

TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN 439. MADDESİ VE İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İHBAR TAZMİNATI SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

(Art. 439 of the Turkish Code of Obligations and its Effect on
Termination Compensation Liability of the Employees
Covered by the Labor Act)

Yrd. Doç. Dr. Doruk UTKU*

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu m. 439 hizmet akdini haksız ve bildirim süresine uymadan fesheden işçilere uygulanacak yaptırımı düzenlemektedir. Maddede öngörülen temel yaptırım işçinin aylık ücretinin dörtte birine denk gelen bir götürü tazminat olup; işverenin bu miktarın üzerinde tazminat isteyebilmesi zararını genel kurallara uygun şekilde ispatlaması külfetine bağlanmıştır. İşverenin zararının olmadığı veya işçinin aylığının dörtte birinden az olduğunun anlaşılması halinde tazminat olarak hükmedilecek miktarın indirilebileceğini belirten ikinci fıkra, kanaatimizce, maddede öngörülen götürü tazminata “nispi götürü tazminat” niteliği kazandırmaktadır. Cezai tazminattan farklı olarak, götürü tazminata hükmetmek için en azından herhangi boyutta bir zararın varlığı gerektiğinden; işverenin hiçbir zararının olmadığı açıkça anlaşılması halinde tazminata hükmedilmemeli ve aksi yöndeki cezai şart anlaşması da geçersiz sayılmalıdır. Madenin son fıkrasında öngörülen otuz günlük hak düşürücü süre, sadece, tazminatı götürü tazminat olarak talep etme hakkına ilişkin olup; işverenin zararını ispatlamak şartıyla ileri sürebileceği tazminat taleplerinin genel zamanaşımı süresine tabi tutulmasını ve bu tazminat taleplerinin otuz günlük süre geçtikten sonra da, Türk Borçlar Kanunu m. 407/II’ye uyulduğu müddetçe takas yoluyla ileri sürülmesini engellemez. Hâkim görüş TBK m. 439’un sadece, İş Kanununa tabi olmayan hizmet akitlerine ve İş Kanununa tabi belirli süreli hizmet akitlerine tatbik edileceği yönündedir. Bizim fikrimize göre, işe başlamama veya işi haksız/bildirimsiz bırakma şeklindeki davranışı İş Kanununa tabi olmayan işçinin TBK m. 439’a göre ödeyeceği götürü tazminatın İş Kanunu m. 17 hükümlerine tabi olan işçinin ödeyeceği ihbar tazminatından önemli ölçüde az olması, İş Kanunu

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Öğretim Üyesi.

m. 17/IV'te bir örtülü boşluğa yol açmaktadır. Bu boşluğun TBK m. 439'un İş Kanununa tabi belirsiz süreli hizmet akitlerine de kıyasen uygulanmasıyla giderilmesi gerekir.

Anahtar kelimeler: Hizmet akdi, haksız fesih, usulsüz fesih, ihbar tazminatı, götürü tazminat, örtülü boşluk

Abstract

Art. 439 of Turkish Code of Obligations regulates the sanction that is to be applied to employees, who terminate employment contract without good cause and without complying the notice period. The main sanction foreseen in the Article is a lump sum damages award equal to a quarter of the monthly wage of the relevant employee. The possibility for an employer to claim compensation more than that amount is made dependent on fulfilling burden of proof for damages by general rules. In my opinion, the second clause of the Article stating that if it is understood that the employer suffered no damage or damages amount less than a quarter of the monthly wage of the employee, the compensation award then may be reduced, makes the compensation foreseen in the Article a 'rebuttable lump sum'. Since awarding lump sum compensation, unlike punitive damages, requires at least existence of a loss at any scale, if it is clearly understood that employer suffered no damage, then no compensation shall be awarded and any contrary penal damage clause in contract shall be considered invalid. The thirty days lapse of time period foreseen in the last clause of the Article is related only to the claims of lump sum compensation, and does not prevent the application of the general limitation period rules for the compensation claims based on evidences of factual damages as well as making set-off claims after expiry of the thirty days period provided that Art. 407/II of Turkish Code of Obligations is complied with. According to the prevailing opinion, provisions of Art. 439 of Turkish Code of Obligations shall apply only to the employment contracts that fall outside the scope of the Labor Act and to the fixed term employment contracts even if they are governed by the provisions of the Labor Act. In my opinion, much lesser amount of the lump sum compensation that shall be paid by an employee whose failure to take up his post or leaving it without good cause/notice is not subject to the provisions of the Labor Act than amount of the compensation that shall be paid by an employee whose such acts are subject to Art. 17 of the Labor Act, causes an implied lacuna in Art. 17/IV of the Labor Act. This implied lacuna should be redressed by applying Article 439 of Turkish Code of Obligations by analogy even to the open-ended employment contracts, which are subject to the provisions of the Labor Act.

Keywords: Employment contract, termination without good cause, termination without notice, termination compensation, lump sum indemnity, implied lacuna

GİRİŞ

6098 sayılı TBK m. 393 – 447 hükümleri genel hizmet akdini oldukça detaylı şekilde ve 818 sayılı eBK m. 313 – 352 hükümlerinin aksine çok da liberal sayılamayacak, menfaat dengesini daha ziyade işçiden yana kuracak bir tarzda tanzim etmiştir.

Büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanunundan tercüme yoluyla hazırlanan bu düzenlemeler, Türk İş Hukukunun (4857 sayılı İş Kanununun) kuralları ve prensipleri ile uyumlu olmadıkları, bir genel kanun için fazla ayrıntılı ve iş kanunları ile bağlantısı iyi kurgulanmamış hükümler içerdikleri, Türk İş Hukukuna göre geri kalmış durumda olan İsviçre Hukukundan fazla etkilenildiği yönünde eleştirilere uğramıştır¹.

Yapılan eleştirilerden önemli bir kısmı da belirsiz süreli hizmet akitlerinin olağan (haklı sebebe dayanmayan) feshinde feshi ihbar sürelerini düzenleyen TBK m. 432 ve işçinin ödemekle yükümlü tutulabileceği ihbar tazminatına ilişkin TBK m. 439 hükümlerine yöneliktir. Doktrinde bu hükümlerin 4857 sayılı İş Kanununa ve bu kanun çerçevesinde tesis edilmiş yerleşik Yargıtay içtihatlarına aykırı yönlerine dikkat çekilmekte, bilhassa da uygulamada yaratacakları belirsizlik vurgulanmaktadır².

Muhtemel tartışmaları ve belirsizlikleri önlemek için akla gelebilecek ilk yol TBK ile İş Kanunu arasındaki “genel kanun – özel kanun” ilişkisine dayanmaktır. Böylece, genel kanun olan TBK’nın hizmet akdine ilişkin yeni hükümlerinin ancak özel kanun niteliğindeki 4857 sayılı İş Kanununda aynı konunun hiç düzenlenmemiş olması halinde uygulanabileceği; İş Kanununda aynı konuya ilişkin bir düzenleme bulunması durumunda ise, ilgili TBK hükmünün İş Kanunu kapsamına

¹ Sedef **KOÇ**, “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Hizmet Sözleşmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Yıl 3, Sayı 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt I, 585-604, s. 585; Ömer **EKMEKÇİ**, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil, Mart 2009, Yıl 4, Sayı 13, 19-28, s. 22-23; Şeyda **AKTEKİN**, “Çalışma Mevzuatında Türk Borçlar Hukuku Devri”, İşveren Gazetesi, Yıl 48, Sayı 855, Şubat 2011, s. 12; Polat **SOYER**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin ‘Bazı’ Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer-25 Mayıs 2012, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, İstanbul 2012, 4-51, s. 51; Nuri **ÇELİK**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri”, Sicil, Mart 2012, Yıl 7, Sayı 25, 5-9, s. 6 vd.; A. Can **TUNCAY**, “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2012, Sayı 2, Cilt 26, 4-17, s. 4; Gülsevil **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 (20-21 Eylül 2011, İstanbul), Ankara 2012, 124-166, s. 126; Erdem **ÖZDEMİR**, “Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri ve 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları (26-30 Eylül 2012, Antalya), İstanbul 2012, 112-160, s. 113 vd.; Kübra **DOĞAN YENİSEY**, “Türk Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu (15-18 Ekim 2013, Antalya), İstanbul 2014, 78-110, s.109; Nuri **ÇELİK**/Nurşen **CANİKLİOĞLU**/Talat **CANBOLAT**, İş Hukuku Dersleri, 28. Bastı, İstanbul 2015, s. 109.

² Polat **SOYER**, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin ‘Yeni’ Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, Sicil, Haziran 2011, Yıl 6, Sayı 22, 12-21, s. 16; Başak **GÜNEŞ**/Faruk Barış **MUTLAY**, “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/3, Sayı 30, 231-288, s. 276; **DOĞAN YENİSEY**, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 102 ve 107; **ÇELİK**, s. 7; **ÖZDEMİR**, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 120 vd..

giren hizmet akitleri için tatbik edilemeyeceği sonucuna ulaşılır. Ne var ki, TBK hükümlerinin hizmet akitlerini 818 sayılı eBK'nın aksine çok detaylı şekilde ve üstelik liberal bir anlayışla değil, işçi menfaatlerini üstün tutacak tarzda, yani adeta yeni bir iş kanunu gibi düzenliyor olması söz konusu sonuca bu kadar basit bir mantıkla varılmasını güçleştirmektedir.

Çalışmamızda önce TBK m. 439 düzenlemesi ve bu düzenlemeye yönelik eleştiriler incelenecek; sonra da, TBK m. 439'un İş Kanunu kapsamındaki hizmet akdini haklı nedene dayanmadan (haksız) ve ihbar süresine uymadan (usulsüz) fesheden işçinin sorumluluğuna etkisi hakkında inceleme ve değerlendirme yapılacaktır.

I. TBK m. 439 Hakkında İnceleme

A. Götürü Tazminat Düzenlemesi ve Uygulanma Alanı

6098 sayılı TBK'nın "(i)şçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması" başlıklı 439'uncu maddesinin ilk fıkrası: "İşçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin³ dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır" şeklinde olup; aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları da: "İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir" ve "(t)azminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer" hükümlerini içermektedir. Mehazı İsviçre OR Art. 337d olan bu düzenlemenin, işçinin aylık ücretinin %25'ini aşan tazminat miktarı açısından herhangi bir "götürü tazminat" öngörmüş olmadığı; böyle bir tazminat talep eden işverenin iş-

³ Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 536'da hükümdeki "...aylık ücretin..." ifadesinin "net ücret" olarak anlaşılacağı İsviçre doktrinine atıfla belirtilmiştir. Oysa mehaz OR Art. 337d'nin tatbikine ilişkin bazı kararlarda net ücretin esas alınması İsviçre doktrininde hiç benimsenmemiş; işverenin usulsüz fesihle ödeyeceği tazminat brüt ücretten hesaplanırken (Türk Hukukunda İş Kanunu m. 17/VII), işçinin ödeyeceği tazminatta net ücretin dikkate alınmasının hatalı olduğu belirtilmiş; yabancı işçi ücretinden stopaj kesildiği hallerde bile işçinin ödeyeceği fesih tazminatının net ücretten hesaplanmasının yanlış olacağı vurgulanmıştır. Bkz. Manfred REHBINDER/Jean-Fritz STÖCKLI, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2. Auflage, Hrsg. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Bern 2014, Art. 337d No.3. Ayrıca: Christiane BRUNNER/Jean-Michel BÜHLER/Jean Bernard WAEBER/Christian BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Basel 2005, Art. 337d No.2; Ullin STREIFF/Adrian von KAENEL/ Roger RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art.337d No. 4; Adrian STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355, Art. 361-362 OR, 4. Auflage, Hrsg. Jörg Schmid, Zürich 2013, Art. 337d No. 10. Buradaki "net" ücretten (Nettolohn) kasıt hem stopajsız hem de "çıplak" (giydirilmemiş) ücrettir.

çinin işe başlamaması veya işi aniden bırakması sebebiyle doğan zararını⁴ ispat külfeti altında olduğu çok açıktır. İşçinin aylık ücretinin %25'ine denk gelen tazminat talebi içerse (tıpkı İş Kanunu m. 17/IV'te olduğu gibi) bir "götürü tazminat" (*Pauschalentschädigung*) hükmünün söz konusu olduğu gerek Türk doktrininde⁵ ve gerekse OR Art. 337d açısından İsviçre doktrininde⁶ kabul edilmektedir. Fakat işveren zararının olmadığına ya da işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az olduğunun anlaşılması halinde tazminat miktarını indirme hususunda hâkime takdir yetkisi veren TBK m. 439/II hükmünün, TBK m. 439/I'in götürü tazminat hükmü olma niteliğini önemli ölçüde zedelediğine ve bu hükmü aksi ispatlanabilir bir "zarar miktarı karinesi" ("nispi götürü tazminat"⁷) düzenlemesi haline çevirdiğine de dikkat edilmelidir⁸.

⁴ İşverenin işi bırakan işçinin yerine yeni işçi almak için yaptığı masraf, işçinin işi aniden bırakmasından doğan zarar değildir. Zira işçi işi aniden bırakmayıp, usulüne uygun fesih bildiriminde bulunarak işten ayrılıyorsa bile, işveren söz konusu masrafa yine katlanmak zorunda kalacaktır. Aynı yönde Ender **GÜLVER**, "Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 31, Yıl: 2011, 999-1029, s. 1026.

⁵ Bkz. E. Tuncay **SENYEN KAPLAN**, "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, 213-229, s. 227; **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun...", s. 145; Yeliz **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, *Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, İstanbul 2012, s. 366; Nurşen **CANIKLIOĞLU**, "Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", 10. Yılında İş Kanunu Semineri (15 Kasım 2013), İstanbul 2014, 74-120, s. 114; **GÜMÜŞ**, s. 536; Hamdi **MOLLAMAHMUTOĞLU/Muhittin ASTARLI/Ulaş BAYSAL**, *İş Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2014, s. 881; Sabahattin **YÜREKLİ**, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 288; Sarper **SÜZEK**, *İş Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 745.

