

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE İHBAR ÖNELLERİNİN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Prof. Dr. M. Polat Soyer*

I. İş sözleşmesinin feshinde uyulması gereken ihbar önelleri, mevzuatımızda -bir istisna dışında- taraflar için eşit olarak belirlenmiş¹ ve bu önellerin asgarî oldukları; fakat sözleşmelerle artırılacakları öngörülmüştür². 818 sayılı Borçlar Kanununda ise, taraflar için farklı feshi ihbar önelleri kararlaştırılmayacağı hükme bağlanmış³, ancak, bu kurala aykırılığın sonucu düzenlenmemiştir. Bu nedenle sorun, o dönemde öğreti ve uygulamayı daima meşgul eden önemli bir konu olmuştur⁴. Gerçi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İsviçre Borçlar Kanununda 1971 yılında yapılan değişikliğe paralel olarak bu ihtimalde uzun olan önelin iki taraf için de geçerli olacağını öngören bir hükme yer vermiştir⁵. Ancak, bu düzenlemenin iş yasalarına tâbi olanlar hakkında uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öğretide bir görüş birliği olmadığı gibi, Yargıtay'ın da bu hususta henüz bir kararı yoktur.

II. Taraflar için farklı feshi ihbar önelleri kararlaştırılmasına izin vermeden fakat, buna aykırılığın sonuçlarını da düzenlemeyen eski İsviçre Borçlar Kanunu (Art. 347 Abs. 3=BK md. 340 f. 3) zamanında konu İsviçre öğretisinde de geniş bir tartışma alanı bulmuştur: Bir görüşe göre, eşitlik ilkesinin sözleş-

* KKTC Yakın Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

¹ TBK md. 432 f. 2; İşK md. 17 f. 2; DenişK md. 16/B. Buna karşılık Basın İş Kanununda, gazeteci tarafından yapılacak fesihlerde ihbar öneli bir ay olarak belirlendiği halde (md. 7), en az beş yıl kıdemi olan bir gazeteci açısından işverenin uyması gereken ihbar öneli üç ay olarak tespit edilmiştir (md. 6 f. 4).

² TBK md. 432 f. 3; İşK md. 17 f. 3; DenişK md. 16/C; BasışK md. 8. Oysa, 818 Sayılı Borçlar Kanununda ve kaynak İsviçre Borçlar Kanununda önellerin asgarî olduğuna ilişkin bir hüküm yoktu; bu nedenle de yasada belirlenenden (BK md. 340 f. 2=Art. 347 Abs. 2 OR) daha kısa bir önel kararlaştırılması mümkün görülmekte idi (bkz. Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., 2. Teil, Art. 184-418, Zürich, 1936, Art. 347 N. 21; Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s. 189; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, İstanbul, 1974, s. 469). O dönemde, sadece bir yıldan fazla devam eden hizmet akitlerinde iki hafta olan ihbar önelinin bir haftaya kadar kısaltılabileceği öngörülmüştü (BK md. 341 f. 1- 2). İsviçre Borçlar Kanunu ise, yine bir yıldan fazla süren hizmet ilişkilerinde iki ay olan feshi ihbar süresinin bazı işçiler (Angestellten) açısından, bir aya; diğer bütün işçiler bakımından ise, iki haftaya kadar kısaltılmasına izin vermişti (Art. 348 Abs. 1-2).

³ BK md. 340 f. 3.

⁴ Bkz. Soyer, İsviçre Hukuku ile Alman Hukukunda İşçi ve İşveren İçin Farklı Feshi İhbar Önellerinin Sözleşmeyle Kabul Edilmesi Sorunu -Doktrinadaki Bazı Görüşler ve Yasal Gelişmeler- Yasa Hukuk Dergisi, Aralık 1978, s. 1097-2003 ve orada dn. 1'de belirtilen kaynaklar.

⁵ TBK md. 432 f. 5.

melerle bozulduğu hallerde kararlaştırılan öneler yasal önelden kısa ise⁶, kararlaştırılan önelerden uzun olanı; buna karşılık, kararlaştırılan öneler yasal önelden uzun ise, kararlaştırılan önelerden kısa olanı; diğer hallerde de, yasal önel her iki taraf için geçerli olmalıdır⁷. Bir başka görüşe göre ise, eşitlik ilkesinin amacı, işveren tarafından yapılacak fesihler için daha kısa önel kararlaştırılmasını veya önelin tamamen kaldırılmasını önlemektir. Eşitlik hakkındaki kuralın amacını sözünden üstün tutmak gerektiği içindir ki, işçi yararına olmak üzere, işçinin daha kısa; işverenin ise daha uzun önel ile bağlı olacakları yönündeki bir anlaşmayı geçerli saymak yerinde olur⁸.

