ile farklı hükümler çıkar. Ancak bu her iki ülke kanununda da boşluk olması demek değildir.

Bize göre, kanunkoyucu öncelikle BK kapsamındaki işçiler için olan açık hukuk boşluklarını doldurmak konusunda yeterli ve başarılı olamamıştır. Örneğin 30 yıllık kıdeme dahi sahip olsa, ihbar süresine uyularak iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin eline hiçbir şey geçmesi kanunkoyucunun ve bunun arkasındaki Bilim Komisyonu'nun izah etmesi gereken vahim bir durumdur.

Burada, özellikle İş Kanunu'ndaki “boşluk” kavramına yüklenmesi gereken anlamın da büyük önem taşıdığını düşünüyoruz. Bize göre Borçlar Kanunu'ndaki her farklılık İş Kanunu açısından bir boşluk değildir. İş Kanunu'nda boşluk olup olmadığının saptanmasında bir hukuki soruna tüm yönleri ile İş Kanunu'nun yanıt verip veremediğine bakılmalıdır. Buna göre Borçlar Kanunu'ndaki “fazlalık” İş Kanunu'nun bir boşluğunu oluşturmayacaktır. Aksi yorum bizce Alpagut'un da haklı olarak ifade ettiği gibi, İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından bir “kurallar demeti” oluşturulmasına yol açacaktır⁴⁸.

Yeteri kadar tartışmadan, planlamadan İsviçre hukukundan tercüme etme tekniği ile Kanun alınması bizce Türk hukuku açısından son derece üzücüdür. Öğretide, Borçlar Kanunu hükümlerinin geniş bir uygulama olanağı bulacağını savunan yazarların bizce yanıt vermesi gereken bir diğer soru da şudur: Borçlar Kanunu hazırlayan Komisyon ve kanunkoyucu, bu hükümlerin hangilerinin genel nitelikte olabileceğine ilişkin bir ayırım yapmış mıdır? Bu konuda bizim tespit edebildiğimiz “cezai şart”,

“ibra sözleşmesi” gibi hükümlerde kanunkoyucunun bu yoldaki iradesini tespit etmek mümkündür. Bu hükümler tüm işçi ve işverenler için düşünülmüştür.

Ancak, bunun dışında kalan tazminatlar, ihbar süreleri, feshin şekline ilişkin düzenlemelerin bu şekilde “genel” bir uygulaması olması acaba kanunkoyucu tarafından “bilinçli olarak” istenmiş midir? Bu soruya olumlu olarak yanıt vermekte zorlanıyoruz. Kanunkoyucunun temel amacı İş Kanunları kapsamı dışında kalan ilişkileri düzenlemektir. Nitekim Genel Gerekeçde, “...bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük bir fark yaratılmamaya çalışılmıştır” anlatımı ile bu hedef son derece net biçimde ifade edilmiştir⁴⁹.

Borçlar Kanunu yapılırken son derece hatalı bir yöntem izlenmiş, uygulamaya hakim olan iş hukukçuları yeterince etkili olamamıştır. Bizce, Borçlar Kanunu kapsamındaki işverenlerin güçsüzlüğü dikkate alınmalı, 4857 sayılı Kanundaki haklar bu kapsamdaki işçilere kısmen azaltılarak tanınmalıydı. Başka bir anlatımla, 4857 sayılı Kanun modeli üzerinde kurgulama yapılmalı, bunun dışında genel hüküm etkisi taşıması gereken düzenlemeler “planlı olarak” ve “herkesin bileceği ve ayırt edeceği şekilde” düzenlenmeliydi. Sonuç olarak, bilinçli ve planlı olarak, 4857 sayılı Kanun bakımından etkili olması düşünüldüğü açıkça anlaşılmayan hükümlerin yorumunda son derece hassas davranılması gerektiği kanısındayız. Bu bağlamda, etkileme tartışmalarının odağındaki hükümleri aşağıda inceleyeceğiz.

3. Etkileme Tartışmalarının Odağındaki Hükümler

a) İhbar süreleri

4857 sayılı Kanun’da, ihbar sürelerinin kısaltılmayacağı; ancak sözleşmeyle artırılabilceği Borçlar Kanunu’na paralel olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık sözleşme ile arttırılan bildirim sürelerinin taraflar bakımından eşit şekilde uygulanması yolunda bir hüküm yoktur.

Bizce, “Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da

en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır” şeklindeki yeni Borçlar Kanunu hükmünün (m.432) 4857 sayılı İş Kanunu bakımından uygulama alanı bulmaması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üç temel eleştirinin tümü bu görüşümüzü desteklemektedir.

Öncelikle, iş güvencesi getiren “işçiyi koruma” yolunda çok büyük bir adım atan 4857 sayılı Kanuna “tarafların eşitliği” ekseninde bir hükmün ithal edilmesi, bu kanuna tabi çalışanlar için öngörülen hassas menfaat dengesini bozacaktır.

İkinci olarak, “Borçlar Kanunu’nun İsabetsiz Yapısı” başlığı altında belirttiğimiz her cümle buraya tam manasıyla uymaktadır: İhbar sürelerinin eşitliği anlayışı, artık çağın gerisinde kalan bir düşüncedir. Söz konusu anlayış teknik açıdan da eleştiriye açıktır; ihbar sürelerini düzenleyen hüküm, tek bir norm olarak görünmekle birlikte, işçi ve işveren bakımından ihbar sürelerinin ayrı birer norm olduğunu kabul etmek isabetli görünmektedir. Zira, artık fesih kavramı, işçi ve işveren bakımından aynı anlama gelmemekte, eşdeğer nitelikte bulunmamaktadır⁵⁰. Dolayısıyla, işçi ve işveren bakımından farklı ihbar sürelerinin öngörülmesi, hatta işçi bakımından ihbar sürelerinin kısaltılabilmesi artık çağdaş iş hukukunun bir gereğidir. İşçinin feshe karşı korunması düşüncesi 4857 sayılı Kanunun ruhuna işlemiş, eksiklik ve hatalarına rağmen, iş hukukumuzu çağdaş Batı Avrupa hukuklarının düzeyine çıkarmıştır. İş sözleşmesinin feshinde tarafların eşitliği gibi bir düşüncenin 4857 sayılı Kanun bakımından yeri yoktur.