⁶ **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 337d No. 4; Frank **EMMEL**, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft*, 2. Auflage, Hrsg. Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger, Zürich 2012, Art. 337d No. 2; **STAEHELIN**, Art.337d No. 9; **REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 337d No. 2; Wolfgang **PORTMANN**, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel 2015, Art. 337d No. 2. Fakat ayrıca bkz. aşağıda dn. 8.

⁷ "Nispi götürü tazminat", davalıya, davacı zararının götürü tazminat olarak talep edilen miktardan daha düşük olduğunu ispatlayarak tazminatın tamamını ödemekten kurtulma olanağını veren götürü tazminat hükümlerini ifade eder. Geniş bilgi için bkz. Tuba **BİRİNCİ UZUN**, *Götürü Tazminat*, Ankara 2015, s. 112 vd.. Nispi götürü tazminat hükümleri, doğrudan tazminata ilişkin olmaktan ziyade, zarar miktarının ispatına ilişkin düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Aynı fikirde Mehmet **ERDEM**, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, 97-124, s. 109; K. Berk **KAPANCI**, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, 655-683, s. 670. Aksi fikirde **BİRİNCİ UZUN**, s. 114.

⁸ Karş. **GÜMÜŞ**, s. 537. F. Burcu **SAVAŞ**, *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*, İstanbul 2012, s. 230-231: "(tazminat) ...maktu olarak belirlenmeyip, işverenin hiç zarara uğramaması ya da zararının daha az miktarda olması durumlarında hükmedilecek tazminat miktarında indirim yapma yetkisi hâkime tanınmıştır." Yazar bu ifadeyle aslında, TBK m. 439'daki tazminatın "nispi götürü tazminat olma" özelliğini belirtmektedir. TBK m. 439/II hükmünün

439/I'deki düzenlemeyi gerçek anlamda maktu tazminat olmaktan uzaklaştırdığını vurgulayan tüm ifadelerle kastedilmek istenen husus da esasen budur: Örn. **ALPAGUT**, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 145; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 366; Aziz Can **TUNCAY**/Fatma Burcu **SAVAŞ**, “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, 1175-1196, s.1192; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 744. İsviçre doktrininde OR Art. 377d/II açısından, işveren zararına yol açacak (ikame emek pahalılığı, kazançta düşme gibi) sebeplerin, ilk fıkradaki götürü tazminat hükmüne rağmen, yine de işverence “genel hatlarıyla” ortaya konulması veya hâkim tarafından anlaşılabilmesi gerektiği; işveren zararının düşüklüğü halinde hâkimin tazminatı işçinin aylık ücretinin dörtte birinden daha az takdir etmek zorunda olduğu gibi, zararın hiç olmadığı durumlarda da tazminat hakkını tümden yok saymak mecburiyetinde bulunduğu; aksi halde, düzenlemeye hükümde öngörülen “ispat külfetinin ters çevirilmesi” (*Beweislastumkehr*) fikri ile uyumsuz bir cezai tazminat niteliği atfedilmiş olacağı savunulmaktadır: **STAEHELİN**, Art. 337d No. 9; **EMMEL**, Art. 337d No. 2. Türk Hukuku açısından da benzer görüş belirtenler bulunmaktadır: Örn. **GÜLVER**, s. 1026-1027; **GÜMÜŞ**, s.537; **YÜREKLİ**, s. 289-290. Buna karşılık, bir başka görüş, işveren zararının olmadığını veya işçinin aylığının dörtte birinden az olduğunu ispat külfetinin tamamen işçinin üzerinde bulunduğunu; işverenin zararın varlığını inanılır kılmasını bile gerekmediğini; üstelik işverenin zarar görmediğinin ispatı halinde dahi hâkimin sadece tazminat miktarını indirmekle yetinebileceğini; hükmün hâkime bu yönde bir takdir yetkisi tanıdığını; maddedeki götürü tazminatın bu açıdan cezai karakter de taşıdığını ileri sürmektedir: **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 337d No.5; **REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 337d No.3; zararının olmadığı veya olduğu iddiasına karşı işverenin somut nedenlerle itiraz etmesi gerektiğini ifade etmekle birlikte, zararı inanılır kılmak gibi bir külfetinin bulunmadığını belirterek **PORTMANN**, Art. 337d No. 3. Türk Hukukunda da, işverenin zararını ispatlamasının gerekmediğini ve işveren zararının aylık ücretin dörtte birinden az olduğunu ispat yükünün işçinin üzerinde olduğunu özellikle vurgulayan yazarlar bulunmaktadır: Örn. Pınar **ALTINOK ORMANCI**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, s. 256; **SENYEN KAPLAN**, s. 227-228; **ALPAGUT**, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 145; **SAVAŞ**, s. 230 dn. 1270. Biz ilk görüşe taraftarız. TBK m. 439 I. ve II. fıkraların birlikte değerlendirilmesi, bu düzenlemede cezai tazminat öngörülmediğini; sadece, aksi her tür delille ispatlanabilecek bir “zarar miktarı karinesi” (nispi götürü tazminat) bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bu durumda, hâkimin somut olayın koşullarından işverenin karineye dayanamayacağını (karinenin aksinin varit olduğunu) kendiliğinden anlayabildiği hallerde artık işçiden herhangi bir ispatı yerine getirmesini beklemek anlamsız olacaktır. Öte yandan, tazminatın sadece miktarına ilişkin bir düzenleme olan “götürü tazminat”, cezai şart gibi zarardan tamamen bağımsız değildir; hâkim fikre göre, götürü tazminat isteyebilmek için zarara uğramış olmak gerekir, götürü tazminat hükmü hiç zararın oluşmadığı hallerde bile tazminat talep edebilmek için yeterli değildir. Bkz. Hasan Seçkin **OZANOĞLU**, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlılan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1999, Cilt III, Sayı 1-2, 60-117, s. 86; Köksal **KOCAĞA**, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s. 50; Veli **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, s. 68; Vedat **BUZ**, “Genel Olarak Cezai Şart”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (1), Seminer-28 Mayıs 2011, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, İstanbul 2012, 9-18, s. 10; **BİRİNCİ UZUN**, s. 148-149. Karş. **KAPANCI**, s. 660-661. Cezai şartı götürü tazminat niteliğinde gördükleri için aksi fikirde Kenan **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 861; Cevdet İlhan **GÜNAY**, Cezai Şart, Ankara 2002, s. 37-38. Şu halde, işverenin hiç zararının olmadığını anlaşılması halinde TBK m. 439/I'deki götürü tazminatı yine de isteyebileceğini savunma olanağı yoktur. Keza işverenin zararı engellemek veya azaltmak için alması gereken önlemleri zamanında almadığı anlaşılırsa, bu sefer de, TBK m. 52/I hükmünün TBK m. 114/II atfı gereğince kıyasen uygulanmasıyla aynı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Karş. **GÜLVER**, s. 1026.

Düzenleme işçinin hem haksız feshini hem de olağan feshi bildirim süresine uymadan yapması halini ele almaktadır; ilk fıkrada bahsi geçen “aniden” işi bırakma, işçinin feshi ihbar süresine uymadığı halleri (usulsüz feshi) işaret etmektedir⁹. Belirli ve belirsiz süreli hizmet akitleri arasında ayırım yapmayan TBK m. 439’un hem belirli hem de belirsiz süreli hizmet akitlerin feshini düzenlediği kabul edilmelidir¹⁰. Götürü tazminat işçinin kıdemi ile ilgili olmadığından (hatta işçi işe hiç başlamamış olsa bile ödenmesi gerektiğinden), iş ilişkisinin bir aydan kısa sürdüğü hallerde de tam aylık ücretin dörtte biri olarak hesaplanır¹¹. TBK m. 439 emredici nitelikte olduğundan¹²; işçinin akdi haksız/usulsüz feshetmesi halinde aylık ücretinin dörtte birinden daha fazla götürü tazminat ödeyeceği yönünde anlaşma yapabilmek olanaklı olmadığı gibi, işverenin zararının aylık ücretin dörtte birinden az olduğunu ispat hakkından feragat veya bu hakkın kısıtlanması anlamına gelecek anlaşmalar yapmak da mümkün görülemez. Bu tür anlaşmalar kesin hükümsüz olur (TBK m. 27/I). Buna karşılık düzenlemenin “mutlak” (iki taraflı) emredici nitelik taşıdığı görüşüne¹³ biz katılmıyoruz¹⁴. TBK m. 439’un gözettiği menfaat dengesi açısından,

⁹ Karş. Ömer **EKMEKÇİ**, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, *Mercek*, Temmuz 2015, Yıl 10, Sayı 39, 157-176, s. 174; **GÜLVER**, s. 1025; **YÜREKLİ**, s. 287. Ayrıca bkz. Zeynep **ŞİŞLİ/Dilek DULAY YANGIN**, “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önellerinin Sözleşme İle Artırıldığı Hallerde İşçinin ‘İhbar Tazminatı’ Sorumluluğu”, *Hacettepe Hukuku Fakültesi Dergisi*, Aralık 2014, Cilt 4, Sayı 2, 77-92, s. 88-89. Fakat işçi işverenle yaptığı bir ikale anlaşması nedeniyle bildirimde bulunmadan işi bırakmışsa, bu anlaşmanın geçersizliği sonradan anlaşılabilir, artık TBK m. 439 hükümlerinin kapsamına giren bir durumun mevcudiyetinden söz edilemez. Bkz. **GÜLVER**, s. 1027.

¹⁰ **SOYER**, “6098 Sayılı Türk Borçlar...”, s. 36; **GÜLVER**, s.1025; **ALPAGUT**, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 144-145; **CANIKLIOĞLU**, s. 114; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 881; **DOĞAN YENİSEY**, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 107; **YÜREKLİ**, s. 286. Buna karşılık deneme süreli hizmet akitlerinin deneme süresi içindeki feshinde tazminat ödenmez (TBK m. 433/I). Süreksiz iş akitleri (İş Kanunu m. 10) ile kısmi süreli iş akitlerinin (İş Kanunu m. 9/II, 14/I ve TBK m. 393/II) ise TBK m. 439’un kapsamına girdiği kanaatindeyiz.

¹¹ İsviçre Hukukunda OR Art. 337d açısından aynı yönde **STAEHELIN**, Art. 337d No. 10; **REH-BINDER/ STÖCKLI**, Art. 337d No. 3. Fakat ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde işçinin işi bıraktığı andan itibaren işverenin ödemekten kurtularak tasarruf ettiği ücretin dikkate alınabileceği (**GÜLVER**, s. 1026) ve böylece işverenin zararının götürü tazminattan daha az olduğuna karar verilebileceği de gözden kaçırılmamalıdır.

¹² **SENYEN KAPLAN**, s. 226; **TUNCAY/SAVAŞ**, s. 1192; **GÜMÜŞ**, s. 535.

¹³ **SENYEN KAPLAN**, s. 226; **TUNCAY/SAVAŞ**, s. 1192; **GÜMÜŞ**, s. 535; Kübra **DOĞAN YENİSEY**, “İş Hukukunda Cezai Şart”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (1)*, Seminer -28 Mayıs 2011, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatakaya, İstanbul 2012, 21-44, s. 32. Bu görüş İsviçre Hukukuna dayanmaktadır. Oysa İsviçre’de söz konusu görüşün benimsenme sebebi OR Art. 337d’yi iki taraflı (mutlak) emredici düzenlemeler arasında açıkça sayan ve fakat TBK’ya alınmayan OR Art. 361’in yarattığı yasal zorunluluktur. Karş. **STREIFF/von KAENEL/ RUDOLPH**, Art. 337d No. 10. İsviçre’de OR Art. 361’in kabul edilmesine ilişkin, “İsviçre şartlarına özgü” süreç hakkında bilgi için bkz. Kübra **DOĞAN YENİSEY**, *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, İstanbul 2014, s. 99.

¹⁴ Aynı yönde **ÖZDEMİR**, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 130-131.

“mutlak emredici” nitelikte sayılmasını gerektirecek, yani “nispi emrediciliğin” ötesine geçerek yasal düzenlemeden işçi lehine ayrılan anlaşmalar yapılmasına dahi engel teşkil edecek bir sebep göremiyoruz¹⁵. Özellikle de TMK m. 439/II zararın götürü tazminat miktarından az olduğunun anlaşılması halinde hâkimin tazminatta indirim yapabilmesini (ve hiçbir zarar olmadığına anlaşılması durumunda da kanaatimizce tazminat hakkını yok sayabilmesini¹⁶) öngörmüş iken; işverenin, işçinin işi aniden bırakmasının işletme için zarara yol açmayacağını veya götürü tazminat miktarından daha az zarara yol açacağını baştan kabul etmesi anlamına gelen böyle bir anlaşmanın yapılamayacağını iddia etmek bize tutarlı gözükmemektedir.

B. TBK m. 439 Düzenlemesinin Emrediciliği ve Cezai Şart Anlaşmalarına Etkisi

TBK m. 439 düzenlemesinin emrediciliğinin işçi aleyhine tatbik edilebilecek cezai şart (yeni deyişle “ceza koşulu”) üzerindeki etkisini de dikkate almak gerekir. İsviçre Hukukunda mehaz OR Art. 337d’nin emrediciliğinin, aksi yöndeki cezai şart anlaşmalarının bireysel ya da toplu iş sözleşmeleriyle yapılmasını önleyeceği kabul edilmektedir¹⁷. Türk Hukukunda ise TBK m. 439 hükümlerinin emrediciliğinin haksız fesih halinde işçi aleyhine uygulanacak cezai şartları engellememesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür¹⁸. Bu fikrin dayanağı, hizmet sözleşmelerine cezai şart konulmasına ilişkin TBK m. 420/I’in: “...sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir” şeklindeki hükmüdür. TBK m. 420/I hükmünde cezai şartın geçerliliği için aranan yegâne koşulun tek taraflı (sadece işçi aleyhine) düzenlenmemekten ibaret bulunduğu ve bu koşulu karşılayan cezai şart anlaşmalarının geçerli sayıldığına dikkat çeken bu görüş; TBK m. 420/I hükmünün TBK m. 439’a göre özel hüküm olduğu gerekçesiyle, cezai şartın TBK m. 420/I’e göre geçerli sayıldığı (hükümde öngörülen “tek taraflı olmama” koşulunu karşıladığı) hallerde artık TBK m. 439’un bu geçerliliğe engel oluşturmayacağını savunmaktadır¹⁹.