Türk hukukundaki duruma gelince: Öncelikle 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 340 f. 3 hükmünün iş yasalarına tâbi iş sözleşmelerinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda -geçmişte yapılan- tartışmalara kısaca değinmekte yarar görülmektedir. Çünkü bu tartışmalar, bugünkü uygulamanın ne yönde olması gerektiğine ilişkin arayışlara da ışık tutacak niteliktedir: Yukarıda da değinildiği gibi, iş yasalarımızda, sadece, ihbar önellerinin asgarî olduğu ve sözleşmelerle artırılabilmesi düzenlenmiştir⁹; fakat, önelin eşit olması gerektiğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak öğreti, son derece isabetli olarak, Borçlar Kanununda yer alan ihbar önelinin eşitliği ilkesinin iş yasalarına tâbi iş ilişkilerinde de (genel hüküm olarak) uygulanması gerektiğini kabul etmiştir¹⁰.

Diğer taraftan, BK md. 340 f. 3 hükmüne verilecek anlam konusunda geçmişte, Türk Hukukunda da İsviçre öğretisine paralel bir tartışma yaşandığını kaydetmek gerekir: Gerçekten, bu konuda öğretinin bir kesimi, BK md. 340 f. 3 hükmünün emredici bir kural olduğundan hareketle, ihbar önelinde eşitlik ilkesine aykırı olan düzenlemelerin mutlak butlanla sakatlandığını; bunun yerini, kanundaki önelin alacağını kabul etmiştir¹¹. Buna karşılık bir başka görüş, butlanın ancak, işveren lehinde daha kısa önel kararlaştırılmış olması hâlinde söz konusu olacağını; bu durumda da kanundaki önelin geçerli olması gerektiğini; fakat, işçi lehinde daha kısa önel kararlaştırılmışsa, bunun

⁶ Bkz. Dn. 2'deki açıklama.

⁷ Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI Obligationenrecht II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern, 1934, Art. 347 N. 16; eserinin birinci basısında aynı görüşte, Lang, Der Dienstvertrag, Zürich, 1912, Art. 347 N. 3a.

⁸ Bkz. Oser/Schönenberger, Art. 347 N. 24-26. Yazar, Art. 347 N.25'te Hug (Das Kündigungsrecht nach schweizerischem und unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Arbeitsrecht, Diss., 2. Bd., Zürich, 1927, s. 180-197) ve eserinin ikinci basısında Lang (Kommentar zum Dienstvertrag, 2. Aufl., Aarau, 1930, Art. 347 N. 3) tarafından da bu görüşün savunulduğuna işaret etmektedir.

⁹ İşK md. 17 f. 3; DenişK md. 16/C; BasışK md. 8.

¹⁰ Atabek, İş Aktinin Feshi, İstanbul, 1938, s. 60-61; Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s. 558; Oğuzman, s. 192; Edis, İşveren ve İşçi İçin Eşit Olmayan Feshi İhbar Öneli Sözleşmeyle Kabul Edilebilir mi ? BATİDER C. IV, Sa. 3, 1968, s. 541; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul, 1974, s. 152; aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi ile Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar, Çalışma ve Toplum, 2011/4 (31), s. 18-19; Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara, 1987, s. 55.

¹¹ Saymen, s. 558, Oğuzman, s. 190-192; Tunçomağ, s. 916; İş Kanunu'nun taraf menfaatlerini telif eden bir kanun olduğu gerekçesiyle, Selçukî, İlmî-Kazâî İçtihatlarla İş Kanunu, İstanbul, 1973, s. 228-229; ayrıca bkz. Çil, İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 734.

geçerli sayılacağını benimsemiştir¹². Yargıtay ise, öteden beri, işçiye karşı açılan ihbar tazminatı ile ilgili dâvâlarda, ihbar önellerinin asgarî olduğunu ve sözleşmelerle artırılabilceğini öngören yasa hükümlerinin işçiyi koruma ilkesi uyarınca ancak işçi yararına artırma izin verdiğini; bu nedenle de, ihbar önelleri artırılmış olsa dahi, işçi aleyhinde ihbar tazminatına hükmedilirken yasal önel üzerinden hesaplama yapılması gerektiğini karar altına almaktadır¹³.