Nihayet, bu farklılığın İş Kanunu’nun bir boşluğu olmadığını, 4857 sayılı Kanunu hazırlayan Komisyonun ve kanunkoyucunun bilinçli olarak ihbar sürelerinin eşitliği anlayışını tamamen benimsemediğini düşünüyoruz⁵¹. Sonuç olarak, bu hüküm 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi ilişkilerde etkili olmamalıdır⁵².

b) Haklı fesih ve yazılılık koşulu

Borçlar Kanunu’nun 435. maddesine göre, taraflardan her biri sözleşmeyi derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Haklı fesih

için öngörülen bu hükmün, 4857 İş Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri bakımından uygulanarak yazılı fesih bildirimini geçerlilik koşulu haline getireceği düşüncesine⁵³ katılmamaktayız.

Alpagut'un da son derece yerinde olarak ifade ettiği gibi, "boşluk kavramının bu denli geniş tutulması, kavramın özüne aykırı olduğu gibi, hukuk güvenliğine de aykırıdır. Üstelik haklı nedenle feshin özünde sözleşmeye devamın katlanılamaz, beklenilemez hallerde sözleşmeyi sona erdirilmesi imkanının yattığı dikkate alındığında, bu yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesinin isabet derecesi de tartışmalıdır"⁵⁴. Buna göre söz konusu hükmün de 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkiler bakımından etkili olmaması gerektiği kanısındayız.

c) (Haksız) fesih tazminatı

Yine, yeni Borçlar Kanunu'nda, 6 aya kadar öngörülen haksız fesih tazminatının aksi yönde ağırlık kazandığı görülen yaklaşıma rağmen⁵⁵ 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkiler bakımından belirsiz süreli iş sözleşmelerinde geçerli olmaması gerektiği kanısındayız. Yukarıda belirttiğimiz gerekçe ve eleştirilerin yine tümü burada da geçerli bulunmaktadır.

Öncelikle, 4857 sayılı Kanunda öngörülen her tazminatın işçi ve işveren bakımından hassas bir denge içinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı Kanunda, iş güvencesi tazminatının mutlak emredici bir yapıda düzenlendiği bir sistem öngörülmüş olması, kanunkoyucunun kurmaya çalıştığı dengenin hassasiyetini somut şekilde göstermektedir. Dolayısıyla bu yapıya dışarıdan önemli bir tazminat hükmü ithal edilmesi, bu kanuna tabi çalışanlar için öngörülen hassas menfaat dengesini bozacaktır.

İkinci olarak, "Borçlar Kanunu'nun İsbetsiz Yapısı" başlığı altında belirttiğimiz hususlar yine burada da geçerli bulunmaktadır. Borçlar Kanunu'nda öncelikle yapılması gereken işçiye asgari düzeyde bir iş güvencesi sağlayan ve kıdemini ödüllendiren bir hüküm getirmektir. Bu yapılmaksızın oluşturulan yapı bizce son derece tutarsız olmuştur. İşçiyi asgari düzeyde feshe karşı korumayan bir Kanunun haksız fesih durumunda işçinin kişilik haklarını koruduğunu söy-

lemek bize son derecede çelişkili gelmektedir.

Bizce İsviçre Borçlar Kanunu, "bilim dışı" ve "çağdışı" bir kanundur. Bir yandan ihbar sürelerinin arttırılmasında eşitlikten söz etmekte, öte yandan ihbar sürelerine uymamanın sonuçlarını işçi ve işveren bakımından farklı şekilde düzenlemektedir. Kötüniyet tazminatını, işçi ve işveren bakımından söz konusu olabilecek bir tazminat gibi düzenlemekte, üstelik işçi bakımından söz konusu olabilecek kötüniyetli fesih alternatiflerini tek tek saymaktadır (İBK m.336)⁵⁶.

Kötüniyet tazminatını teorik olarak mümkün görünmekle birlikte, işçinin sözleşmeyi feshi bakımından söz konusu olabileceği bir örneğe Batı Avrupa iş hukuku tarihinde sıkça rastlamanın mümkün olmadığı kanısındayız. Ancak, burada vurguladığımız "kanunun ruhu"dur. İsviçre Borçlar Kanunu, hâlâ çağdaş iş hukukunun olmazsa olmaz koşulu işçinin feshe karşı korunmasını asgari düzeyde dahi yakalayamamış, " tarafların eşitliği" gibi çağdaş iş hukukuna aykırı bir anlayış, İsviçre Borçlar Kanunu'nun özüne sinmiştir. Dolayısıyla, bizce bugün öncelikli olarak yapılması gereken bu tutarsız yapıyı objektif biçimde ortaya koymak ve bunun ne şekilde çözümlenebileceğini tartışmaktır. Bu yapılmaksızın söz konusu tutarsız, isabetsiz, dengesiz hükümleri olduğu gibi kabul etmek, üstüne üstlük 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkilere yansıtılmak yerinde bir yaklaşım olmayacaktır.