¹⁵ Erdem ÖZDEMİR, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 3, 95-120, s. 107: “...işverenin menfaatini korumak amacıyla mutlak emredici hükümler getirilmesi kanımızca kolayca kabul edilebilecek bir durum değildir. Öncelikle, iş ilişkilerinde güçlü olan tarafın işveren olduğu ve bunun sonucunda en azından bireysel iş sözleşmesi düzeyinde işverenin istemediği bir koşulu kabul etmeye zorlanmasının pek gerçekçi olmadığını kabul etmek gerekir. Kolektif düzeyde dahi, işçi sendikasının işveren sendikasının işverenden daha güçlü bir konumda olduğu söylenemez. Dolayısıyla, konum olarak güçlü taraf olan işverenin bir de yasakoyucu tarafından ayrıca kollanabileceğinin kolay bir şekilde kabul edilmemesi gerekir.” DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici..., s. 100: “...salt işverenin sözleşme ilişkisi içindeki ekonomik menfaatlerini korumayı amaçlayan normlar, ilke olarak bireysel sözleşme serbestisi ve toplu sözleşme özerkliğiyle bağdaşmaz.”

¹⁶ Bkz. yukarıda dn. 8.

¹⁷ STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art 337d No. 10; REHBINDER/STÖCKLI, Art. 337d No. 6; STAEHELIN, Art. 337d No. 17; PORTMANN, Art. 337d No. 5.

¹⁸ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunda Cezai Şart”, s. 34; ÖZDEMİR, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 132.

¹⁹ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunda Cezai Şart”, s. 33-34.

Kanaatimizce bu düşünce, TBK m. 420/I'nin zorlama bir yorumunu teşkil etmektedir. Her şeyden önce, TBK m. 420/I ve 439 aynı konuyu düzenlemedikleri için, aralarında “genel hüküm – özel hüküm” ilişkisi kurmak olanaklı değildir. TBK m. 420/I'in “...sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir” şeklindeki lafzından yola çıkarak, cezai şart anlaşmalarının geçerliliği için başka hiçbir koşulun (bilhassa da emredici kanun hükümlerine uygun olmanın) aranmayacağını iddia etmek de bize mümkün gözükmemektedir. Zira TBK m. 420/I'in amacı²⁰ bu hükümden diğer tüm emredici hukuk kurallarını bertaraf edecek genişlikte bir “zıt anlam” çıkarmaya müsait değildir. Aksi halde aynı mantıktan yola çıkılarak, işçiyi koruyucu tüm emredici kuralların cezai şart düzenlemeleriyle dolanılması yolu açılmış olur: Örneğin, TBK m. 420/I'in TBK m. 398/I ilk cümleye göre özel hüküm olduğu ve cezai şartta iki taraflı olmaktan başka geçerlilik koşulu aramadığı gerekçesiyle, zorunluluk olmadan yapılan fazla çalışma teklifini kabul etmeyen işçiye tatbiki mümkün (hem işçinin fazla çalışma teklifini reddetmesi ve hem de işverenin fazla çalışma ücretini zamanında ödememesi için öngörülmüş) bir cezai şartın da kararlaştırılabileceği neticesine de ulaşılabilir.

Bize göre, TBK m. 439'un aksi yöndeki cezai şart hükümlerinin geçersizliği-ne yol açacağı kabul edilmelidir²¹. Fakat hükmün emrediciliğinin sınırlarının doğru belirlenmesi ve hangi cezai şart anlaşmalarının bu sınırlar içinde kaldığının tespiti

²⁰ TBK m. 420/I esasen, Türk İş Hukuku uygulamasında zaten uzun süredir benimsenmiş olan bir prensibin kanun hükmü haline getirilmesinden ibarettir. Bkz. KOÇ, s.594; Erdem ÖZDEMİR, “İş Hukukunda Cezai Şart”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 3-4, Yıl: 2005, 403-416, s. 410; EKMEKÇİ, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine...”, s. 28; GÜNEŞ/MUTLUAY, s. 261; Arzu ARSLAN ERTÜRK, “Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu Üzerindeki Etkisi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editör: Tankut CENTEL, İstanbul 2014, 49-113, s. 108; DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunda Cezai Şart”, s. 28; Gaye Burcu YILDIZ, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014, s. 169. Karş. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 884-885; Cevdet YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz-Faruk Acar-Burak Özen, İstanbul 2014, s. 947-948. Tek taraflı (sadece işçi aleyhine) olan cezai şartların geçersizliği prensibi Yargıtay uygulamasında TBK'nın yürürlüğünden önce de zaten uzun süredir benimsenmiş durumdadır. Geniş bilgi ve emsal kararlar için bkz. Kadir ARICI, “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-1997, Cilt: 1, Sayı: 1, 31-45, s. 41-42; Polat SOYER, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 363-380, s. 364 vd.; ÖZDEMİR, “İş Hukukunda Cezai Şart”, s. 409 vd.; KARAGÖZ, s. 83 vd.

²¹ Doktrinde, TBK m. 439'un yürürlüğe girmesinden çok önce, onun mehazı olan İsviçre OR Art. 337d hakkında kullanılan şu ifadeler de bu düzenlemenin cezai şart anlaşmalarıyla doğrudan ilgisini açıkça ortaya koymaktadır: Gülsevil ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 198: “...mevzuatımızda sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi durumunda, işverenin zararının giderilmesine yönelik İBK m. 337d paralelinde özel bir hükmün bulunmaması tek taraflı cezai şart kararlaştırılmasının haklılığını gösterdiği gibi...”. Şu hale göre, OR Art. 337d'den tercüme edilen ve artık mevzuatımızda olan TBK m. 439'un da sözleşmenin işçi tarafından haksız feshinde uygulanacak cezai şart anlaşmaları yapılmasını gereksiz ve geçersiz hale getirdiği söylenebilecektir.

önem taşımaktadır. TBK m. 439 sadece haksız ve usulsüz fesih beyanlarını konu alan bir düzenleme olup, iki amaç taşımaktadır: (1) Normalde hizmet akdini sonlandırma etkisi gösteremeyecek ve beyanda bulunanın sözleşmeye aykırılık (TBK m. 112 vd.) sebebiyle sorumluluğuna yol açacak haksız fesih beyanlarına, muhatabın zararını tazmin yükümlülüğü karşılığında akdi sonlandırma etkisi tanınmak, yani bu haksız fesih beyanları için özel bir “etkinlik rejimi” öngörmek²²; (2) belirsiz süreli hizmet akdini usulsüz fesih beyanıyla (ihbar sürelerine uymadan) sonlandıran işçi hakkında tatbik edilecek ve haklı (olağanüstü) veya usulüne uygun olağan fesih halinde mevcut olmayan hukuki yaptırımları düzenlenmek. O halde TBK m. 439’un emrediciliğinin sınırlarının da bu iki amaca uygun olarak çizilmesi ve bu sınırlar dışında kalan cezai şartların TBK m. 439’dan etkilenmeyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. TBK m. 439’a aykırı düşen cezai şart anlaşmaları sadece belirli süreli hizmet akitlerinin haksız feshi ile belirsiz süreli hizmet akitlerinin usulsüz (bildirim süresine uymadan) feshi halleri için öngörülen cezai şartlardan ibaret olup²³; buna karşılık, belirsiz süreli akitlerinin belirli bir dönem boyunca olağan feshini engellemek (asgari süreli hizmet akdini korumak)²⁴ ya da işçinin işi en yoğun olduğu dönemde terk etmesini önlemek

²² ALTINOK ORMANCI, s. 224; Gaye BAYCIK, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 340-341 ve 372 vd.; DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici..., s. 344-345.

²³ Belirsiz süreli hizmet akitlerinde işçinin haksız ve usulsüz feshi için cezai şart öngörülmesinin zaten mümkün olmadığı yönündeki görüşler için bkz. A. Murat DEMİRCİOĞLU, “İş Hukukunda Cezai Şart”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan I, Ed. Talat Canbolat, İstanbul 2010, 159-171, s.163; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 885.

²⁴ Bkz. KARAGÖZ, s. 148-149. Belirsiz süreli hizmet akitlerinde bu hallerde bile işçi aleyhine uygulanabilecek bir cezai şartın öngörülemeyeceği yönündeki görüş için ayrıca bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 885. Asgari süreli hizmet akdi, belirsiz süreli hizmet akdinde tarafların iş ilişkisinin devamı için asgari bir süre öngörmeleri halinde ortaya çıkar. Bu süre, belirli süreli hizmet akdinden farklı olarak, asgari süreli sözleşmenin bitiş tarihini göstermez. Tarafların amacı sadece, kararlaştırılan süre içerisinde olağan (süreli) fesih hakkının kullanılmasını engellemektir. Bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 21 vd.; Gülsevil ALPAGUT, “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”, Sicil, Aralık 2007, Yıl 2, Sayı 8, 13-21, s. 14-15; Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 223-224; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 422; SÜZEK, İş Hukuku, s. 276. Anılan yazarlarca da savunulan hakim görüşe göre, asgari süreli iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesi değildir ve belirli süreli iş sözleşmelerinin hukuki rejimine tabi tutulamaz. Aynı yönde Yargıtay 9. HD. 01.02.2005, E.2004/7476 K.2005/2741; Yargıtay 9. HD. 18.06.2007, E.2006/32752 K.2007/19457 (her iki karar: www.kazanci.com, 01.11.2015). Aksi fikirde Devrim ULUCAN, “4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri”, Yeni İş Yasası, Seminer (25-29 Haziran 2003, Çeşme), İstanbul 2003, 35-65, s. 51-52. Asgari süreli akitlerde olağan fesih hakkının bertaraf edildiği ve asgari süre içinde sözleşmenin ancak haklı nedenle feshedilebilecek olup, olağan feshin hiç hukuki sonuç doğurmayacağı, diğer deyişle bu sözleşmelere de asgari süre boyunca belirli süreli akitlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönündeki görüş ise (örn. M. Kemal OĞUZMAN, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 13; ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet..., s. 13; ALPAGUT, “İşçinin Ediminin Güvence...”, s. 15-16; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 27) TBK m. 439’un benimsediği “etkinlik rejimi” karşısında, işçinin feshi açısından artık savunulamaz kanaatindeyiz.

maksadıyla öngörülen, yani usulüne uygun olağan fesih halinde dahi tatbik edilebilecek olan cezai şartların TBK m. 439'un emrediciliğinin sınırları içine girmeyeceği sonucuna varılabilir²⁵.

C. Hak Düşürücü Süre ve İşverenin Takas Hakkı

TBK m. 439 hakkında önem taşıyan bir başka husus da, son fıkrada öngörülen otuz günlük hak düşürücü süredir²⁶. İsviçre Hukukunda OR Art. 337d/III açısından yapılan değerlendirmelerde bu otuz günlük hak düşürücü sürenin sadece, işçinin aylık ücretinin dörtte biri üzerinden götürü surette hesaplanacağı ilk fıkrada öngörülen tazminat talebi açısından geçerli olduğu; işverenin müspet zararı ayrıca ispatlaması şartının arandığı fazladan tazminat talebinin ise on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi bulunduğu kabul edilmektedir²⁷. Türk Hukukunda da TBK m. 439/III açısından doktrinde hâlihazırda hâkim olan kanaat²⁸ aynı yöndedir. TBK

²⁵ Tek taraflı (sadece işçi aleyhine) düzenlenebileceği Yargıtay'ca kabul edilen (örn. Yargıtay 9. HD. 13.6.2008, E.2007/19368 K.2008/15558, www.kazanci.com, 01.11.2015) "eğitim giderlerini geri ödeme kayıtları" ise TMK m. 439'un emrediciliğine ilişkin değerlendirmelerin tamamen dışında olup; esasen, TMK m.439/I son cümlelerin: "*İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır*" hükmünün kapsamına girmektedir. Zira işveren, işçinin erken feshi neticesinde, eğitim masraflarını karşılamak suretiyle işçisine kazandırdığı özel kalifikasyondan işletmesinde yararlanma imkânından mahrum kalmakta ve bu sebeple uğradığı zararı da anılan kayda dayanarak istemektedir. Böyle bir talebin kabul edilebilmesi için eğitimin "zorunlu" olmaması, işverenin masrafı gerçekten karşıladığını ispatlaması, işçiden istenen geri ödemenin verilen eğitimle, işverence karşılanan masrafla ve çalışılmayan süreyle orantılı olması gerekir. Eğitim giderlerinin hangi koşullarla geri istenebileceği hakkında geniş bilgi ve emsal Yargıtay kararları için bkz. **SOYER**, "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından...", s. 370-371; Erdem **ÖZDEMİR**, "İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart", Çalışma ve Toplum, 2005/1, Sayı 4, 143-156, s. 148 vd.; **KARAGÖZ**, s. 218 vd.; Erdem **ÖZDEMİR**, "Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi", Sicil, Haziran 2009, Yıl 4, Sayı 14, 150-158, s. 152 vd.; **DEMİRCİOĞLU**, s. 165 vd.; **YILDIZ**, s. 170 vd. Eğitim giderlerini geri ödeme kayıtları somut olayda belirli miktarda ortaya çıkan bir zararı karşılama amacı güden kayıtlar olarak, zarardan bağımsız tipik cezai şart kaydı niteliğinde görülmezler. Bu nedenle kanaatimizce, TBK m. 420/I ve 439/I hükümlerinin emrediciliği, eğitim giderlerini geri ödeme kayıtları hakkında 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu döneminde gelişen uygulamanın devam etmesine bir engel teşkil etmemektedir. TBK m. 420/I, en fazla, miktarı geri ödenmesi gereken eğitim giderlerini aşan ve sadece işçi aleyhine kararlaştırılmış olan cezai şartların tatbik edilmesini engeller. Aynı yönde **DOĞAN YENİSEY**, "İş Hukukunda Cezai Şart", s. 41.