Bu düşüncenin benimsenemeyeceğinde şüphe yoktur: Gerçekten, iş yasaları, sadece, ihbar önellerinin asgarî olduklarını belirtmekte, fakat bu önellerin *- taraflar açısından herhangi bir ayırım yapmaksızın-* artırılabilceğini düzenlemektedir¹⁴. Sözü edilen yasalarda *işçinin uyması gereken ihbar önellerinin sözleşmelerle artırılamayacağına dair en küçük bir "emare" yoktur*. Bu yasaların uygulanması bakımından önemli olan, sadece, yasal önellerin altına inilememesidir; fakat bu önellerin her iki taraf için artırılmasına engel bir durum mevcut değildir¹⁵.

III. Ne var ki, yukarıda da değinildiği üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 340 f. 3 hükmünü karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu md. 347 f. 3 kuralı 1971 yılında değiştirilerek¹⁶, taraflar için farklı feshi ihbar önelleri kararlaştırılması hâlinde uzun önelin her iki taraf için de uygulanacağı öngörülmüştür (Art. 335a OR) ¹⁷. Yeni Türk Borçlar Kanunu ile birlikte bu hüküm 1.7.2012 tarihinden itibaren uygulanmak üzere hukukumuzda dâhil olmuştur (md. 432 f. 5). Diğer taraftan İsviçre’de, anılan madde, 1.1.1989 tarihinde yapılan değişik-

¹² Atabek, s. 63-64. Ayrıca bkz. Çelik, s. 152; aynı yazar, Çalışma ve Toplum, 2011/4 (31), s. 18-19; Ekonomi, İş Hukuku C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1984, s. 170; Kaplan, s. 55; Esener’ e göre, sadece işveren tarafından yapılacak fesihlerde bildirim sürelerinin uzatılması mümkün olmalıdır (İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978, s. 225); aynı yazar, İş Hukuku, Genel Kavramlar, C. I, Ankara, 1968, s. 39 [Yazar, işveren tarafından uyulması gereken önelin işçinin uyacağı önelden daha kısa belirlenmesi hâlinde, uzun önelin her iki taraf için de geçerli olması gerektiğini kaydetmektedir (aynı yer s. 39). Aynı yönde, Edis, 540-542]. Çenberci ‘ye göre de, önellerin sadece işveren yararına artırılmasını öngören sözleşmeler, işçinin korunması esası ile bağdaşmayacağı için, geçerli sayılamaz (İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara, 1986, s. 307); aynı yönde, Şen, Bildirimli Fesihte İhbar Önellerinin Toplu İş Sözleşmesiyle Artırılması Durumunda İhbar Tazminatı, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, 2004, C. 7, Sa. 3, s. 83; Engin, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul, 1999, s. 148; Özdemir, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD 2005, C. 54, Sa. 3, s. 114-115.

¹³ Bkz. Y9HD, 11.5.1984, E. 1984/4638, K. 1984/5209, Kararevi.com; Y9HD, 7.10.1985, E. 1985/6513, K. 1985/3139 ve Ekonomi’nin incelemesi, İHU İşK 13 (No: 25); Y9HD, 4.3.1998, E.1998/564, K.1998/3399, Kazancı.com; Y9HD, 29.9.1998, E. 1998/11002/K.1998/13716, Kazancı.com; Y9HD, 30.4.2002, E. 2001/20615, K. 2002/6298 ve Şen’in incelemesi, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, 2004, C. 7, Sa. 3, s. 75 vd.

¹⁴ Bkz. Dn. 2.

¹⁵ Yargıtay içtihadının haklı eleştirisi için bkz. Ekonomi, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, Sa. 4, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, s. 11-12; Şen, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, 2004, C. 7, Sa. 3, s. 87-90; Süzek, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 2015, s. 556; ayrıca bkz. Güzel, İHU, İşK 13 (No: 12); Kaplan, s. 69 vd

¹⁶ 25.6.1971 (yürürlük, 1.1.1972) Art. 336 Abs. 2; aynı hüküm 18.3.1988 tarihli yasa değişiklikleriyle (yürürlük, 1.1.1989) yasanın 335a maddesinin 1. fıkrasında (Art. 335a Abs. 1) yer almıştır.