Üstelik aksi görüşte olan yazarların bile, tereddütlerini gizleyemediği açıkça görülmektedir. Söz konusu tazminatın 4857 sayılı Kanun kapsamındaki ilişkilerde de etkisini kabul eden Soyer, bu hükmün yaratacağı maddi külfet nedeni ile eleştiri konusu olacağını ifade etmektedir. Yazar ayrıca, Borçlar Kanunu yapılırken izlenen yönteme ilişkin ayrıntılı ve isabetli eleştiriler getirmektedir⁵⁷.

Borçlar Kanunu hükümlerinin yorumu ile temel görüşlerimizin genel olarak yakınlık arzettiği Alpagut, söz konusu tazminatın uygulanması konusuna tereddütlü ifadelerle yaklaşmakta, bunun uygulanacağını kabul etmekte, ancak işçinin manevi zararının doğması koşulu ile sınırlandırmaya çalışmaktadır⁵⁸.

Akyiğit, ölüm tazminatı ile ilgili inceleme-sinde⁵⁹, aksi görüşün de savunulabileceğini "...

konu her iki yönde de görüş ileri sürmeye zemin hazırlayacak gibi gözükmektedir” ifadesi ile ortaya koymakta ve “...aslında bu tartışmaların kökeninde İsviçre BK hükümlerini, onlarda farklı iş yasaları veya benzer farklı ödemeler bulunup bulunmadığını araştırmaksızın neredeyse birebir tercüme yoluyla Türk hukukuna aktarmanın yattığını söylemek yanlış olmaz”⁶⁰ diyerek sorunun kaynağını son derece isabetli biçimde dile getirmektedir.

Söz konusu tazminatın İş Kanunu’na tabi ilişkilerde uygulanabileceğini kabul eden Doğan Yenisey de, “...bu hükmün kötüniet tazminatı ile olan ilişkisi İsviçre’de oldukça tartışılmış, kötüniet tazminatı ile haksız fesih tazminatının aynı olayda birleşmeyeceği kabul edilmiştir. Ancak İsviçre’de bu iki hükmün düzenleniş biçimi ve öngörülen tazminat miktarları aynıdır. Bu açıdan Borçlar Kanunu’ndaki düzenleme sorun yaratabilecek niteliktedir”⁶¹ anlatımına yer vererek çekincelerini ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere, aksi görüşteki tüm yazarlar görüşlerini deyim yerindeyse birtakım rezervler koyarak dile getirmekte, neredeyse hiçbiri tam anlamı ile ortaya çıkan tablo için “olması gereken hukuk budur” diyememektedir. Bize göre, tam anlamı ile “olması gereken budur” diyemiyor ve iş ilişkisini etkileyen hükümleri içimize sindiremiyorsak, yapmamız gereken bu hükümleri kabul etme değil, reddetme yolunu seçmektir.

4857 sayılı Kanun, sağlam bir güvencesi modeli getirmiştir. Bu sistem içine dışarıdan tazminat ithal etmenin hiçbir mantıklı açıklaması yoktur. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için ise, kıdem tazminatı, ihbar ve kötüniet tazminatı kurumları mevcuttur. Ayrıca ayırmacılık tazminatı da özel olarak düzenlenmiştir. İşçi bunların dışında haksız fesih neticesinde uğradığı maddi ve manevi zararı varsa, bunları kanıtlamak koşulu ile işverenden isteyebilir. Biz İş Kanunu’nda bu konuda hiçbir boşluk bulunmadığını düşünüyoruz. İsviçre hukukunda, sadece ihbar süreleri ve kötüniet tazminatı ile işçiye sağlanan korumanın yetersiz kalacağı düşüncesiyle getirilen bu hükmün, haksız fesih durumunda, her çalışma yılı için işçinin 30 günlük ücreti tutarında olan ve oldukça güçlü

olarak nitelendirebileceğimiz kıdem tazminatını öngören bir sistemde yeri olmadığı kanısındayız. Sonuç olarak, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından bu tazminat 4857 sayılı Kanuna tabi iş ilişkileri için söz konusu olmamalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise, “isabetsiz de bulsak”, bu tazminatın devreye girmesi mümkün görünmektedir. Ancak buradaki hata, Borçlar Kanunu’ndan değil; 4857 sayılı İş Kanunu’nun kendisinden kaynaklanmaktadır. Bize göre, İş Kanunu’nun tüm yönleri ile belirli süreli sözleşmeyi düzenlemesi gerekirdi. Bunun yapılaş koşullarını düzenlerken, sona ermesinin hukuki sonuçları ile ilgili düzenlemelerde deyim yerindeyse topun başka bir kanuna atılması kanun tekniği açısından isabetsiz olmuştur. Üstelik, 4857 sayılı Kanun yapılırken yürürlükteki BK hükümlerinde, belirli süreli sözleşmelerin sona ermesinin sonuçlarını doğrudan düzenleyen bir hüküm dahi mevcut değildi. BK m.325 hükmü özel olarak belirli süreli sözleşmeler için getirilmiş olmayıp, esasen işverenin temerrüdünün hukuki sonuçlarını düzenlemektedir.

d) Ölüm tazminatı

Borçlar Kanunu’nun 440. maddesine göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, 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”. Bu tazminatın 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da uygulanabileceğine ilişkin görüşler, yeni Kanuna ilişkin bilimsel toplantılarda dile getirilmeye başlanmış bulunmaktadır. Akyiğit, Basın İş Kanunu’nda bu konuda ölüm tazminatı bulunduğunu belirtmekte, ancak diğer iş kanunları bakımından uygulanabileceği sonucuna ulaşmaktadır. Yazar, Borçlar Kanunu’nda ölüm tazminatının belirli bir kıdem gerektirmeyişini ve kapsama aldığı kişi farklılığını görüşüne dayanak yapmaktadır⁶². Doğan Yenisey de Basın İş Kanunu’nun tartışma yaratabileceğini belirtmekte, ancak diğer iş kanunları açısından ölüm tazminatını uygulanabilir bulmaktadır⁶³. Soyer’e göre, bu hüküm İsviçre

doktrininde ölüm sebebine dayalı kıdem tazminatına eklenmek suretiyle yorumlanmaktadır. Buradan hareket eden ve maddenin kıdem tazminatı ile ilişkisini sorgulayan yazar "...kıdem tazminatına hak kazanılmayan hallerde sadece yeni yasadaki ödemenin yapılacağı açıktır" sonucuna ulaşmaktadır⁶⁴.