²⁶ Bu sürenin hak dürücü nitelikte olduğu hem hükmün lafzından rahatlıkla anlaşılmaktadır hem de madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.

²⁷ **BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ**, Art. 337d No. 6; **EMMEL**, Art. 337d No. 2; **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 337d No. 8; **STAEHELİN**, Art. 337d No. 15; **PORTMANN**, Art. 337d No. 4.

²⁸ **GÜLVER**, s. 1027; **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun...", s. 146; **YÜREKLİ**, s. 295; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 368; **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun...", s. 130; **GÜMÜŞ**, s. 537; **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun...", s. 108; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 745. Buna karşılık, doktrinde, otuz günlük sürenin ek tazminat talepleri için geçerli olup,

m. 439'un tatbik edilebilmesi için işçinin işi kesin surette bırakmış olması gerektiği vurgulanmaktadır²⁹. Şu halde, "nispi götürü tazminat"³⁰ talebi için geçerli olan otuz günlük hak düşürücü süre de işçinin işi kesin olarak bıraktığı günden itibaren işleme-ye başlayacaktır³¹. İşçinin işi kesin surette bırakıp bırakmadığı somut olayın bütün şartları gözetilerek, dürüstlük kuralı uyarınca saptanmalıdır; işçinin sadece bir iki gün işe gelmemiş olması onun işi bıraktığının kabulü için tek başına yeterli olmaz³². İşve-

götürü tazminat talebinin on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu fikri (SENYEN KAPLAN, s. 228) ile otuz günlük sürenin tüm tazminat talepleri için geçerli olacağı görüşü (TUNCAY/SAVAŞ, s.1193) de savunulmuştur. Fikir ayrılıklarına yol açan durumu TBK m. 439/III'ün başarılı olmayan çevirisine bağlayanlar olmuştur: DOĞAN YENİSEY, "Türk Borçlar Kanununun...", s. 108; GÜLVER, s.1027. Bu eleştirinin haklı olduğu kanaatinde değiliz. Zira mehz OR Art. 337d/III'ün lafzında da otuz günlük sürenin sadece götürü ("nispi götürü") tazminat talebi için geçerli olacağı yönünde açıklık yoktur. İsviçre Hukukunda bu sonuca doktrinadaki tartışmalarla ve yargı kararlarıyla ulaşılmıştır. Bkz. STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 337d No. 8; REHBINDER/STÖCKLI, Art. 377d No.4. Yani farklı görüşlere yol açan sebep herhangi bir "başarısız çeviri" değildir. Aynı yönde SOYER, "6098 Sayılı Türk Borçlar...", s. 36 dn. 146. Fakat hükmü İsviçre Hukukunda yaşanmış tartışmayı Türk Hukukuna da taşıyacak şekilde birebir tercüme etmek yerine, daha açık bir lafızla yeniden kaleme almak elbette daha isabetli olurdu.

²⁹ GÜLVER, s. 1025; GÜMÜŞ, s. 536.

³⁰ Bkz. yukarıda dn. 7 ve 8.

³¹ Madde gerekçesinde bu husus: "...bu süre işçinin işe başlaması gereken gün ya da işi bıraktığı gün işleme-ye başlayacaktır" şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. YAVUZ, s. 961. İşçinin fesih bildirimini işi fiilen terk etmeden önce yaptığı ortaya çıkarsa, otuz günlük sürenin bu defa işin fiilen terki gününden değil, fesih bildiriminin yapıldığı tarihten itibaren hesaplanması gerekir. İsviçre Hukukunda OR Art. 337d açısından aynı yönde STAEHELIN, Art. 337d No. 12. Zira TBK m. 439'un haksız ve usulsüz feshi düzenlediği, TBK m. 439/1'deki "...iş-i bıraktığı..." ibaresinin de aslında bu feshi kastettiği dikkate alınrsa; henüz daha işi fiilen terk etmemiş olmasına rağmen işi bıraktığını bildiren işçinin de aslında bu bildirim tarihinde akdi usulsüz feshettiği, yani TBK m. 439/1'deki deyişle "...iş-i bıraktığı..." ve dolayısıyla sürenin de bu bildirim tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kendiliğinden anlaşılır; meğer ki, işçinin bildiriminde fesih beyanının sonraki (fakat oluşan fesihte yine de feshi bildirim süresine uymayan) bir tarihe yönelik olduğu, yani işin "daha sonra bırakılacağı" belirtilmiş olsun. Bu yorum, hukuki durumun her iki tarafın menfaatleri yönünden mümkün olan en hızlı şekilde açıklığa kavuşması bakımından da önem taşımaktadır. Bkz. STAEHELIN, Art. 337d No. 12.

³² SENYEN KAPLAN, s. 227; GÜMÜŞ, s. 536. Türk yargı uygulamasında işçinin işi terk ettiği genellikle, tanıklarca imzalı tutanağa ek olarak ilgili tanıkların ifadeleriyle ispatlanmaktadır. Delillerin hüküm tesis etmeye yeterli olmadığı hallerde "işçinin korunması" ve "işçi lehine yorum" ilkeleri gözetilerek "hayatın olağan akışına" ve "işçinin kıdemine" dayalı fiili karinelere de başvurulmakta; belirli kıdeme ulaşılmış ve belirli hakları kazanmış yüksek ücretli bir işçinin, işçilerin işe olan taleplerinin sürekli arttığı bir ortamda işini sebepsiz ve aniden terk etmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı düşüncesine dayanılabilmektedir. Tam tersine, işçinin işi terk ettikten sonra hemen başka bir işyerinde çalışmaya başlaması, işçinin ilk işi haklı neden olmadan terk ettiğini ispatlayan bir vakia olarak görülebilmektedir. Ortaya konulan delillerin birbirleriyle tutarlı olup olmadıkları da önem taşıyan bir husustur. El yazılı istifa dilekçesinin tarihinin kaşeyle basılmış olması, farklı tarihli birden fazla istifa dilekçesinin ortaya çıkması, işe başlayacak işçilerden tarihsiz istifa dilekçeleri alındığının anlaşılması gibi hususlar delillerin tutarlılığını zedeler nitelikte bulunmaktadır. Geniş bilgi ve ilgili Yargıtay kararları için bkz. Halil YILMAZ, "İşçinin İş Sözleşmesini İstifa Beyanıyla Feshi (Yargıtay Kararlarına Genel Bakış)", Prof. Dr. Sarper Sütçek'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2011, 1231-1254, s. 1246 vd..

renin bu konuda haklı bir şüphesi varsa işçiyi işe başlaması için uyarması ve işe başlanmasını açık bir başlama tarihi de belirterek ondan istemesi en doğrusu olacaktır³³. Böyle şüpheli durumlarda, güven prensibi uyarınca algısı dikkate alınması gereken taraf işveren tarafı olduğu için, onun işçiyi bahsi geçen şekilde bir ihtarda bulunmuş olması halinde otuz günlük sürenin de artık bu ihtarda işe başlanacak tarih olarak belirtilen ve işçinin yine de işe başlamadığı tarihten itibaren hesaplanacağını kabul etmek gerekir. Bu düşüncenin kabulü uygulamada da daha fazla kesinlik sağlayacaktır.

TBK m. 439/III'te işverenin tazminat hakkının, takas yoluyla sona ermemişse dava veya takip yoluyla kullanılacağı belirtilmiştir. İsviçre doktrininde OR Art. 337d/III açısından, bu takas hakkının otuz günlük hak düşürücü süreye tabi bulunmadığı ve işçinin açtığı davaya karşı def'i olarak da her zaman ileri sürülebileceği belirtilmekte³⁴; ayrıca, takasın yapılabilme imkânının OR Art. 120 vd. (TBK m. 139 vd.) ile OR Art. 323b/II (TBK m. 407/II) hükümlerine göre belirleneceği ifade edilmekte³⁵; fakat OR Art. 337d/I'de öngörülen zarar işçinin işverene kasten verdiği zarar olarak mütalaa edildiğinden, OR Art. 323b/II hükmünün işverenin takas hakkını kullanmasına engel olmayacağı vurgulanmaktadır³⁶. Türk doktrininde ise, TBK m. 439/III'te yer alan takas düzenlemesi hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür: YÜREKLİ'ye göre, hükümdeki "...*hakkı takas yoluyla sona ermemişse...*" şeklindeki ifade tazminat alacağı için dava veya takip yoluna gitmeden önce takas yoluna başvurulması mecburiyetine işaret etmekte; bu nedenle, işverenin takas yoluna gitmeden doğrudan dava veya takip yoluna başvuramayacağı, aksine anlaşmaların da geçersiz olacağı neticesine varılmaktadır³⁷. Yine aynı yazar, TBK m. 144 bent (3) hükmüne dayanarak, işverenin tazminat alacağının işçiyeye olan ücret borcu ile işçi rıza göstermediği müddetçe takas edilmeyeceğini savunmaktadır³⁸. Buna karşılık bir başka görüş³⁹, işverenin tazminat alacağının işçiyeye olan ücret borcu ile takas edilmesinin TBK m. 407/III'nin: "*İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir*" hükmünde öngö-

³³ Aynı yönde SENYEN KAPLAN, s. 227; GÜLVER, s. 1026.

³⁴ Örn. STAEHELIN, Art. 337d No. 14. İşverenin otuz günlük süre geçtikten sonra takas yoluna gidebilmek için işçiyeye önceden bir ön uyarıda bulunması gerektiği fikri (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 337d No.4) ise, bu düşüncenin yasal dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 337d No. 9; STAEHELIN, Art. 337d No. 14.

³⁵ STAEHELIN, Art. 337d No.14.

³⁶ STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 337d No. 9.

³⁷ YÜREKLİ, s. 290. Keza SENYEN KAPLAN, s. 228'de yer alan: "*Eğer zararın tazmini işçinin ödenmemiş ücreti ile takas edilerek sağlanamıyorsa, işveren dava ve takip yoluyla zararın tazmini isteyebilir*" şeklindeki ifadelerden, bu yazarın da aynı fikirde olduğu anlaşılmaktadır.

³⁸ YÜREKLİ, s. 291.

³⁹ ALPAGUT, "Türk Borçlar Kanununun...", s. 145-146; SÜZEK, İş Hukuku, s. 745.

rülen şartlarla mümkün olabileceğini⁴⁰ vurgulamakta; hükümdeki “...*yargı kararıyla sabit...*” ifadesine dikkat çekerek, otuz gün içinde böyle bir kararı almanın olanaklı olmadığını belirtmekte; bu nedenle, işverenin tazminat alacağını işçiye olan ücret borcu ile takas etmesinin daima işçinin rızasıyla mümkün olabileceği neticesine ulaşmaktadır. Böylece, bu görüşü savunanların, otuz günlük süreyi takas beyanı için de uyulması gereken bir süre olarak değerlendirdikleri anlaşılmaktadır⁴¹. İsviçre doktrinine atfen savunulan başka bir görüşe göre ise, takas hakkının kullanılması 30 günlük süreye bağlı olmayıp, işveren işçiye karşı TBK m. 439’a dayalı olan tazminat alacağını kendi ücret ödeme borcu ile (zaman açısından) sınırlamasız olarak takas edebilir; hatta TBK m. 139/III’ün kıyasen uygulanmasıyla, işçi alacağının ilk otuz gün içinde muaccel olması şartı da aranmaz⁴². Buna göre, işverenin TBK m. 439/I hükmündeki tazminat alacağını işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından itibaren otuz gün içinde dava veya takip yoluyla ileri sürmemesinin yaptırımını “hakkın düşmesi” değil, TBK m. 439/III hükmündeki “...*tazminat isteme hakkının...*” ve mehz OR Art. 337d/III’teki “talebin düşmesi” (“...*ist der Anspruch verwirkt*”) ifadelerinin belirttiği üzere, sadece “talep yetkisinin” düşmesidir⁴³. Aksi halde, otuz günün sonunda alacak hakkı düşünce artık ortada olacak mevcut olmayacağından takas işleminin de yapılamayacağı fikrinden yola çıkan bu görüş, böylece, TBK m. 439/III’ün otuz günlük süre dolunca bir “eksik borca” varlık verdiğini ve hatta eksik borçların takası prensip olarak mümkün değilken TBK m. 439/III hükmünün, aynen TBK m. 139/III gibi, bu prensibe bir istisna oluşturduğu savunmaktadır⁴⁴.

TBK m. 439/III hükmünde düzenlenen otuz günlük hak düşürücü sürenin takas beyanı konusunda uygulanmayacağı ve işverenin tazminat alacağını takas yoluyla ileri sürme imkânının otuz günlük süreyle bağlı olmadığı fikrine biz de katılıyoruz. İşveren, işçinin haksız/usulsüz feshinden kaynaklan zararını karşılayan tazminat alacağını, ücret borcuna karşı takas yoluyla, otuz günlük süreyle bağlı olmaksızın her zaman, zarar TBK m. 407/II uyarınca yargı kararıyla sabit olduğu anda⁴⁵ ileri sürülebilmelidir. Bu tazminat alacağının işçinin açtığı alacak davasına karşı takas def’i yoluyla ileri sürülebilmesi de daima mümkündür. Dava sonunda verilecek kararda,

⁴⁰ Aynı fikirde **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 367 dn. 1287.

⁴¹ Ayrıca Eda **KARAÇÖP/Efe YAMAKOĞLU**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt:10, Sayı: 38, Yıl: 2013, 83-148, s. 136: “*Hak düşürücü süre işverenin takas yolu ile tazminat hakkını sona erdirmesi halinde söz konusu olacaktır.*”

⁴² **GÜMÜŞ**, s. 538.

⁴³ **GÜMÜŞ**, s. 537-538.

⁴⁴ **GÜMÜŞ**, s. 538.