¹⁷ Avusturya Medeni Kanunu da aynı ilkeyi benimsemiştir (Art. 1159c, cümle 2 ABGB).

liklerle birlikte, işçi ve işveren aleyhinde değiştirilemeyecek (emredici) hükümler listesinden (Art. 361 OR) çıkarılmıştır. Yasa önerisinin federal meclise sunulan gerekçesine göre, bunun nedeni, hükmün zaten, eşitlik ilkesinin ihlali hâlinde uzun önelin iki taraf için de geçerli olacağını öngörmesi nedeniyle, emredici hükümler arasında sayılmasının (zikredilmesinin) gereksiz hâle gelmiş olmasıdır¹⁸. Bu hükmü karşılayan Türk Borçlar Kanunu md. 432 f. 5 kuralını da İsviçre Hukuku doğrultusunda (mutlak) emredici nitelikte kabul etmek ve farklı önel kararlaştırılan hallerde sözleşmenin bu hükmünü geçersiz sayarak¹⁹ uzun önelin iki taraf için de uygulanacağı sonucuna varmak gerekmektedir²⁰.

Belirtilmelidir ki, İsviçre Hukukundaki bu çözüm tarzı, koruma ilkesinin eşitlik ilkesine fedâ edilmiş olması nedeniyle eleştirilmektedir²¹. Ne var ki öğretti, 1971 yılında getirilen bu hükmü İsviçre yasa koyucusunun bütün eleştirilere rağmen 1988 revizyonu²² sırasında değiştirmemiş olmasını, artık yasada öngörülenden farklı bir sonucuna varılmayacağını bir işareti saymakta ve yasanın sözü dışındaki bütün sonuçlara ancak bir yasa değişikliği ile ulaşılabilirliğini kabul etmektedir²³. Türk Borçlar Kanunu daha tasarı hâlinde iken ve yasalaştıktan sonra defalarca ifade ettiğim gibi, işçi için kısa; işveren için uzun önel kararlaştırılan hallerde, işçi tarafından yapılan bir feshi uzun önele tâbi tutmanın savunulabilir bir gerekçesi yoktur²⁴. Nitekim Almanya'da 1969 yılın-

¹⁸ Botschaft 9.5.1984, BBl 1984, II, s. 616-617; hükmün mutlak emredici nitelikte olduğu yönünde, Staehelin, Der Arbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, V2c, OR-Art. 319-362, 3. Aufl., Zürich, 1996, Art. 335a N. 13; Streiff/Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag-Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich, 2012, Art. 335a N. 6; Rehbinde/Stöckli, Der Arbeitsvertrag, Art 331-335 und Art. 361-362 OR, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bern, 2014, Art. 335a N. 5.

¹⁹ Bkz. Staehelin, Art. 335a N. 8; Rehbinde/Stöckli, Art. 335a N. 3.

²⁰ İsviçre Hukukunda emredicilik ilkesinin tek istisnası, işverenin iş sözleşmesini ekonomik nedenlerle feshetmesi veya benzeri nedenlerle fesih yoluna gitme amacını ortaya koyması hâlidir. Yasa sadece bu ihtimal için işçi lehine daha kısa önel kararlaştırılmasına izin vermiştir (Art. 335a Abs. 2). Bu istisnanın amacı, işçinin de iş sözleşmesini feshederek mümkün olduğu kadar kısa süre içinde başka bir işte çalışma olanağına kavuşmasını sağlamaktır. Staehelin, Art. 335a N. 10; Rehbinde/Stöckli, Art. 335a N. 4. Bu hüküm Türk Borçlar Kanununa alınmamıştır.

²¹ Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern, 1976, s. 231. Rehbinde/Stöckli de, işveren menfaatlerinin bu derece korunmasına Avrupa ülkelerinde pek sık rastlanmadığını kaydetmektedir. Art. 335a N. 2. Yasa önerisinin gerekçesinde ise, taraflardan hangisinin daha çok korunması gerektiği, emek piyasasının durumuna ve iktisadi konjonktüre göre değişeceğinden, yasal düzenlemenin "her koşulda uygulanabilecek ve taraf menfaatleri arasında mantıklı bir denge kurabilecek nitelikte olması" fikrinden hareket edilerek hazırlandığı ifade edilmektedir. Botschaft 9.5.1984, BBl 1984, II, s. 587-588.

²² Bkz. Dn. 16.

²³ Streiff/Kaenel/Rudolph, Art. 335a N. 4.