Ancak kanımızca, bu yorumun açık olduğunu öne sürmek mümkün görünmemektedir. Öncelikle, yukarıda belirttiğimiz gerekçeler, burada da geçerliliğini korumaktadır. Özel olarak kanunkoyucu İş Kanunu kapsamındaki işçileri düşünmemiştir; sadece İsviçre Borçlar Kanunu'nun çevirisi söz konusudur ve düzenlemenin eleştiriye açık birçok noktası vardır. Burada gereksiz yere "mirasçı" yerine "bakmakla yükümlü olduğu kişilerden" söz edilmesi ya da kıdem tazminatından farklı olarak "1 yıllık kıdem" koşulunun aranmamış olması, söz konusu tazminatın İş Kanunu bakımından devreye sokulmasına yeterli gerekçeler olarak görülemez. Bu konuda Alpagut'un da belirttiği gibi; "...İş Kanunu'nda işçinin ölümüne ilişkin olarak parasal sonuç bağlanmış olup, yasa bu hali kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında saymıştır. Dolayısıyla bu noktada bir boşluğun varlığından söz etmek isabetli görünmemektedir. Yasa koyucunun gerekçede açıkça İş Kanunu kapsamı dışındakiler için getirdiğini belirttiği hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasında bu husus dikkate alınmalıdır. Esasen liberal bakış açısıyla kapsam dahilindeki işçilere kıdem tazminatı hakkı tanımayan yasanın, ölüm gibi bir durumda geride kalanların mağdur olmamasından hareketle tanıdığı bu hakkı İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından da ilave bir hak olarak kabul etmek, boşluk kavramından uzaklaşarak lehe olan hükümlerin toplanması suretiyle yeni kurallar demeti yaratmaya götürecektir"⁶⁵. Bu değerlendirmeye aynen katıldığımızı ifade etmeliyiz.

V. Nerede Yanlış Yapıldı?

1. İsviçre'den Kanun Almak Artık Bilimsel Olarak Kabul Edilebilir Değildir

Çalışmamızın birçok yerinde de ifade ettiğimi-

miz üzere, yeni Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri ciddi hata ve eksiklikler içermektedir. Bunun ana kaynağı İsviçre'dir ve İsviçre hukukunun kendisi bu tutarsızlıkların kaynağıdır. İhbar süresinin arttırılmasında mutlak eşitlik ararken, ihbar tazminatına ilişkin farklı hüküm getirilmesi bunun en çarpıcı örneğidir. Açıkça ifade etmek gerekir ise, bugün artık İsviçre'den kanun almak, hele iş ilişkilerine ilişkin bir kanun almak bilimsel yönden kabul edilebilir değildir.

2. Kanunkoyucu İş Kanunlarını Dikkate Almamıştır ve Uygulamaya Hakimiyeti Zayıftır

Borçlar Kanunu hazırlanırken kanunkoyucu cezai şart, ibra sözleşmesi gibi birkaç hüküm dışında İş Kanunlarını hiç dikkate almamıştır. Bugün "Borçlar Kanunu'nda pazarlamacılık sözleşmesinin düzenlenmiş olma nedenini, pazarlamacıların İş Kanunu kapsamına girip girmeyeceği" ciddi bir tartışma konusudur⁶⁶. Esasen kanunkoyucu, pazarlamacı olarak çalışan kişilerin Türk iş hukukundaki sorunları ile hiç ilgilenmemiş, sadece ilgili hükümleri aynen tercüme etme yoluna gitmiştir. Buna göre kanunkoyucunun uygulama yönünün zafiyeti de açık biçimde görünmektedir. Borçlar Kanunu'nun hemen her hükmünün üzerini "kırmızı kalemle" hatalıdır şeklinde çizmek mümkün görünmektedir. İbra sözleşmesinden söz edilmektedir, ortada ibra sözleşmesi yoktur. Cezai şartın karşılıklılığı noktasında aşırıya kaçılmıştır. Karşılıklılık ilkesi esas uygulanması gereken rekabet yasağında yer bulamamış, daha önce de ifade ettiğimiz üzere Anayasa'ya aykırı bir durum yaratılmıştır⁶⁷. Kanunda, neredeyse bir tane bile isabetli hüküm bulmaya olanak bulunmamaktadır!

3. Kanunun Yorumunda Ayrıntılara Odaklanması, "Büyük Resmin" Gözden Kaçırılmasına Neden Olmaktadır

Bizce bugün öncelikli olarak yapılması gereken, İş Kanunu'nda (bizce varlığı kuşkulu) boş-

lukları kapatmaya değil; Borçlar Kanununun “boşluklarına” odaklanmak olacaktır. Fesih ile ilgili hükümler düzenlenirken, kanunkoyucunun düzenlemesi gereken temel konu belirsiz süreli sözleşmenin feshini bir miktar güçleştirecek ve kıdemi ödüllendirecek bir düzenleme getirmek idi. Yani kanunlar arasında en azından bir denge, paralellik sağlanmalıydı. Yukarıda belirttiğimiz gibi, yeni Borçlar Kanunu’nda 30 yıllık kıdeme sahip olsa dahi, işçinin iş sözleşmesini ihbar süresine uyararak fesheden işverenin işçiye hiçbir tazminat ödeme yükümlülüğü öngörülmemektedir. Yani kanunkoyucu tarafından, fesih ile ilgili getirilmesi gereken temel hüküm Kanunda yoktur.