⁴⁵ TBK m. 407 işçinin sadece ücret niteliğindeki alacaklarını koruduğu ve II. fıkrada da takas hakkının sadece ücret alacağına karşı kullanılması düzenlendiği için; işçinin işverenden başkaca bir alacağı varsa, işveren, bu alacağa karşı artık TBK m. 407/II ile bağlı olmaksızın takas hakkını kullanabilir. Karş. **ALPAGUT**, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 146.

mahkeme, hem işverenin zarardan kaynaklanan tazminat alacağını tespit edecek (zarar TBK m. 407/II hükmünde belirtildiği gibi yargı kararıyla sabit hale gelmiş olacak) hem de takas def'i savunmasını değerlendirecektir. Bu nedenle, TBK m. 407/II hükmünün ve otuz günlük sürede yargı kararı alınmasındaki fiili imkânsızlığın, işverenin tazminat alacağını işçiye olan ücret borcu ile takas edebilmesini imkânsız hale getirdiği ve/veya bunun ancak işçinin rıza göstermesiyle mümkün olabileceği yönündeki düşünceleri paylaşmadığımız gibi; işverenin tazminat davası açmadan önce mutlaka takas yoluna başvurması gibi bir zorunluluk olduğunu da düşünmüyoruz, TBK m. 439/III hükmünün lafzından da böyle bir mecburiyetin bulunduğu dair bir netice çıkartamıyoruz.

Öte yandan, takas hakkının hak düşürücü süreye tabi olmadığı neticesine varabilmek için TBK m. 439/III hükmündeki otuz günlük hak düşürücü sürenin alacak hakkının kendisini değil, sadece talep yetkisini düşürdüğü gibi bir fikri benimsemeyi de doğru görmüyoruz. Bu fikir kabul edildiğinde, zamanaşımı ile hak düşürücü süre arasında ne fark kaldığı ve TBK m. 439/III'teki sürenin kanun koyucu tarafından hak düşürücü süre olarak düzenlenmesinin ne anlam ifade edeceği soruları cevapsız kalmaktadır. Kanaatimizce, TBK m. 439/III son yarı cümledeki "... *tazminat isteme hakkı düşer*" ifadesini, tazminat "nispi götürü tazminat" olarak isteme hakkının düşeceği, yani işverenin TBK m. 493/I-II'deki "zarar miktarı karinesinden yararlanma hakkını kaybedeceği" şeklinde anlamlandırmak gerekir. Şu hale göre, işveren tazminat alacağını otuz günlük süre geçtikten sonra da takas yoluyla ileri sürebilecek; fakat bunun için (zararın yargı kararıyla sabit hale geleceği davada) tazminat hakkını doğuran zararı bu defa tam olarak ispat mecburiyetinde kalacaktır. Bu düşünce, otuz günlük hak düşürücü sürenin işçinin aylık ücretinin sadece dörtte birine denk gelen götürü tazminat istemi için arandığı ve işverenin olağan şekilde ispatlamak zorunda olduğu ek zararı için tazminat talebinin genel zamanaşımı süresine tabi bulunduğu fikri ile de uyumludur. Zira tazminat alacağının (veya bu alacağı talep yetkisinin) işçinin aylık ücretinin dörtte birlik kısmına denk gelen miktarınca düştüğünü ve artık zararın ispatlanması halinde bile talep edilemeyeceğini; buna karşılık, geri kalan zarar miktarına karşılık gelen tazminat alacağının davada olağan ispat yoluyla istenebileceğini düşünmek tutarlı olmaz. O halde, işverenin tazminat alacağını aslında otuz günlük süre geçtikten sonra dahi tam olarak isteyebileceğini ve zararın yargı kararıyla sabit olması durumunda takas yoluyla da ileri sürebileceğini, fakat bu durumda TBK m. 439/I'deki götürü tazminat düzenlemesinden yararlanamayacağını ve zararını tümüyle ispatlamak zorunda kalacağını kabul etmek lazımdır⁴⁶.

⁴⁶ İsviçre Hukukunda OR Art. 337d açısından **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 337d No.8: *İşveren tazminatı ücretin dörtte birinin üzerine çıkacak şekilde veya 30 gün geçtikten sonra talep ederse, miktarın tamamı için ispat külfetiyle karşı karşıya kalır.* Aynı yönde **EMMEL**, Art. 337d No. 2.

D. TBK m. 439 Düzenlemesine Yönelik Eleştiriler ve Görüşlerimiz

Doktrinde TBK m. 439/III'teki otuz günlük hak düşürücü sürenin anlamsız olduğunu ileri sürenler⁴⁷ bulunduğu gibi; TBK m. 439'un hizmet akdinin işverence haksız feshi halinde ödenecek tazminatı düzenleyen TBK m. 438'e paralel olmamasını, yani feshi gerçekleştiren tarafa göre farklı tazminat düzenlenmeleri öngörülmesini kanunun sistematığına uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirenler⁴⁸ de vardır.

Biz TBK m. 439/III hükmündeki otuz günlük hak düşürücü sürenin rasyonel olmadığı kanaatine katılmıyoruz; bu hüküm özellikle Türkiye açısından gayet isabetli bulunmaktadır. Zira ülkemizde işinden "istifa eden" işçilerin genellikle bildirim sürelerine uymadıkları ve işverenlerin de buna rağmen ihbar tazminatı isteğiyle dava açmadıkları bilinen bir gerçektir⁴⁹. Elbette bu durum her işvereni yasada tanınmış tazminat hakkından vazgeçemeye zorlamak için bir gerekçe olamaz; fakat istifa eden işçinin de böyle bir ortamda kendisinden tazminat talep edilip edilmeyeceğinden bir an önce emin olmak hususunda bir hukuki kesinlik ihtiyacı doğar. İşverenin götürü tazminat talebi için otuz günlük hak düşürücü süre öngören TBK m. 439/III hükmü, istifa eden işçiye bu hukuki kesinliği en kısa sürede sağlamak açısından çok isabetli bir düzenlemedir. İşçinin akdi feshi tarihinden itibaren işleyecek otuz günlük hak düşürücü sürenin sadece aylık ücretin %25'ine denk gelen "nispi götürü tazminat"⁵⁰ için geçerli kabul edilip, işverenin ek tazminat talepleri için on yıllık genel zamanaşımı süresinin (TBK m. 146) uygulanması da bu kabul ile çelişki yaratmaz. İşverenin ek tazminat talep edebilmesinin zararı ispat şartına bağlı tutulduğu ve somut zararın otuz gün gibi kısa bir sürede ortaya çıkarak ispatlanabilir hale gelmesinin daima mümkün olamayacağı dikkate alındığında; zararı ispat şartına bağlı ek tazminat taleplerinin bu kadar kısa bir hak düşürücü süreye tabi tutulmasının (işçinin hukuki kesinliğe duyduğu ihtiyaç yönünden gerekli olsa da) menfaatler dengesi açısından doğru görülemeyeceği kendiliğinden anlaşılır⁵¹.

Öte yandan, TBK m. 439'un TBK m. 438/I'e paralel düzenleme içermemesine, yani işçinin ödeyeceği tazminatın hesabında TBK m. 438/I hükmünde olduğu gibi feshi ihbar sürelerini esas alan bir yaklaşımın benimsememesine yönelik eleştirileri

⁴⁷ ÖZDEMİR, "Yeni Borçlar Kanununun...", s. 125.

⁴⁸ SOYER, "Hizmet Sözleşmesinin Sona...", s. 16; GÜNEŞ/MUTLUAY, s. 276; DOĞAN YENİSEY, "Türk Borçlar Kanununun ...", s. 102 ve 107; SAVAŞ, s. 230; YÜREKLİ, s. 210. TBK m. 439/I hükmündeki tazminat hesaplamasında (TBK m. 438/I'in aksine) ihbar sürelerinin esas alınmış olmasına yönelik eleştiriyi de (ÖZDEMİR, "Yeni Borçlar Kanununun...", s. 125) bu kapsamda görmek gerekir.

⁴⁹ Münir EKONOMİ, "Türk İş Hukuku'nda Esnekleşme Gereği", Çalışma Hayatında Esneklik, Seminer (27-31 Ekim 1993), İzmir 1994, 55-79, s. 66.

⁵⁰ Bkz. yukarıda dn. 7 ve 8.

⁵¹ Karş. ALPAGUT, "Türk Borçlar Kanununun...", s. 146; İsviçre Hukukunda da OR Art. 337d/III açısından STAEHELIN, Art. 337d No. 15.

de haklı bulmuyoruz. Zira TBK öncesi dönemde de doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere: “...işçinin iş akdini feshetmesi ile işveren eğer aynı iş için yeni işçi bulma güçlüğü içine düşerse bir zarara uğrayabilir. Ancak bu zarar genellikle ücretinden başka bir geliri olmayan işçinin işini yitirmesi sonucu içine düşebileceği ekonomik güçlük ile kıyaslanamaz”⁵². Bu tespit, işverenin hizmet akdini fesih hakkının sınırlandırılmasının gerekçesi olduğu gibi ve hatta ondan bile öncelikli olarak, haksız/usulsüz fesih halinde tarafların hak kazanacakları tazminatın farklı esaslara göre belirlenmesinin de gerekçesini oluşturur⁵³. Karşı tarafın akdi feshetmesinin zarara yol açma ihtimali ve bunun kişinin ekonomik varlığı üzerindeki “yıkıcılığın derecesi” taraflar için farklı ise; tazminatın da farklı esaslara göre belirlenmesini (hele de “götürü tazminattan” bahsediliyorsa) garip karşılamamak lazımdır.

II. TBK m. 439 Düzenlemesinin İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin İhbar Tazminatı Sorumluluğuna Etkisi

A. TBK İle İş Kanunu Hükümleri Arasındaki İlişki

“Genel” veya “özel” sıfatı kanun hükmüne standart olarak yapılandırılacak değişmez bir etiketi değil; kanun hükümleri arasındaki bir karşılaştırmayı ifade eder⁵⁴. Zira bir kanun hükmü, ancak “bir başka kanun hükmüne göre” genel veya özel olarak nitelendirilebilir. Kanun hükümleri arasındaki bu ilişki “üst küme – alt küme” ilişkisine benzer. Bu karşılaştırmada dikkate alınan ölçüt kanun hükümlerinin düzenledikleri menfaatler ya da vakıalar grubunun genişliğidir. Buna göre, tatbik alanı çakışan iki kanun hükmünden birisi daha geniş bir menfaatler veya vakıalar kümesini düzenliyor; diğeri ise, bu (üst) küme içinde yer alan daha sınırlı bir menfaatler veya vakıalar grubuna yönelik bulunuyor ise bu iki kanun hükmü arasında “genel – özel” ilişkisi bulunduğundan bahsedilebilir⁵⁵.

Bilindiği gibi, “genel kanun – özel kanun” ilişkisi kanun hükümlerinin çatışması ve yürürlükleri açısından önem taşıyan bir husustur. Aynı konuyu düzenleyen ve biri eski tarihli olan, diğeri ise yeni yürürlüğe giren iki kanunun her ikisi de “genel” veya

⁵² Sarper SÜZEK, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Kamu-İş, Yıl 2002, Cilt 6, Sayı 4, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, 73-94, s. 74. Aynı yönde ÖZDEMİR, “İş Hukukunda Mutlak Emredici...” s. 114; ŞİŞLİ/DULAY YANGIN, s. 84-85. Benzer olarak Devrim ULUCAN, “Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler”, Kamu-İş, Yıl 1997, Cilt 4, Sayı 2, 231-249, s. 232: “... taraflar sözleşmeyi mutlaka anlaşarak değil, tek taraflı fesih yoluyla sona erdirmeye olanağına sahip olmalıdırlar. Ancak hizmet akdi işçi bakımından herhangi bir sözleşme değildir. İşçinin ve ailesinin varlıklarını sürdürmelerinin de bir güvencesidir.”

⁵³ Karş. TUNCAY/SAVAŞ, s. 1193-1194.

⁵⁴ M. Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, Medeni Hukuk, 21. Bası, İstanbul 2015, para. 275.

⁵⁵ Karş. Ejder YILMAZ, “Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, Sicil, Haziran 2011, Yıl 6, Sayı 22, 22-31, s. 23-24.

her ikisi de “özel” nitelikte ise, sonra yürürlüğe girenin öncekini zımnen yürürlükten kaldırdığı tartışmasızdır. Buna karşılık eski kanun genel, yeni yürürlüğe giren kanun özel nitelikte ise; genel kanun yürürlükten kalkmış olmamakla birlikte, özel kanun hükümleriyle düzenlenen alanda bu hükümlerin öncelikli olarak uygulanacağı, genel kanunun bu alan açısından artık en fazla özel kanunu tamamlayıcı bir rol icra edebileceği kabul edilir⁵⁶. Bu anlamda, genel kanunun özel kanundaki “boşlukları” doldurduğundan bahsedilebilirse de⁵⁷; buradaki “boşluk” tabiri teknik anlamda “kanun boşluğunu” ifade etmeyip, sadece, kanun koyucunun belirli bir husus için özel kanunda düzenleme getirmekten kaçınarak, o konuyu ilgili genel kanuna tabi tuttuğu halleri ifade eder. Yani bu durumda da olaya uygulanacak bir yazılı hukuk kuralı mevcuttur ve “kanun boşluğu” bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir⁵⁸.

En sorunlu ihtimal ise, önceki tarihli kanunun özel, sonra yürürlüğe giren kanunun genel nitelikte olmasıdır. Bu durumda somut olaya uygulanacak hükmü belirlerken “özel” olmanın mı, “yeni” olmanın mı esas alınması gerektiğine karar vermek için kanun koyucunun iradesinin saptanması, genel kanunu özel kanun hükümlerini bertaraf etmek amacıyla vazedip etmediğinin tespiti lazımdır⁵⁹. Pek çok hizmet akdi ilişkisine uygulanmayacağı 4. maddesinde açıkça belirtilen eski tarihli (ve özel kanun nitelikli) İş Kanunu ile tüm hizmet akitlerine uygulanabilir özellikte kurallar getiren yeni (ve genel kanun nitelikli) TBK m. 393 – 447 hükümleri de bu tür bir ilişki içerisindedir. İşte bu nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu ve sonradan yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK arasındaki ilişkiye dair ilk görüş kanun koyucunun TBK’yı yürürlüğe koyarken güttüğü amaca, yani TBK’nın genel gerekçesine dayanmaktadır⁶⁰.