²⁴ Bkz. Soyer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, 2008, s. 162; aynı yazar, Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, Galatasaray Üniversitesi ile İstanbul Barosu Tarafından Ortaklaşa Düzenlenen İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2012, s. 193; aynı yazar, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil, Haziran 2011, s. 15; aynı yazar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleş-

da çıkarılan bir yasa²⁵ ile Medeni Kanun'un 622. paragrafına eklenen fıkrada (Abs. 5) ²⁶ sözleşmenin işçi tarafından feshinde işverenin tâbi olduğu önele göre daha uzun bir önel kararlaştırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin pratik sonucu, işveren tarafından yapılacak fesihlerde işçinin uyması gereken önele göre daha uzun bir önelinin kararlaştırılabilecek olmasıdır²⁷.

İsviçre Hukukunda emredici nitelikteki eşitlik ilkesinin toplu iş sözleşmeleriyle dahi işçi lehinde değiştirilemeyeceği kabul edilmektedir²⁸. Aynı sonucun TBK md. 432 f. 5 hükmü bakımından da kabul edilmesi gerekir²⁹. Bu görüşün pratik sonucu, toplu iş sözleşmeleriyle artık işverenin tâbi olacağı öneli artırarak belli ölçüde fesih güvencesi getirmenin işçi sendikaları bakımından bir anlamının kalmamış olmasıdır³⁰.

Türk Borçlar Kanunu md. 432 f. 5 hükmünün uygulama alanına gelince: Öğretide bir görüş, söz konusu düzenlemenin İş Kanunu'na tâbi iş sözleşmele-

mesi"ne ilişkin "Bazı" Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından 25 Mayıs 2012 Tarihinde Düzenlenen İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Semineri, İstanbul, 2012, s. 39-40; aynı yazar, Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Tarafından 20-21 Şubat 2013'te Ankara'da Düzenlenen İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Ankara, 2013, s. 12. Özdemir de, işçi için daha kısa önel kararlaştırılmayacağı yönündeki tabunun işçi yıkılması gerektiğini; bu nedenle de yeni yasadaki düzenlemenin yerinde görülemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Sicil, Aralık 2011, s. 109. Aynı makale, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler" başlığı altında Yavuz Armağanı, s. 561-571'de de yayınlanmıştır.

²⁵ Gesetz zur Änderung des Kündigungsrechtes und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften (Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969), BGBl 1969 II s. 1106.

²⁶ Bu hüküm, 7. 10. 1993 tarihli Feshi İhbar Öneli Hakkındaki Kanun (Kündigungsfristengesetz, BGBl I, s. 1668) ile yeniden düzenlenmiştir ve halen Alman Medeni Kanunu'nun 622. paragrafının 6. fıkrasında yer almaktadır (bkz. Hesse, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München, 2012, BGB § 622 Rn. 1). Açıklamalarımız bu hükme göre yapılmaktadır.

²⁷ Henssler/Willemsen/Kalb/Bittner, ArbeitsrechtKommentar, Köln, 2004, § 622 BGB Rz. 58; Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udscing/Gotthardt, Beck'scher On-Line Kommentar Arbeitsrecht (Stand: 1.3. 2015), BGB § 622, Rn. 62; Müller-Glöge, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., 2016, BGB 622 § 622 Rn. 43. İşçi aleyhinde uzun önel kararlaştırılması hâlinde ise, iki taraf için de yasal önelin değil, uzun önelin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Hesse, BGB § 622 Rn. 107; Ascheid/Preis/Schmidt/Linck, Kündigungrecht, 4. Aufl., 2012, BGB § 622 Rn. 171; Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 16. Aufl., Stuttgart, 2004, s. 147, N. 447, Alman Federal İş Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndedir. Bkz. BAG (2. 6. 2005), AP BGB § 622 Nr. 63=NZA 2005, s. 1176.

²⁸ Staehelin, Art. 335a N. 8; Streiff/Kaenel/Rudolph, Art. 335a N. 2.

²⁹ Alman Hukukunda ise, 1969 yılında çıkarılan yasa (bkz. Dn. 25) ile işçi tarafından yapılan fesihlerde işverene göre daha uzun önel kararlaştırılmaması sadece iş sözleşmeleri bakımından yasaklanmış, ancak 1993 değişiklikleri (bkz. Dn. 26) sırasında bu sınırlama bilinçli olarak kaldırılmıştır. Bu durum karşısında, Alman Hukukunda da işçinin daha uzun önelle bağlı tutulmasının toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılması mümkün görülmemektedir. Bkz. Hesse, BGB § 622 Rn. 102; Rolfs/Giesen/ Kreikebohm/Udscing/Gotthardt, BeckOK § 622 BGB Rn. 62; Ascheid/Preis/Schmidt/ Linck, § 622 BGB, Rn. 171.