Buna karşılık, çalışmamızda önce de vurguladığımız gibi, yapılan yayınlar ve bilimsel makalelerde, bu konu bugüne kadar gündeme getirilmiş değildir. Ancak, 6 aylık fesih tazminatın neden öngörüldüğü, 30 günlük sürenin niteliği, 10 yılı aşan belirli süreli sözleşmenin nasıl feshedileceği, aylık ücretin 1/4’ü tutarındaki tazminatın nasıl hesaplanacağı, ölüm tazminatında geride kalanların kimler olduğu, bunun hesabı ve buna benzer birçok konu son derece kapsamlı biçimde, Federal Mahkeme kararlarından ve İsviçreli hukukçulardan alıntı ve örnekler ile tartışılmaktadır. Bu çalışmaların değerine ilişkin hiçbir sözümüz yoktur. Ancak eleştirimiz yönetime ilişkindir: Ayrıntıya odaklanmak, “büyük resmin” gözden kaçırılmasına sebep olmaktadır!

Kanımızca, iş hukuku camiası Borçlar Kanunu’nun “ayrıntı”sıyla değil, özüyle ve ruhuyla, hem de hiç vakit kaybetmeden ilgilenmeye başlamalıdır. Özellikle “ayrıntı” sözünün altını çizmek istiyoruz. Zira bize göre Borçlar Kanunu çok sayıda “gereksiz” ayrıntı ile doludur. Başından sonuna kadar okunduğunda akılda kalmamakta, hemen her hükmünün uygulanmasında tartışma bulunmaktadır. Bu da bizce son derece yanlış bir durumdur. Artık çağımızın iş hukukunda soyutluğa, belirsizliğe yer yoktur. Günümüz iş hukukunun temel özelliklerinden birisi “gerçekçilik”tir⁶⁸. Çağdaş bir iş mevzuatı da “gerçekçi”, “net”, “kolay anlaşılır” nitelikte olmalıdır. Buna karşılık Borçlar

Kanunu’nun iş sözleşmesinin neredeyse tüm hükümleri tartışmaya açık, belirsiz, soyut bir nitelik taşımaktadır.

Biz, kanunkoyucunun fesih ile ilgili getirdiği Borçlar Kanunu hükümlerinin bütünlük içinde doğru planlanmadığını düşünüyoruz. Gerçekten, İsviçre gibi geri kalmış bir iş hukuku sistemi aynen adapte edilmiştir. Şimdi de, tüm bu eleştiriler ve değerlendirmeler göz önüne alınmaksızın, bizzat kendisi “esaslı boşluklar” içeren yeni Borçlar Kanunu, İş Kanunu’nun yanına konulmakta, her iki kanun kıyaslanmakta, İş Kanunu’nda benzer bir hüküm eğer yoksa, BK’daki hükmün genel hüküm olması dolayısı ile uygulanabileceği görüşleri ortaya atılmaktadır.

İş Kanunu’na göre çok daha ilkel ve geri bir zihniyete sahip bir kanunun, bazı bilimsel toplantılarda nasıl “çağdaş” olarak vasıflandırıldığını anlamakta zorlanıyoruz. Özüyle, ruhuyla, hemen her hükmü ile geri bir kanun, nasıl kendisinden kat kat ileri bir kanunun “boşluğunu” kapatabilir sorusuna biz yanıt veremiyoruz. Bizce ortada boşluklar vardır; ancak bunlar İş Kanunu’nda değil, yeni Borçlar Kanunu’ndadır. Bizce bu büyük resim gözden kaçırılmakta, BK hükümleri tek tek sanki olması gereken isabetli hükümler gibi ele alınmakta, bunları İş Kanunu’nun yanına koyduğunda görülen farklılıklar (örneğin ölüm tazminatından yararlanacak kişilerde yaratılan bizce isabetsiz farklılıkta olduğu gibi) İş Kanunu’nun boşlukları olarak nitelendirilmektedir. Alpagut’un da isabetli olarak ifade ettiği gibi, “...boşluk kavramının bu denli geniş tutulması, kavramın özüne aykırı olduğu gibi, hukuk güvenliğine de aykırı” düşecektir⁶⁹.

VI. Çözüm: İş Hukukunun Bağımsızlığı

Ünlü iş hukukçusu Lyon-Caen 1974 yılında bir makale yazar: “Medeni Hukuk Genel İlkelinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine”. Makale Fransa’da çok büyük bir yankı yaratır. Zira iş hukukunun özgünlüğü en çarpıcı biçimde ifade edilmekte ve iş hukukunun bağımsızlığı tezi ortaya atılmaktadır. Lyon-Caen, amacını şu şekilde açıklar: “...Bu çalışma, temele ilişkin

bir yenilemeden çok, yeni bir anlatıma yönelik; yapıcı olmaktan çok, uyumsuz olan kavramları yıkmaya yönelik bir denemedir”.

Yazar bilindik kavramları masaya yatırır ve iş hukukunda bunlara vereceğimiz anlamı sorular: “...Gerçekten, bağımsız bir iş hukukunun oluşması, öncelikle mekanik biçimde aktarılan bazı deyim ve kavramların terk edilmesini gerektirmektedir. Bunlar; irade beyanı, taraflar, karşılıklı borçlar, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, adli fesih, sözleşme kusuru, dava, yargı, ifa, hata, örf ve adet, içtihat, uygulama gibi nötr sözcük ve kavramlardır”⁷⁰.