TBK Genel Gerekçesinde⁶¹: “*Altıncı Bölüm ‘Hizmet Sözleşmeleri’ başlığı altında üç ayırmadan oluşmaktadır. Hizmet Sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmamaya çalışılmıştır*” ifadeleri yer almaktadır. Söz konusu ifadeler kanun koyucunun genel nitelikli TBK hükümleriyle özel nitelikli mevcut İş Kanunu hükümlerini bertaraf etmeyi amaçlamadığını açıkça gösterdiği-

⁵⁶ OĞUZMAN/BARLAS, para. 278.

⁵⁷ Örn. TUNCAY, s. 16; CANIKLIOĞLU, s. 77; ARSLAN ERTÜRK, s. 61; O. Gökhan ANTALYA/Murat TOPUZ, Medeni Hukuk, İstanbul 2015, s. 309; DOĞAN YENİSEY, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 81; SÜZEK, İş Hukuku, s. 240-241 ve 255.

⁵⁸ Bu açıdan, İş Kanununda belirli bir konuyu düzenleyen herhangi bir hükmün bulunmadığı her hali, özellikle de birebir aynı konuyu düzenleyen bir TBK hükmünün mevcudiyetine rağmen, “kanun boşluğu” ibaresiyle belirten ifadeleri (örn. ARSLAN ERTÜRK, s. 57-58; GÜMÜŞ, s. 388) biz doğru bulmuyoruz. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 79.

⁵⁹ OĞUZMAN/BARLAS, para. 279; ANTALYA/TOPUZ, s. 310.

⁶⁰ YILMAZ, s. 29; ÖZDEMİR, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 116; ALPAGUT “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 128.

⁶¹ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf> (03.11.2015).

ne göre, 4857 sayılı mevcut İş Kanunu hükümlerinin TBK hükümleriyle zımnen yürürlükten kaldırılmış olduğunu kabul edebilmek olanaklı değildir. Anılan görüş, bu tespitten yola çıkarak TBK hükümlerinin ancak İş Kanununda düzenlenmeyen konularda uygulama alanı bulabileceği fikrini savunmaktadır⁶².

Diğer bir görüş ise, İş Kanununda işçi ve işverenin karşılıklı borçları hakkında tatbik edilmesi gereken bir kurala yer verilmediği takdirde, bu “düzenleme boşluğu” TBK’nin genel hükümlerinin iş hukukunun niteliğine uyduğu ölçüde uygulanmasıyla giderileceğini; bu uygulamanın pozitif dayanağının da TMK m. 5 olduğunu vurgulamaktadır⁶³. Bu fikre göre, hem TBK hem de İş Kanununda aynı konuyu düzenleyen hükümler bulunması halinde (İş Kanunu kapsamına giren işçiler için) İş Kanunu hükümlerine göre sonuca ulaşılması kural olmakla beraber, genel kanundaki düzenlemenin özel kanundakine nazaran daha uygun ve adil sonuç vermesi halinde bu düzenlemenin öncelikle tatbik edilmesi de düşünülebilir⁶⁴. Böylece bu ikinci görüş, TBK’nın genel hizmet akdine ilişkin hükümlerinin İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanma olanağının, sadece İş Kanununda düzenlenmemiş konularla sınırlı olmadığını savunmaktadır. TBK’da işçiler için yeni (eBK’da yer almayan) bir hak öngörülmesi halinde, bu hakkın İş Kanununda tam bir karşılığının bulunup bulunmadığı araştırılmalı; söz konusu hakkın İş Kanunu kapsamına giren işçilere İş Kanunu uyarınca tanınan haklarla tamamen karşılanmadığının ve İş Kanunu kapsamındaki işçiler için de böyle bir hukuki koruma ihtiyacı bulunduğu saptanması durumunda, artık İş Kanununda TBK’nın genel nitelikli hizmet akdi hükümleriyle doldurulacak bir boşluğun var olduğu kabul edilerek, sonuca bu şekilde ulaşılmalıdır⁶⁵.

Bu ikinci fikre yönelik eleştiriler olarak, Türk İş Hukukuna göre geri kalmış durumdaki İsviçre Hukuku düzenlemelerinden tercüme edilen TBK hükümlerini adeta varlığı gereken isabetli ve çağdaş düzenlemelermiş gibi ele alıp, TBK ile İş Kanunu arasında farklılık bulunan her durumda İş Kanununda boşluktan söz etmenin doğru olmayacağı⁶⁶; bireysel iş hukukunu düzenleyen ayrı bir iş kanununun olmadığı İsviçre Hukukundan alınan kuralların ancak genel kanun - özel kanun ilişkisi yaratılmaksızın, kendi içlerinde tutarlı bir bütün oluşturdukları ve doğrudan TBK kapsamındaki işçiler için öngörülen bu düzenlemelerin İş Kanununa tabi işçiler için de ilave haklar getirdiğinden bahisle İş Kanununa tabi işçiler için yeni “kurallar de-

⁶² YILMAZ, s. 30-31; ALPAGUT, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 128-129; ÖZDEMİR, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 117; ARSLAN ERTÜRK, s. 62.

⁶³ CANIKLIOĞLU, s. 76.

⁶⁴ TUNCAY, s. 16-17; CANIKLIOĞLU, s. 81. Ayrıca bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s. 255.

⁶⁵ CANIKLIOĞLU, s. 82. Karş. KARAÇÖP/YAMAKOĞLU, s. 143; SÜZEK, İş Hukuku, s. 256-257.

⁶⁶ ÖZDEMİR, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 117-118 ve 149 vd..

meti” oluşturulamayacağı⁶⁷; TBK hükümlerinin İş Kanununa tabi işçilere ilave olarak uygulanmasının İş Kanununun işçi – işveren arasında kurduğu denge açısından da benimsenemeyeceği⁶⁸ belirtilmektedir.

Farklı görüşleri değerlendirmeye geçmeden önce “boşluk” kavramı üzerinde kısaca durmak yararlı olacaktır. “Kanun boşluğu” kavramı için doktrinde verilen bazı tanımlar şu şekildedir: “*Kanun hükümlerinin yorumlanması sonucunda hukuksal sonuna cevap veren, olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmazsa bu konuda bir kanun boşluğunun varlığından söz edilir*”⁶⁹; “...kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir hususa ilişkin kanunda düz veya zıt anlamıyla ya da yorum yoluyla uygulanabilecek bir hükmün bulunmaması halinde kanun boşluğu vardır”⁷⁰; “...yasada kural bulunmaması ya da bulunduğu halde bu kuralın çeşitli nedenlerle olayda somut olduğu gibi uygulanamaması... (kanun boşluğudur)”⁷¹; “(k)anun boşluğu, herhangi bir eylem, davranış veya ilişkinin çözümlenmesine yarayacak bir hükmün kanundan yorum yoluyla dahi çıkarılmadığı durum demektir”⁷².

Yapılan tanımları esas alarak kanun boşluğunun ne olduğunu açıklamadan önce, “ne olmadığına” değinmek; tartışmanın doğru zeminde sürdürülmesini sağlayacaktır. İlk olarak, tanımlardan hiçbirinde “çağdışı” düzenlemelerden yahut tam tersine “çağdaş” veya “ileri” hükümlerden bahsedilmediğine dikkat etmek gerekir. Somut olaya doğrudan uygulanabilecek bir kanun hükmünün çağdaş olmadığı gerekçesiyle boşluk bulunduğu iddia edilmesi ve onun yerine daha çağdaş olduğu ileri sürülen başka hükmün böylece uygulanması zaten olanaklı değildir⁷³. Yani “boşluk”

⁶⁷ ALPAGUT, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 128-129; ÖZDEMİR, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 150.

⁶⁸ ALPAGUT, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 128; ÖZDEMİR, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 147-148.

⁶⁹ OĞUZMAN/BARLAS, para. 321.

⁷⁰ Mustafa DURAL/Suat SARI, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015, para. 847.

⁷¹ Aydın ZEVLİLİLER/M. Beşir ACABEY/K. Emre GÖKYAYLA, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 107.

⁷² Jale G. AKİPEK/Turgut AKINTÜRK/Derya ATEŞ, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2015, s. 126.

⁷³ Bir kanun hükmünün çağdaş olmadığı ve ilerici/isabetli sonuçlar doğurmadığı eleştirisi ancak *de lege ferenda* düşünce olarak ileri sürülebilir. Pozitif hukuk kurallarını bu gerekçeyle uygulamama isteğini gerçek kanun boşluğu doldurma faaliyetinden ayırt etmek için “gerçek olmayan kanun boşluğu” tabiri kullanılır. Gerçek olmayan kanun boşluğunu doldurmaya, yani çağdaş veya yeterli olmadığı iddia edilen hükmün yerine daha ilerici veya yeterli olduğu düşünülen bir hükmü uygulamaya çalışmak (velev ki bu son hüküm genel kanunda yer alıyor olsa bile) yasaktır ve kanun koyucunun yasama yetkisine tecavüz olarak algılanır. Zira çağdaş olmayan bir kanun hükmünü değiştirmek ve yerine daha çağdaş bir düzenleme getirmek yargının değil, kanun koyucunun görevidir. Yargı organlarının yapabilecekleri sadece, mevcut kanun hükmünü (lafzı ve ruhuyla bağlı kalmak, yani “serbest yoruma” başvurmamak kaydıyla) mümkün olan en çağdaş veya yeterli sonucu temin edecek tarzda yorumlamaktan ya da en azından rasyonel olmayan hükmün etkisini

meselesinin hangi kanun hükümlerinin daha çağdaş veya daha geri kalmış oldukları tartışması ile hiçbir bağlantısı yoktur.

İkinci olarak, kanun boşluğu tanımlarında “genel” veya “özel” hükümden değil, sadece kanun hükmünden söz edildiğine de dikkat çekilmelidir. Somut olaya düz veya zıt anlamıyla doğrudan uygulanabilir bir hükmün yazılı hukuk kuralları arasında (ister özel kanunda ister genel kanunda) bulunduğu anlaşılırsa artık kanun boşluğundan bahsedilemez. İşte bu nedenle, özel kanununda düzenlenmemiş bir konuda, o konuyu kapsadığı tespit edilen genel kanun hükmünün “**doğrudan tatbik edilmesi**” kanun boşluğu doldurmak değildir. Genel kanun hükmünün özel kanunda düzenlenmemiş bir hususta doğrudan uygulanmasını ve özel kanunda öngörülen hukuki rejimin bu şekilde tamamlanmasını (bütünlenmesini) ifade etmek üzere kullanılan “boşluk doldurma” tabirinin, teknik anlamda “kanun boşluğu doldurma faaliyeti” ile karıştırılmaması gerektiğini yukarıda vurgulamıştık. Keza TMK m. 5’in: “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri*⁷⁴, *uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*” hükmünün de, genel kanundaki kuralın zaten kendi kapsamına giren ve özel kanunda düzenlenmemiş bir vakıya doğrudan uygulanması ile bir ilgisi yoktur. Zira TMK m. 5, TMK ile TBK (ve TTK⁷⁵) hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine “doğrudan” değil, sadece “kıyasen” uygulanmasını düzenler⁷⁶. Bir

sınırlı tutmak için dar yorumlar yapmaktan ibarettir. Daha geniş açıklama için bkz. Çiğdem **KIRCA**, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2001, Cilt 50, Sayı 1, 91-119, s.113; **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 241 ve 344; **DURAL/SARI**, para. 868; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 254-256 ve 287. Bu halde ilgili normun dürüstlük kuralı uyarınca da düzeltilbileceği yönünde ayrıca bkz. Seyfullah **EDİS**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s.128-129; **KIRCA**, s. 113. “Gerçek olmayan boşluk” kavramı hakkında ayrıca bkz. aşağıda dn. 83 ve 91.

⁷⁴ Burada geçen “...*Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri*...” ifadesinin TBK’nın sadece “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısmındaki kuralları değil, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen diğer kanun hükümlerine nazaran genel nitelik taşıyan “Özel Borç İlişkileri” başlıklı ikinci kısmındaki kuralları da kapsadığı hususunda bkz. **EDİS**, s. 248; Osman Berat **GÜRZUMAR**, “Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Yıl 3, Sayı 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt I, 105-161, s. 113 ve 120-121; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 78; Bilge **ÖZTAN**, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 40.Baskı, Ankara 2015, s.196. Aksi fikirde **CANIKLIOĞLU**, s. 76-77; **ARSLAN ERTÜRK**, s. 57.

⁷⁵ TMK m. 5’te TTK’nın değil, TMK ve TBK’nın genel nitelikli hükümlerinden söz edilmekle birlikte; TTK m. 1/İ’in: “*Türk Ticaret Kanunu, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır*” hükmü dikkate alındığında; genel nitelikli TTK hükümlerinin de TMK m. 5 uyarınca kıyasen tatbikinin mümkün olduğu sonucuna varılır. Bkz. **GÜRZUMAR**, s. 127-128. Karş. **EDİS**, s. 252.

⁷⁶ **GÜRZUMAR**, s. 142 ve 152-153; **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 217; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 80. Karş. **EDİS**, s. 254-255, 257. TMK m. 5’in, “genel nitelikli hükümleri kıyasen uygulama” düzenlemesini bir hukuk boşluğu doldurma (hâkimin TMK m. 1/II uyarınca hukuk yaratması) yöntemi olarak mı belirttiği, yoksa kanun boşluğunun ortaya çıkmasını engelleyici bir yol olarak mı öngördüğü tartışmalıdır. Geniş bilgi için bkz. **GÜRZUMAR**, s. 156-157. İkinci görüşün ka-

kanun hükmünün, ister genel ister özel kanunda yer alsın, kapsamına giren hukuki olaya doğrudan tatbik edilmesi zaten o hükmün yürürlüğe konmasının ve TMK m. 1/I'in doğal sonucudur; bunun TMK m. 5'te yeniden belirtildiğini düşünmek anlamsız olur⁷⁷. TMK m. 5'teki "...uygun düştüğü ölçüde..." ifadesi de, bu maddenin TMK ve TBK kurallarının özel hukuk ilişkilerine kıyasen uygulanmasını düzenlediği düşüncesini desteklemektedir⁷⁸. Bir kanun hükmü, kapsamına doğrudan giren ve zaten doğrudan düzenlemeyi amaçladığı hukuki ilişkilere "uygun düştüğü ölçüde" değil, tam olarak uygulanır. TBK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, İş Kanununda düzenlenmeyen konularda "doğrudan" tatbikinde de aynı durum söz konusudur⁷⁹.