³⁰ İhbar önelinin toplu iş sözleşmesiyle işveren aleyhinde artırılmasının sınırı konusundaki tartışmalar için, bkz. Çelik, Çalışma ve Toplum, 2011/4 (31), s. 19 vd.

rinde uygulanmayacağını; bu alanda, işçi için daha uzun önel kararlaştırılmayacağına ilişkin Yargıtay içtihadının değiştirilmesine gerek bulunmadığını ileri sürmektedir³¹. Bir başka görüş, aynı sonuca, iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğinden ve hukuk kurallarının iş hukuku alanında maddi eşitliği sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiği fikrinden hareket ederek ulaşmaktadır³². Nihayet son bir görüş, ihbar önellerinin asgarî olup sözleşmelerle artırılabilmesine ilişkin hükmün nispi emredici etkisinin, artırımın işçi aleyhinde olmaması anlamında kendini göstereceğini; bu nedenle de Türk Borçlar Kanunu md. 432 f. 5 hükmünün sadece İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalanlar hakkında uygulanacağını kabul etmektedir³³.

Daha önceki yazılarımda³⁴, TBK md. 432 f. 5 hükmünün İş Kanununa tâbi iş sözleşmelerinde de uygulanacağını (gerekçeleriyle³⁵) açıklamıştım. Burada tekrar belirtmem gerekir ki, İş Kanununda sadece ihbar önellerinin asgarî olduğu ve sözleşmelerle artırılabilmesi düzenlenmiş fakat artırımın hangi esaslara tâbi olduğu konusunda hiçbir esas öngörülmemiştir. Bu nedenle, sözleşmelerle farklı önel kararlaştırılmasının hukuki sonucu hakkında İş Kanununda bir boşluk vardır ve bu boşluğun Türk Borçlar Kanunu'nun (genel nitelikteki) hükmüyle doldurulması gerekmektedir. Nitekim, 3008 sayılı İş Kanunu döneminden başlayarak yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar geçen süre içinde öğreti görüşü bu yönde oluşmuştur³⁶. Şimdi (beğenilmeyen) yeni hüküm (TBK 432 f. 5) dolayısıyla farklı bir görüşü savunmak hukuka uygun düşmez. Aksi takdirde, yasa maddelerinin sübjektif kanaatlere göre uygulanması ya da uygulanmaması gibi *son derece tehlikeli* bir sonuca ulaşılmış olur. İş Kanunundaki hükmün nispi emredici etkisi ise, sadece, kanunî önellerin altına inilememesinde kendini gösterebilir; yoksa, nispi emredicilikten, işveren aleyhinde daha uzun önel kararlaştırılabilmesi sonucu çıkarılamaz. Nihayet, iş hukukunun işçiyi koruma amacı ve hukuk kurallarının iş hukuku alanında maddi eşitliği sağlayacak şekilde yorumlanması gereği de farklı bir sonuca varılmasını gerektirmez; böyle bir yöntem, ancak yoruma elverişli bir hükmün bulunması hâlinde söz konusu olabilir³⁷. Oysa, buradaki sorun, bir hükmün işçi lehinde yorumlanmasıyla değil; İş Kanunundaki boşluğun genel hukuk prensipleri uyarınca doldurulmasıyla ilgilidir. Bu nedenlerle, farklı feshi ihbar önelleri kararlaştırılması hâlinde uzun önelin iki taraf için de bağlayıcı olacağına dair kural, İş Kanunu'na tâbi iş ilişkilerinde de uygulanır³⁸. Bu sonuç, Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren ilişkiler bakımından da geçerlidir.

³¹ Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHSGHD, 2011/31, s. 937.

³² Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2014, s. 907-908.

³³ Süzek, s. 543-544.

³⁴ Bkz. Dn. 24.

³⁵ Özellikle Soyler, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Semineri, İstanbul, 2012, s. 39, dn. 159.

³⁶ Bkz. Dn. 10'da anılan yazarlar.