Bugün yeni Borçlar Kanunu'na ilişkin sorunları doğru biçimde değerlendirebilmemiz ve çözüm yollarını ortaya koyabilmemiz için, Lyon-Caen'ın, Ali Güzel Hocamız tarafından dilimize kazandırılan bu makalesini okuyarak işe başlamamız gerekir. 1983 yılında ülkemizde basılan ve kütüphane sistemlerimizin bugünkü durumu dikkate alındığında bulması güç olan bu makaleyi Sayın Hocamızın yeniden yayımlaması çok isabetli olacaktır. Zira, bugün yaşadığımız sorunların temelinde, iş hukukunun yerinin doğru biçimde kavranmaması yatmaktadır. İş hukuku yargısıyla, maddi hukuku ile kendine özgü doğası olan bir hukuk disiplini. Kanunları yaparken de (burada yeni Ticaret Kanunu, Medeni Usul Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun hepsini kastediyoruz) iş hukukunun özelliklerini bilmeden hareket etmemek gerekir.

Bizce, çağdaş iş hukukunda genel kanunların uygulama alanı mümkün olduğunca daraltılmalı, özel iş kanunları, iş ilişkilerini mümkün olduğunca eksiksiz biçimde düzenlemelidir. Bunun yapılmamış olması, 4857 sayılı Kanunda bu fırsatın kaçırılması, esasen bugün karşılaştığımız olumsuz tablonun başlıca nedenidir.

4857 sayılı Kanun, ülkemize iş güvencesi getirmiş ve iş hukukumuzu yarım asır ileriye taşımıştır. Bunu takdir etmemek çok büyük bir haksızlık olur. Ancak öte yandan kanunkoyucu geçmişten gelen hatalardan da kendini kurtaramamıştır. Birçok düzenleme gereksiz yere Borçlar Kanunu'na bırakılmıştır. Neden işverenin sorumluluğu İş Kanunu'nda düzenlenmez? Bu sorumluluk kusurlu mu, kusursuz sorumluluk mu olmalıdır? Kaçınılmazlık kavramının

iş hukukunda taşıdığı anlam nedir? Buna karar verecek olan borçlar hukukçuları mı olmalıdır?

Neden ibraname İş Kanunu'nda yoktur? Bunlara çok sayıda soru eklenebilir. İş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler ekseninde baktığımızda, belirli süreli sözleşmeler açısından da durum farklı değildir. Belirli süreli sözleşmelerin sona ermesine ilişkin hukuki sonuçlar neden Borçlar Kanunu'na bırakılmıştır?

Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu gibi kanunlar ile bütünlük yaratmak ve Borçlar Kanunu'nu, tüm bu kanunların “boşluklarını örten” bir kanun olması gerektiği gibi düşünmek bu hatanın hukuki temelini oluşturmaktadır. Oysa, Basın ve Deniz İş Kanunlarının durumu ortadadır. Bunlar yeni gelişmeler karşısında ciddi anlamda erozyona uğramıştır ve acilen düzenlenmeleri gerekmektedir. Bu kanunları birbirinden ayrı ve bağımsız şekilde düzenlemek (ki maalesef öyle olacak gibi görünmektedir) bizce isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.

Bu kanunların kapsamı içinde kalan çalışanları, 4857 sayılı Kanun kapsamına almak, ancak gerektiği noktalarda farklı hükümler ya da istisna hükümleri getirmek en isabetli yoldur. Bizce küçük işletmelerin ekonomik güçsüzlüğü dikkate alınarak bunların hukuki durumunun Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi de isabetli değildir. Yapılması gereken, bunları İş Kanunu kapsamına almak, ancak öngörülen hakları kısmen azaltmaktan ibaretti. Yani, küçük esnaf işletmesinde çalışana da kıdem tazminatı hakkı öngörülmeliydi. Belki 5 gün veya 10 gün olarak belirlenmeliydi ama her halde eşitlik ve adalet gereği böyle bir tazminat hakkı olmalıydı. Bu işçilerin İsviçre hukukunun saçmalıklarına mahkûm edilmesi için hiçbir haklı gerekçe yoktu.

Oysa, İş Kanunu hazırlanırken, kanunkoyucu 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışan işçilerin iş ilişkilerine ilişkin bir kısım düzenlemelerin Borçlar Kanunu'nda yer almasını doğal olarak kabul etmiştir. Sonuç ortadadır: Medeni hukukçuları ve borçlar hukukçuları, iş ilişkilerini derinden etkileyecek hükümleri düzenlemeye kalkışmışlar ve sonuçta bir iş hukukçusu olarak içimize sindirmemizin mümkün olmadığı kurallar demeti ortaya çıkarmışlardır.

Biz günümüzde, özel iş kanunlarının, genel kanunlardan mümkün olduğunca az etkilene-

cek şekilde “tam ve eksiksiz biçimde” düzenlenmesinin gerekli olduğuna yürekten inanıyoruz. İdealimizdeki iş hukuku, yargısıyla, maddi hukuk boyutu ile genel hukuktan mümkün olduğunca “bağımsız” bir iş hukukudur.

Bu düşüncemiz, usul hükümleri açısından da aynen geçerlidir: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, genel rejime bağlamak sureti ile iş yargısına verdiği zararlar son derece vahim olmuştur. Uzun bir süre, hukukçular ne tür dava açacaklarını tespit edemediklerinden hak arama hürriyeti ülkemizde kısıtlanmıştır. İş yargısının “ucuzluğu” ilkesi, bu kanunla adeta yerle bir edilmiştir. İş yargısının basitliği, işçinin bizzat davasını takip edebilecek şekilde kolay olması ilkesi tamamen ortadan kaldırılmıştır. İş yargısının hızlı işlemesi ise, Batı’da geçerli “sulh” mekanizmasını etkili kılmak yerine, kesin süreler koymak, avukat, hakim ve bilirkişiler üzerinde baskı oluşturarak sağlanmaya çalışılmıştır. Buradaki hata da bizce hiç farklı değildir: İş hukukunun özelliğini gözden kaçırmak ve genel rejim ile irtibatlandırmak.