Şu halde, TBK ve İş Kanunu ilişkisinde tartışılan sorunların TBK veya İş Kanunu hükümlerinin bir bütün olarak çağdaşlığı ya da geri kalmışlığına veya TBK'nın

bulü halinde, bu hükmün yazılı hukukta kanun boşluğu oluşmasını engellemek için yapılmış bir "genel atf" olduğu; dolayısıyla da, TMK ve TBK'nın genel nitelikli kurallarının sadece doğrudan değil, kıyasen tatbik edilebileceği hallerde bile TMK m. 1/II'nin uygulanamayacağı, yani örf ve adet hukuku kuralı araştırılmayacağı yahut hâkimin kural yaratma yoluna gidemeyeceği sonucuna varılacaktır. Bu görüş günümüzde yaygınlık kazanmaktadır: Örn. **GÜRZUMAR**, s. 156; Rona **SEROZAN**, Medeni Hukuk, 6. Baskı, İstanbul 2015, I §5 No.32a; **OĞUZMAN/BARLAS**, para 212; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 81-82. Öte yandan, TMK m. 1/I'in: "*Kanun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır*" hükmünün yazılı hukuk kurallarının hem doğrudan hem de kıyasen tatbiki ihtimallerini mi kapsadığı, yoksa sadece (düz veya zıt anlamla) doğrudan uygulanmaları halini mi düzenlediği de genel olarak tartışmalıdır. TMK m. 1/I'in kanun hükümlerinin sadece doğrudan tatbikini kastettiği kabul edilirse, bir kuralın (hüküm içi boşlukları doldurma ve yorum haricinde) kıyasen uygulanmasının hâkimin TMK m. 1/II uyarınca kural yaratması niteliğinde olduğu sonucuna varılacak; aksi halde ise, genel veya özel nitelikli herhangi bir kanun hükmünün uyumsuzluğa kıyasen tatbikinin dahi TMK m. 1/I'e göre "kanunun uygulanması" olduğu ve kıyas mümkün olduğu sürece TMK m. 1/II'ye başvurulmasını gerektiren bir kanun boşluğundan bahsedilemeyeceği, dolayısıyla da bu durumda hâkimin örf ve adet hukuk kuralı araştırılmayacağı gibi, hukuk boşluğu doldurmak amacıyla yeni kural da yaratamayacağı neticesine ulaşılabilecektir: Örn. ilk fikri savunan **SEROZAN**, I §5 No.32a; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 269-270; ikinci görüşü benimseyen **GÜRZUMAR**, s. 158 ve Mehmet **AYAN/Nurşen AYAN**, Medeni Hukuka Giriş, 11. Baskı, Konya 2015, s. 67. Bu tartışma hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **GÜRZUMAR**, s. 133-134.

⁷⁷ **GÜRZUMAR**, s. 142.

⁷⁸ **GÜRZUMAR**, s. 141.

⁷⁹ TBK kurallarının İş Kanununa tabi ilişkilere tatbikinde "kıyasen uygulama" veya "uyarlama" zorunluluğu bulunduğu belirtilmekte ve yasal dayanak olarak da TMK m. 5 gösterilmektedir. Örn. **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 38; **CANIKLİOĞLU**, s. 77; **ARSLAN ERTÜRK**, s. 57; **GÜMÜŞ**, s. 388. Oysa bu düşünce ancak, TBK'nın tüm sözleşme ilişkilerine uygulanabilir nitelikte olan bazı "genel hükümlerinin" (TBK m. 1-206) ve aslında bir başka akdi düzenleyen, fakat hizmet akdine de kıyasen uygulanması düşünülen kurallarının hizmet akitlerine tatbiki halinde doğru kabul edilebilecek bir görüştür. TBK'nın "doğrudan" ve "sadece" hizmet akitlerine ilişkin olan kurallarının, kuralın tatbikini engelleyecek bir özel hükmün İş Kanununda hiç bulunmadığı hallerde hizmet akdine uygulanması ise "kıyasen uygulama" olarak adlandırılmaz; "doğrudan doğruya" hizmet akitlerini düzenlemeyi amaçlayan bir kuralın, kapsamına "doğrudan" giren (daha özel nitelikli kurala da konu edilmemiş) bir vakıya "uygun düştüğü ölçüde" uygulanacağından bahsetmek de anlamsızdır.

İş Kanununda düzenlenmeyen konularda doğrudan uygulanacak olan hizmet akdi hakkındaki maddelerine ilişkin olmadığı kabul edilmelidir. Tartışılan hususlar, İş Kanununun ve (sonradan yürürlüğe giren) TBK'nın aynı konuda farklı düzenlemeler getirdiği hallerdir⁸⁰.

Bilindiği gibi, kanun boşluklarına dair yapılan çeşitli ayrımlar içinde en yaygın olanı “açık boşluk – örtülü boşluk” ayrımıdır: Açık boşluk kanundan somut olaya uygulanması gereken bir hükmün ne lafız itibarıyla ne de yorumla çıkartılamaması halini ifade eder⁸¹. Örtülü boşluk ise kanundaki hükmün lafzı ile ruhunun bağdaştırılmasının mümkün olmadığı, yani hükmün mevcut haliyle uygulanmasının kanunun amacına⁸² aykırı sonuçlar doğuracağı veya “eşdeğerde” (genel - özel hüküm ilişkisi içinde bulunmadığı) bir başka kanun hükmü yahut dürüstlük kuralı ile çatışma yaratacağı hallerde söz konusu olur⁸³.

Kanun boşluklarına ilişkin bir başka ayrım “ihmal boşluğu – fiili boşluk” ayrımıdır⁸⁴: İhmal boşluğu kanun yapılırken özen gösterilmemesi sebebiyle ortaya çıkan ve kanunda baştan beri var olan boşluğu; fiili boşluk ise kanunun yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen değişimlerden kaynaklanan boşluğu ifade eder. Gerek açık boşluk ve gerekse örtülü boşluk ihmal boşluğu veya fiili boşluk olarak ortaya çıkabilir⁸⁵.

Türk Hukukunda İş Kanununun Borçlar Kanundan ayrıca vazedilme amacı herkesçe malumdur: İşçilerin menfaati için (işçi ile işvereni hukuki ilişkinin sosyal ve ekonomik açıdan eşit durumdaki tarafları olarak gördüğü kabul edilen Borçlar Kanununa nazaran) daha yüksek seviyede bir koruma sağlamak; işçi ve işveren arasındaki

⁸⁰ Aynı yönde **CANİKLİOĞLU**, s. 78.

⁸¹ Bkz. **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.110; Hüseyin **HATEMİ**, Medeni Hukuk'a Giriş, 7. Bası, İstanbul 2013, §7 No.56; Serap **HELVACI/Fulya ERLÜLE**, Medeni Hukuk, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 17; **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 339; **DURAL/SARI**, para. 864; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 252. Açık boşluklara “gerçek boşluk” da denilmektedir: Örn. **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 127; **ÖZTAN**, s. 48.

⁸² “Amaç” ifadesiyle kastedilen hükmün amacı değil, bir bütün olarak kanunun amacıdır. Bkz. **KIRCA**, s.115.

⁸³ Bkz. **EDİS**, s. 134; Aytekin **ATAAY**, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası, İstanbul 1980, .s. 239-240; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 110; **HELVACI/ERLÜLE**, s. 18; **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 340; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 254; **DURAL/SARI**, para. 866. Örtülü boşluklar doktrinde bazen “gerçek olmayan boşlukların” (doldurulması gereken) alt-türü gibi ele alınmaktadır: Örn. **EDİS**, s. 134; **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 341; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 254-255. Oysa “gerçek boşluk” doldurulması gereken kanun boşluğu manasında anlaşılırsa, örtülü boşlukların da gerçek boşluk olarak nitelendirilmesi lazımdır. Aynı yönde **KIRCA**, s. 114; **HATEMİ**, §7 No.66; **DURAL/SARI**, para. 869; İsviçre Hukuku için ayrıca bkz. aşağıda dn. 91.

⁸⁴ İhmal boşlukları ile fiili boşluklar kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bırakmadığı “bilinçsiz” boşluklardır. Bkz. **HELVACI/ERLÜLE**, s. 18; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 254; **OĞUZMAN/BARLAS**, para.335.

⁸⁵ **KIRCA**, s.101.

menfaat dengesini işçiden yana olan bir noktada dengelemek⁸⁶. Şu halde, İş Kanununun işçi menfaatlerine Borçlar Kanununun genel nitelikli hizmet sözleşmesi hükümlerine nazaran daha yüksek seviyede bir hukuki koruma sağlama temel amacını taşıdığı; kanun koyucunun bu iki kanun arasında sadece “genel kanun – özel kanun ilişkisi” değil, aynı zamanda işçi menfaatlerinin hukuken korunması bakımından bir “seviye ilişkisi” de öngördüğü belirtilmelidir. Üstelik TBK Genel Gerekçesinde İş Kanunu kapsamı dışındaki işçilere yönelik olarak: “*Bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmamaya çalışılmıştır*”⁸⁷ ifadesinin yer alması kanun koyucunun TBK ile İş Kanunu arasındaki, işçi menfaatlerinin korunma seviyesine ilişkin farklılığı halen muhafaza etmeye çalıştığını; amacının İş Kanununa tabi olmayan işçilere de İş Kanunu seviyesine “yaklaşacak” bir koruma sağlamak olduğunu; İş Kanununa tabi işçiyi halen menfaati daha yüksek seviyede korunan işçi olarak gördüğünü ortaya koymaktadır⁸⁸.

Bu duruma göre, İş Kanunu kapsamındaki bir işçinin İş Kanunu kapsamı dışındaki işçiyeye nazaran, sırf İş Kanunu hükümlerine tabi bulunduğu için hukuken daha dezavantajlı pozisyona düşmesi İş Kanunun amacı açısından kabul edilemez bir sonuç teşkil edecektir. Daha açık söyleyişle, uyumsuzluğa İş Kanunu hükümlerinin tatbik edilmesi İş Kanununa tabi işçinin menfaati açısından, anılan Kanunun kapsamı dışında kalan ve benzer uyumsuzlukta taraf olabilecek bir işçiyeye nazaran objektif olarak daha elverişsiz bir durum yaratacaksa; o hükmün uygulanmasının İş Kanununun amacı ile çeliştiğini ve örtülü boşluk oluştuğunu kabul etmek gerekir⁸⁹. Kanun boşluğunun kanunun vazedilmesinden sonra (“fiili boşluk” tarzında) ortaya çıkma sebeplerine doktrinde genellikle teknolojik ya da toplumsal gelişmeler örnek gösterilmekle⁹⁰ birlikte; bu misalde, mevzuat değişikliklerinin dahi kanunda fiili boşluk oluşmasına yol açabileceği görülmektedir. Esasen Borçlar Kanunu gibi bir ana kodda önemli değişikliklere gidilmesinin “toplumsal gelişme” olarak düşünülmesi de mümkündür⁹¹.

⁸⁶ Geniş açıklama için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 35 vd.; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 16 vd.; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 21 vd.. Kanun koyucunun bu amacı 8.6.1936 tarihli ve 3008 sayılı (ilk) İş Kanunu Gerekçesinde şu şekilde belirtilmektedir: “*Bu kanunun vazından maksad Türkiye amelesi ve işçilerinin hayat ve haklarını ve menfaatlerini göz önünde bulundurarak say ile sermaye arasında ahenk tesisine yarayacak hükümler vazı olduğundan...*” [www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c012/tbmm05012073ss0194.pdf (03.11.2015)]

⁸⁷ Yukarıda dn. 61.

⁸⁸ Karş. **KOÇ**, s. 585; **ÖZDEMİR**, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 117.

⁸⁹ Karş. **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 255.

⁹⁰ Örn. **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 335; **DURAL/SARI**, para. 868.

⁹¹ Yazılı hukuk kuralının toplumda zamanla ortaya çıkan değişim karşısında yetersiz hale gelmesi ve olduğu gibi uygulanmasının bu nedenle sakıncalı sonuç doğurması (“kanunun eksikliği”) du-

Genel hizmet sözleşmesine ilişkin TBK hükümlerinin örtülü boşluğu gidermek amacıyla İş Kanununa tabi işçilere de “aynen” uygulanması, İş Kanununun işçi ve işveren arasında kurduğu dengeyi bozma tehlikesi yaratabilir⁹². Bu nedenle, ilgili TBK hükümlerinin İş Kanununa tabi işçilere kıyasen tatbikinde⁹³ ilgili İş Kanunu hükmünün varlığını yine koruyacak, fakat gerekirse bu hükmün “amaca uygun sınırlanması” (teleolojik redüksiyonu)⁹⁴ veya genişletilmesi sonucunu doğuracak bir yol

rumunda, hükmü somut olaya uygularken dürüstlük kuralına göre hareket etmenin de bir boşluk doldurma olduğu savunulmaktadır. Bkz. **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.111-112. Buna karşılık, yazılı hukuk kuralının zamanla ortaya çıkan değişim karşısında yetersiz kalmasının kanun boşluğu sayılamayacağı gerekçesiyle, bu durumda en fazla dürüstlük kuralına dayanarak “eksikliğin yumuşatılabileceğini” belirten yazarlar da vardır: Örn. **EDİS**, s. 134; **AYAN/AYAN**, s. 70. Hemen belirtelim ki, bizim burada değerlendirdiğimiz husus “kanunun eksikliği”, yani İş Kanununun “yetersiz” hale gelmesi değil; Borçlar Kanunundaki değişim sonucunda İş Kanununda “gerçek” boşluk niteliğinde görülmesi gereken bir “örtülü boşluk” oluşması, yani İş Kanununun bazı hükümlerin Kanunun amacı ile çatışır duruma gelmesidir. Aslında “kanunun eksikliği” ile “örtülü boşluğun” birbirine karıştırılması “gerçek olmayan boşluk” kavramının muğlak ve yanıltıcı olup, hem “örtülü boşluğu” hem de “kanunun eksikliğini” ifade etmek üzere ikili manada kullanılmadan kaynaklanmaktadır. Karş. **SEROZAN**, I §5 No.39: Örn. **ATAAY**, s. 238; Ergun **ÖZSUNAY**, Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986, s. 202. Türk doktrininde bu anlayışı terk eden yazarlar olduğunu yukarıda (dn. 83) vurgulamıştık. İsviçre’de de “gerçek olmayan boşluk” (*unechte Lücke*) kavramının çok anlamlılığı ve yanlış anlaşılması nedeniyle yeni doktrinde kullanılmadığına dair bkz. Susan **EMMINGER/Axel TSCHENTSCHER**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art.1-9 ZGB, Hrsg. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Bern 2012, Art. 1 No. 358. Oysa bu kavram İsviçre doktrininde de aynen Türk doktrininde olduğu gibi söz konusu ikili anlamda kullanılmakta idi: Örn. Peter **TUOR/Bernhard SCHNYDER/Jörg SCHMID/Alexandra JUNG**O, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2015, §5 No.31-32.