³⁷ Nitekim, yukarıda da belirttiğim üzere, TBK md. 432 f. 5 hükmünü karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu md. 335a f.1 hükmü ile ilgili olarak İsviçre öğretisi, yasanın sözü dışındaki bütün sonuçlara ancak bir yasa değişikliği ile ulaşılabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Streiff/Kaenel/Rudolph, Art 335a N. 4.

³⁸ Sonuç itibarıyla aynı görüşte, Yürekli, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2011, s. 173; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul, 2015, s. 315.

Benim de isabetli bulmadığım bu (zorunlu) sonucu değiştirebilecek tek merci ise, yasama organıdır.

Ne var ki, Basın İş Kanunu bakımından farklı bir sonuca varılması gerektiği de belirtilmelidir³⁹: Çünkü, Basın İş Kanununda akdin (kıdemi ne olursa olsun) gazeteci tarafından feshinde uyulması gereken önel bir ay olarak öngörülmüş iken (md. 7), beş yıldan fazla kıdemi olan gazeteci karşısında işverenin tâbi tutulduğu önel üç ay olarak tespit edilmiştir (md. 6 f. 4). Bunun anlamı, Basın İş Kanununda işverenin daha uzun önel ile bağlanması düşüncesine üstünlük tanınmış olmasıdır. Yasa koyucunun bu tercihi karşısında artık TBK md. 432 f. 5 kuralında yer alan “uzun önelin iki taraf için de geçerli olması (mutlak eşitlik) ilkesi”ni Basın İş Kanunu bakımından uygulamak mümkün değildir.

IV. İşçi ve işveren için farklı feshi ihbar önelleri kararlaştırılmayacağına ilişkin kurala Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde düzenlemenin “sözünü aşan; fesih hakkının işçi aleyhinde tek taraflı olarak zorlaştırılmasını yasaklayan “genel bir hukuk idesi” olma işlevi de yüklenmektedir⁴⁰. Bunun, eşitlik ilkesinin uygulama alanını genişleterek iş yaşamında daha çok önem kazanmasına yol açan bir yaklaşım olduğunda kuşku yoktur. Bu konuda bazı örnekler vermek gerekirse, denilebilir ki:

-İş sözleşmesinin feshinde işçi aleyhinde kararlaştırılan tek taraflı cezai şartın geçersizliğine ilişkin hukukî düşünce, temelini ihbar önelllerinin eşitliği ilkesinde bulmaktadır⁴¹.

-İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, fesih hakkı, gerçekleşmesi sadece işverenin iradesine bağlı olan bir şarta bağlanamaz; bu görüşün hukukî gerekçesi de, ihbar önelllerinde eşitlik ilkesidir⁴².

-Benzer şekilde, Federal Mahkeme, ihbar önelllerinin eşit olduğu fakat önellerin işlemeye başlama (fesih) tarihini sadece (tek başına) işverenin belirle-

³⁹ Konuya ilişkin daha önceki yazılarımda bu ayırım yapılmamıştır. Tuncay (Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul, 1989, s. 79’da), işçi lehine farklı önel getirilmesinin mümkün olduğunu kaydetmektedir. Karş. Göktaş/Çil, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara, 2003, s. 37.

⁴⁰ Bkz. Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udscing/Gotthardt, BeckOK § 622 BGB Rn. 64; Bamberger/Roth/Fucshs, Beck’scher Online-Kommentar BGB, Stand; 1.5.2015, BGB § 622, Rn. 22; Hesse, BGB § 622 Rn. 104; Streiff/Kaenel/Rudolph, Art 335a N. 2; Rehbinder/Stöckli, Art. 335a N. 3; Staehelin, Art. 335a N. 2-4.

⁴¹ Bu görüşü hukukumuzda ilk kez 1993 yılında yayınlanan bir karar incelemesinde dile getirmiştim. Bkz. Soyer, İş Sözleşmesinin Feshi ve Cezai Şart, İş Hukuku Dergisi, C. III, Sa. 2, Nisan-Haziran 1993, s. 307-308 ve orada anılan Alman ve İsviçre öğretisi ve yargı kararları; ayrıca bkz. aynı yazar, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2000, s. 363 vd; Alman Hukukunda örneğin, Hesse, BGB § 622 Rn. 105; Bamberger/Roth/Fucshs, BeckOK BGB § 622 Rn. 22; BAG (9.3. 1972), AP Nr. 12 § 622 BGB Nr. 12, Leipold’un incelemesiyle; İsviçre Hukukunda örneğin, Streiff/Kaenel/Rudolph, Art 335a N. 2; Staehelin, Art. 335a N. 3. Türk Borçlar Kanunu, kaynak kanundan farklı olarak, bu yasağı (herhalde uygulamada taşıdığı önemi dikkate alarak) bir yasa maddesi hâline getirmiş bulunmaktadır (TBK md. 420 f. 1).