Biz iş kanunlarının ve iş ilişkisini etkileyen her türlü kanunun, medeni usul ya da borçlar hukukçularının değil, doğrudan “uygulamayı iyi bilen” iş hukukçularının elinden çıkması gerektiği kanısındayız. İş hukukunun yargısıyla, maddi hukukuyla kendine özgü kuralları olduğu görüşündeyiz. Bu yaklaşımı, gerek kanunların düzenlenme tekniğinde, gerekse de yorumunda aynı şekilde benimsiyoruz.

Yeni Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve Medeni Usul Kanunu’ndaki kuralların, zengin İsviçre içtihadı (bkz. dn. 4’de yollama yapılan istatistikler!) ve doktrini ışığında hukukumuzda ne şekilde yorumlanması gerektiğini tartışmanın yanısıra, bunlara neden mahkûm edildiğimizin artık sorgulanması gerektiği kanısındayız. Yaşadığımız hukuk faciaları karşısında, Lyon-Caen’in deyimi ile “yapıcı olmaktan çok, uyumsuz olan kavramları yıkmaya yönelik” bilimsel seslerin daha gür çıkması gerektiğine inanıyoruz.

DİPNOTLAR

1 G. Aubert, Les sources du droit du travail en Suisse, Teyssié, Bernard (Dir.), Les sources du droit du travail, Paris: Presses Universitaires de France, 1998, 103.

- 2 Aubert, Les sources du droit du travail en Suisse, 103.
- 3 Bazı çalışmaları bu tespitten ayrı tutmak gerekir kanısındayız. Öncelikle, Ö. Ekmekçi’yi bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Yazar kanunkoyucunun yaptığı hataları çarpıcı biçimde ifade etmekte, açıkça “gaf” yapıldığını açıklamaktadır: Şirket Bölünmesi Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi, İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Ticaret Kanunu Çelişkisi, SİCİL Aralık 2011, 154 vd.; Borçlar Kanununa yönelik eleştiriler için ayrıca bkz.: N. Çelik, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 5 vd.; G. Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 124 vd.
- 4 İstatistik için: <http://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-publikationen/federal-pub-geschaeftsbericht.htm>.
- 5 Bkz. M. Alp, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum, 32/1, 2012, 51 vd.; Ekmekçi, Şirket Bölünmesi Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi, İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Ticaret Kanunu Çelişkisi, 154 vd.
- 6 E. Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, 180 vd.
- 7 C. Marzo/F. Lecomte, Le refus d’être transféré: Droit comparé, Droit social Juin 2010, 700 vd.
- 8 A. Supiot, Les salariés ne sont pas à vendre (en finir avec l’envers de l’article L.122-12 alinéa2), Droit Social, 2006, 266 vd.
- 9 upiot, Les salariés ne sont pas à vendre (en finir avec l’envers de l’article L.122-12 alinéa2), 264 vd.
- 10 Yeni Borçlar Kanunu’nun “çağdaş” ve “ileri” olduğu yönünde görüşler ileri sürülmeye başlanmıştır. Bu yönde: E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), SİCİL, Haziran 2011, 30. Bu görüşe katılmadığımızı, Kanunu çağdaş bulmadığımız gibi, ciddi hukuki ve teknik hatalarla dolu olduğunu düşündüğümüzü ifade etmek gerekir. Çalışmamızın hemen her yerinde söz konusu hata ve eksiklikler vurgulanmış bulunmaktadır.
- 11 P. Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15.; E. Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, SİCİL, Haziran 2011, 32 vd.; K. Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler -Tebliğler, On İki Levha yay., İstanbul 2012, 324-325; E. Gülver, Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, Legal İHD, Cilt: 8, Sayı: 31, 2011, 1020-1021.
- 12 E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.
- 13 E. Özdemir, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, SİCİL, Aralık 2011, 107.

- 14 Tazminata hükmedilirken İsviçre hukukunda kabul edilen “işçinin yaşı, sosyal seviyesi, feshin kişisel değerlere etkisi, kötü niyetli olup olmaması” gibi ölçütler bunun haklı sebebe dayanmayan fesihlere özgülendiğini göstermektedir. Nitekim, İsviçre’de bu maddenin getirilmesindeki amacın da “işverenin haklı feshe kolayca sığınmasını önlemek” olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17.
- 15 Fesih hakkının kötüye kullanılması teorisi, işverenin bildirimli fesih hakkını sınırlandırmak amacıyla hizmet eder. Buna göre, işçinin hizmet sözleşmesini haklı biçimde sona erdirmesi durumunda, fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilemez. Nitekim, Yargıtay da sözleşmenin işçinin haklı nedenle ya da başka bir şekilde feshi halinde de kötüniyet tazminatına karar verilemeyeceğini kabul etmiştir (Y.9HD, 08.05.2002, 219/7309, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 16 Engin, Hizmet Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul 2003, 20-21.
- 17 Engin, Hizmet Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, 21.
- 18 Kötüniyet tazminatı ve ispatı konusunda bkz. E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta yay., İstanbul 2006, 339 vd.
- 19 Özdemir, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, 108-109.
- 20 Bu konudaki eleştiri ve değerlendirmeler için bkz.: P. Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15.
- 21 M. Ekonomi, Türk İş Hukukunda Esnekleşme Geceği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik, Ankara 1995, 27-28.
- 22 Değerlendirme için bkz. ve krş. N. Çelik: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetsiz Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 7.
- 23 A. Mazeaud, Droit du Travail, LGDJ, Paris 2002, 315.
- 24 Weiss/Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer law International, 2000, 103.
- 25 Pélissier/Supiot/Jeamnaud, Droit du Travail, Dalloz 2002, 482-483.
- 26 Y.9.HD, 11.5.1984, E.1984/4638 K.1984/5209, Yasa D., Kasım 1985, 1601-1602; Y.9.HD, 7.10.1985, E.1985/6513 K.1985/9139 ve Ekonomi’nin eleştirisi, İHU, İş K. m. 13, (No.25).
- 27 E. Özdemir, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, 565; Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15.
- 28 Weiss/Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, 103.
- 29 Weiss/Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, 103.
- 30 Buna göre, işçiye karşı işverenin uyacağı bildirim süresi, işverene karşı işçinin uyacağı bildirim süresinden daha kısa olarak kararlaştırılmayacak, aksi halde işveren kararlaştırılan daha uzun süreye uyacaktır. Buna karşılık, işverenin uyacağı süre işçininkinden daha uzun ise, bu uzun süre geçerli sayılacaktır. Bu konudaki görüşler için bkz. M. Ekonomi, İş Hukuku, İstanbul 1984, 170, 184; T. Esener, İş Hukuku, Ankara 1978, 225; N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, 193; E. T. Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, 55; F. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 138.
- 31 N. Çelik de hükmü isabetsiz bulmaktadır: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetsiz Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 7.
- 32 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 36-38.
- 33 Bkz. B. Güneş/F. B. Mutlay, Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunlar Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, Sayı: 30, 2011/3, 272.
- 34 Y.9HD, 16.03.2011, E. 2009/6334, K. 2011/7184, www.legalbank.net.
- 35 Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 13-14; G. Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 141-142; Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 326-327.
- 36 Bu yöndeki eleştiriler için bkz: Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 13-14; Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 326-327.
- 37 Bkz. Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 141-142.
- 38 Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 14.
- 39 Sürenin hak düşürücü niteliği: Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 16.
- 40 Doğan Yenisey, İsviçre Hukukunda 30 günlük sürenin sadece aylık ücretin 1/4’üne ilişkin tazminat için söz konusu olduğunu belirtmektedir (Hizmet Sözleşmesi, 332-333).
- 41 Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 193.
- 42 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.
- 43 Tazminata hükmedilirken İsviçre Hukukunda kabul edilen “işçinin yaşı, sosyal seviyesi, feshin kişisel değerlere etkisi, kötü niyetli olup olmaması” gibi ölçütler bunun haklı se-

- bebe dayanmayan fesihlere özgülendiğini göstermektedir. Nitekim, İsviçre'de bu maddenin getirilmesindeki amacın da "işverenin haklı feshi kolayca sığınmasını önlemek" olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17.
- 44 Bu yönde: Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.
- 45 Bu hükmün İş K. kapsamındaki işçilere uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu ortaya attıktan sonra Soyer; "... Borçlar Kanunundaki düzenlemenin genel nitelikte olması bu sorunun olumlu şekilde yanıtlanmasını gerektirmektedir" demektedir, ancak daha sonra bunun çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu eklemektedir. Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17.
- 46 Bkz. E. Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2001, İstanbul TİSK yay., 179-180.
- 47 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 128-129.
- 48 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 128-129.
- 49 E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.
- 50 E. Özdemir, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:54, Sayı:3, 113-115.
- 51 İhbar sürelerinin işçi bakımından azaltılmayacağı öngörüldüğünden, burada "tamamen benimsenmediği" ifadesini kullanıyoruz. Bu anlayış, isabetsiz olarak "kısmen" kanunkoyucu tarafından benimsenmiştir.
- 52 Alpagut'a göre de İş Kanununa ilişkiler bakımından mevcut ve isabetli Yargıtay içtihadı korunmalıdır: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 145-146.
- 53 Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15; Gülver, Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, 1010-1011.
- 54 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 148-149.
- 55 Aksi yönde: E. Gülver, Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, 1020-1021; Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17; Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 332; Manevi zarar ile sınırlı olarak aksi yönde: Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 149-150.
- 56 İsviçre Borçlar Kanununun, kanımızca tam bir "garabet" niteliği taşıyan bu hükmünün aynen benimsenmemesi son derece isabetli olmuştur.
- 57 Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15.
- 58 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 149-150.
- 59 Akyiğit'in görüşü esasen "ölüm tazminatı" ile bağlantılıdır. Ancak yazarın bu kapsamda referans gösterilebileceği kanısındayız, zira yazar Borçlar Kanunu'nun genel kanun olması dolayısıyla geniş biçimde uygulama alanı bulabileceği görüşüne yakın bir pozisyon almaktadır. Yazar açıkça "...kişisel eğilimimiz, TBK'nın diğer iş yasaları karşısında genel kanun konumunu taşıdığı ve onlarda boşluk bulunan hallerde TBK hükümlerinin bu boşluğu dolduracağı yönündedir" diyerek duruşunu ortaya koymaktadır (Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 39).
- 60 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.
- 61 Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 332.
- 62 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.
- 63 Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 324-325.
- 64 Soyer; "...Borçlar Kanunundaki düzenlemenin genel nitelikte olması bu sorunun olumlu şekilde yanıtlanmasını gerektirmektedir" demektedir, ancak daha sonra bunun çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu eklemektedir Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15.
- 65 G. Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHD, Cilt: 8, Sayı: 31, 2001, 942.
- 66 Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin olarak bkz. E. Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku - Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 177 vd.
- 67 Özdemir, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, 109 vd.
- 68 Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku - Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 170-171.
- 69 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 148-149.
- 70 G. Lyon-Caen (çev. A. Güzel) Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine (Bir Yaklaşım), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezinin Sosyal Siyaset Konferansları, 32-33. Kitaptan ayrıbasım, İstanbul 1983, 261.