⁴² BG (15.3.1970), BGE 96 II 53 (55).

yebildiği hallerde eşitlik ilkesine aykırılık olduğuna hükmetmiştir⁴³. Bunun gibi, işçinin “belirli bir süre” için yurt dışında görevlendirildiği ve taraflar için eşit önel kararlaştırıldığı; fakat üç aylık ihbar önelinin işverenin işçiyi geri çağırması hâlinde işlemeye başlayacağını öngörüldüğü bir olayda da İsviçre Federal Mahkemesi, işverene tek taraflı olarak böyle bir yetki tanınmasını eşitlik ilkesine aykırı görerek geçersiz saymış ve yurt dışında görevlendirme süresinin sonuna kadar ücret ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁴.

-Yine, işverenin üç yıl süreli bir iş sözleşmesini ilk üç ay içinde feshedebileceğine dair tek taraflı kayıt, ihbar önelinde eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur⁴⁵.

-Nihayet, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, fesih hakkının belirli bir süre için tek taraflı olarak/işçi aleyhinde sınırlandırıldığı (asgarî süreli sözleşmenin sadece işçi için bağlayıcı olacağını öngörüldüğü) hallerde de eşitlik ilkesine aykırılık vardır⁴⁶.

-Bu listeye hukukumuz bakımından eklenebilecek bir başka örnek ise, ihbar önelerini iki taraf için eşit olarak artıran fakat peşin ödemeyle fesih hakkı yasal önelin uygulanacağını öngören bir sözleşme hükmünün eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmasıdır⁴⁷. Çünkü, peşin ödemeyle fesih hakkı - Basın İş Kanunu dışında (md. 5. f 2) - sadece işverene tanınmıştır ve işverenin işçi karşısında daha kısa bir önel imkânından yararlandırılması mümkün değildir.

V. Sonuç olarak, iş sözleşmesinin feshinde ihbar önelinin eşitliği ilkesi geçerlidir. Sözleşmelerle taraflar için farklı öneler öngörülmüşse, iki taraf için de uzun önel uygulanacaktır (TBK md. 432 f. 5). Bu kural emredici niteliktedir ve ne iş sözleşmeleri ne de toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilebilir. Eşitlik ilkesi ve bu ilkeye aykırılığın sonuçları, sadece Borçlar Kanununa değil; İş Kanununa ve Deniz İş Kanununa tâbi iş ilişkilerinde de uygulanır. Buna karşılık, Basın İş Kanununda işverenin daha uzun önel ile bağlı tutulması düşüncesine üstünlük tanınmış olması karşısında, sözleşmelerle işçinin işverene göre daha kısa ihbar öneli ile bağlı olacağını kararlaştırılması mümkündür. İhbar önelinde eşitlik ilkesinin, salt sözleşmenin sona ereceği tarihin belirlenmesi açısından değil; işçinin fesih hakkının işverene göre ağırlaştırılmasını önleme konusunda da önemli bir işlevi vardır ve ilkenin asıl önemi, belki de daha çok bu noktada ortaya çıkmaktadır.

⁴³ BG (28.6.1982), BGE 108 II 115 (kararın Almanca özet metni); Rehbinder/Stöckli, Art. 335a Anm. 2; Staehelin, 335a N. 3.

⁴⁴ BG (3.4.1990), BGE 116 II 145 (Erwägung 7); Rehbinder/Stöckli, Art. 335a Anm. 2; Streiff/Kaenel/Rudolph, Art. 3325a N. 2.

⁴⁵ Rehbinder/Stöckli, Art. 335a Anm. 2 ve orada anılan iş mahkemesi kararı.

⁴⁶ BG (5.4.1966), BGE 92 II 180 (kararın Almanca özet metni); Streiff/Kaenel/Rudolph, Art. 335a N. 2; Staehelin, Art. 335a N. 3.

⁴⁷ Bkz. Soyer, Bildirim Süresine Ait Ücretin Peşin Ödenerek Feshinde Daha Kısa Sürenin Tespit Edilememesi (Karar İncelemesi), İHD, C.II, Sa. 3, Temmuz-Eylül 1992, s. 409.