⁹² Karş. yukarıda dn. 68.

⁹³ Biz bu kıyasen uygulamanın TMK m. 5 kapsamında görülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Fakat bu görüş, söz konusu uygulamanın bir hukuk boşluğu doldurma faaliyeti niteliğinde olup olmadığı hususunda tartışmaya da yol açacaktır. Karş. yukarıda dn. 76.

⁹⁴ Amacını aşacak kadar geniş kapsamlı düzenlemeye sahip ve gerekli istisnaları içermeyen bir kuralın uygulama alanının düzenlenme amacının öngördüğü sınırlara indirgenmesi anlamına gelen “teleolojik redüksiyon” Alman Hukukunun etkisi altındaki bazı yazarlarca (**KIRCA**, s. 96 vd.; **SEROZAN**, I §5 No.40a) savunulan bir örtülü boşluk giderme yöntemidir. Bu görüş, örtülü boşlukların tamamını kuralın aşırı genişliğinden, yani amaca uygun tatbik edilebilmesi için gerekli istisnayı/istisnaları içermemesinden kaynaklanan boşluk olarak tanımlamakta; böylece, açık boşlukların kıyas, örtülü boşlukların ise teleolojik redüksiyon yoluyla giderileceği şeklinde bir ayrımına ulaşarak; teleolojik redüksiyonun kıyastan ve daraltıcı yorumdan farklı bir kavram olduğu düşüncesini savunmaktadır. Türk doktrininde genel olarak benimsendiğini söyleyemeyeceğimiz “teleolojik redüksiyon” fikri İsviçre Hukukunda oldukça yaygın şekilde savunulan bir görüş haline gelmiştir: Örn. **EMMINGER/ TSCHENTSCHER**, Art. 1 No. 395; Heinrich **HONSELL**, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel 2014, Art. 1 No.16; **TUOR/ SCHNYDER/SCHMID/ JUNG**O, §5 No.33: özellikle BGE 121 III 219. İsviçre Hukukunda kıyas ile teleolojik redüksiyon arasında fark olduğunu savunan fikre göre: “Açık boşluklar” (*offene Lücken*) olarak da anılan “düzenleme boşluklarını” (*Regelungslücken*) doldurmak için kıyas; hükümde olması gereken istisnaların yokluğunu, yani “örtülü boşluklar” (*verdeckte Lücken*) olarak da anılan “istisna boşlukla-

izlenmesi de olanaklı görülmelidir.

Elbette bu kıyasen uygulamanın işçi ile işveren menfaatleri arasında İş Kanunu hükümleri uyarınca kurulan dengeyi aşırı derecede bozacak veya işçinin bu defa İş Kanunu hükümleri uyarınca sahip olduğu hukuki korumayı ortadan kaldıracak (İş Kanunu uyarınca sağlanan korumayı TBK uyarınca sağlanan koruma ile eşitleyecek) bir tarzda yapılmaması için dikkatli olmak gerekir. Bunun için de, doğal olarak, tartışma yaratan her bir düzenleme için ayrı ayrı değerlendirme yapılması zorunludur⁹⁵. Ne var ki, bu zorunluluk söz konusu değerlendirmeleri yaparken hiçbir ortak ölçütü dikkate almamak anlamına da gelmemelidir. Söz konusu ortak ölçüt, yukarıda belirtildiği üzere, şu şekilde ifade edilebilir: İş Kanunu hükümlerinin tatbik edilmesi bu Kanuna tabi bir işçiyi, İş Kanunu kapsamı dışında kalan bir işçiyeye nazaran hiçbir zaman hukuken daha dezavantajlı konuma düşürmemelidir.

B. TBK m. 439 İle İş Kanunu m. 17/IV Arasındaki İlişki

4857 sayılı İş Kanunu m. 17/I-II belirsiz süreli iş sözleşmelerinin olağan feshin-

rını” (*Ausnahmelücken*) gidermek içinse teleolojik redüksiyon yöntemi kullanılmalıdır. Böylece, “düzenleme boşluğu ile istisna boşluğu” ve keza “kıyas ile teleolojik yorum” birbirleriyle “aynadaki akis gibi” ters bir ilişki içinde görülmelidir. Hatta eksik düzenleme içeren (amacına göre olması gerekenden daha dar kapsamlı olan) bir normun kıyas yoluyla genişletilmesine, anılan bu zıtlığı daha da vurgulayacak şekilde “teleolojik genişleme” (*teleologische Extension*) adı verilmektedir. Daha geniş bilgi için bkz. EMMENGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 No.351-352, 384 ve 392 vd.; HONSELL, Art. 1 No.17. Ne var ki, kulağa çok hoş gelmekle birlikte, söz konusu formülasyonların teleolojik redüksiyonun genişletici (özellikle de *contra legem* genişletici) yorumdan ve kıyastan (ya da tamamen yeni bir kural yaratarak boşluk doldurmaktan) farkını işlevsel bir şekilde ortaya koymadıkları, yani “teleolojik redüksiyon” ile bunlar arasındaki sınırın ne olduğunu ve böyle ayrı bir kavrama neden ihtiyaç bulunduğunu tartışmalara son verecek netlikte açıklayamadıkları anlaşılmaktadır. Bkz. ve karşı. Heinz HAUSHEER/Manuel JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003, Art. 1 No. 266; HONSELL, Art. 1 No.16. İsviçre’de teleolojik redüksiyonu savunan görüşün, bu faaliyeti, “dar anlamda” teleolojik redüksiyon olduğunu ifade ettikleri “amaca uygun tahdit” (*teleologische Restriktion*) ve “indirgeyici kıyas” (*reduzierende Gesetzesanalogie*) gibi çeşitlere ayırarak; “indirgeyici kıyas” niteliğindeki teleolojik redüksiyonun aslında bir istisnadan örtülü boşluk içeren kanun hükmüne kıyas yoluyla uygulanmasından ibaret olduğunu belirtmeleri de (EMMENGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 No.392 ve 403) kanaatimizce bu saptamayı doğrulayan bir husustur. “Teleolojik redüksiyon” kavramını bütün yönleriyle incelemek elbette bu makalenin konusu dışındadır. Fakat çalışmamızla ilgili olarak şu hususu belirtelim: Bu çalışmada “teleolojik redüksiyon” kavramı, örtülü boşluk doldurma yöntemini değil; örtülü boşluk doldurma faaliyetinin sonucunu belirtmek için kullanılmıştır. Diğer deyişle, tıpkı “daraltıcı yorum” ve “genişletici yorum” kavramlarının yorumun yöntemini değil, sonucunu ifade ettikleri gibi; “teleolojik genişleme” ve “teleolojik sınırlama” kavramları da örtülü boşluğu doldurmanın yöntemini değil, sonucunu ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Buna göre, örtülü boşluğun bir başka kanun hükmünden kıyasla ya da tamamen yeni kural yaratmak suretiyle doldurulması neticesinde ortaya çıkan yeni hüküm örtülü boşluk içeren kanun hükmünden daha geniş kapsamlı ise “teleolojik genişleme”den, daha dar kapsamlı ise “teleolojik sınırlama”dan bahsetmek mümkün olacaktır.

⁹⁵ CANIKLIOĞLU, s. 78. Karş. DOĞAN YENİSEY, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 109.

de feshi ihbar sürelerini altı aydan az çalışmış olan işçiler için iki hafta, bir buçuk yıla kadar çalışmış işçiler için dört hafta, üç yıla kadar çalışmış olan işçiler için altı hafta, üç yıldan fazla süredir çalışmış bulunan işçiler içinse sekiz hafta olarak belirlemiş; m. 17/IV ise, süresinde bildirim şartına uymayan taraf için, uymadığı bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat (ihbar tazminatı) sorumluluğu öngörmüştür. Günümüzde bu hükmün “götürü tazminat” düzenlemesi niteliğinde olduğu ve tazminat talebinin 10 yıllık genel zamanaşımı süresine (TBK m. 146) tabi bulunduğu hem doktrinde hem de Yargıtay içtihatlarında kabul edilmektedir⁹⁶.

TBK m. 439/I hükmünün işçinin tazminat sorumluluğu açısından, (belirsiz süreli iş akitleri için) İş Kanunu m. 17/IV hükmünde düzenlenmiş olan “ihbar tazminatına” karşılık geldiği çok açıktır⁹⁷. O halde, TBK m. 439 ve İş Kanunu m. 17/IV hükümlerinin aynı konuyu düzenledikleri ve çatışan hükümler olduğu söylenebilir. Bu çatışmanın çözümü hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler üçe ayrılmaktadır:

İlk görüşe⁹⁸ göre: TBK m. 439 düzenlemesi İş Kanununa tabi işçilere, ister belirli süreli isterse belirsiz süreli iş akdiyle çalışıyor olsunlar, hiçbir şekilde uygulanamaz. Zira İş Kanunu 17/IV hükmü iş akdinin usulsüz feshinde uygulanacak ihbar tazminatı yaptırımını özel olarak düzenlemiştir. Keza belirli süreli iş akitlerinin işçi tarafından haksız feshi halinde ödenecek tazminattan da sadece İş Kanunu m. 23’de bahsedilmiş olmakla; işverenin, işçi tarafından haksız fesih durumunda yaptırım olarak (TBK m. 439/I’deki) haksız fesih tazminatına değil, ancak zararının genel hükümlere göre tazminini istemeye hak kazanabileceği anlaşılmaktadır. Şu hale göre, İş Kanununda, genel hüküm olarak TBK m. 439’a gitmeyi gerektirecek bir boşluktan bahsedilemez.

İkinci ve hâlihazırda hâkim durumda olan görüşe⁹⁹ göre ise: TBK m. 439, İş

⁹⁶ Bkz. OĞUZMAN, s.276; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 922; NARMANLIOĞLU, s. 389; SÜZEK, İş Hukuku, s. 555; Yargıtay 9. HD. 12.04.2010, E.2008/24533 K.2010/10223; Yargıtay 9. HD. 09.06.2011, E.2009/12787 K.2011/17301; Yargıtay 7. HD. 12.12.2013, E.2013/14969 K.2013/22047; Yargıtay 9. HD. 29.01.2014, E.2011/52614 K.2014/ 2342; Yargıtay 9. HD. 10.02.2014, E.2011/54410 K.2014/3699; Yargıtay 7 HD. 26.02.2014, E.2013/22242 K.2014/4666; Yargıtay 9. HD. 3.3.2014, E.2013/11540 K.2014/6681 (belirtilen tüm kararlar için: www.kazanci.com, 03.11.2015). Karş. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 322, 323-324. Eski Yargıtay içtihatlarında ve doktrinde savunulan “işsizlik tazminatı”, “medeni ceza”, “çift karakterli özel tazminat” gibi farklı görüşler hakkında bilgi için ayrıca bkz. Nüket SARACEL, “İhbar Tazminatı ve Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1998, Cilt II, Sayı: 1-2, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, 1999, 51-62, s. 54 vd.; Yusuf DEMİR, Türk İş Hukuku’nda İhbar Tazminatı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, s. 62 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 388-389.

⁹⁷ Aynı yönde ÖZDEMİR, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 129; YÜREKLİ, s. 210-211. Karş. ÇELİK, s. 7; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 921; ŞİŞLİ/DULAY YANGIN, s. 88-89; SÜZEK, İş Hukuku, s. 744.

⁹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 882. Karş. BAYCIK, s. 380-381.

⁹⁹ GÜLVER, s.1025; SOYER, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda...”, s. 36-37; ALPAGUT,

Kanunu kapsamındaki belirsiz süreli iş akitlerinin haksız/usulsüz feshi halinde tatbik edilmez. Değişik söyleyişle, TBK m. 439, İş Kanunu kapsamı dışında kalan (sadece TBK'ya tabi) belirli ve belirsiz süreli iş akitleri ile İş Kanunu kapsamındaki belirli süreli iş akitlerinin işçi tarafından feshinde tatbik edilecektir. Zira İş Kanununda belirli süreli iş akitlerinin haksız feshinde uygulanacak özel bir hüküm bulunmadığından, bu halde de TBK m. 439 uygulanmalıdır. Buna karşılık, belirsiz süreli iş akitlerinin haksız ve usulsüz feshinde uygulanacak yaptırım İş Kanunu m. 17/IV'teki özel hükümde öngörüldüğünden, TBK m. 439'un bunlar hakkında tatbiki olanaklı değildir.

Üçüncü görüş¹⁰⁰: TBK m. 439 sınırlamasının işçi lehine olmakla, iş hukuku kurallarının işçi lehine nispi emrediciliği gereği, İş Kanunu kapsamındaki tüm iş akitlerine uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu fikre göre, işveren İş Kanunu m. 17/IV hükmündeki ihbar tazminatını belirsiz süreli iş akdini haklı sebep olmadan ve ihbar öneline uymadan fesheden işçiden ancak aylık ücretinin dörtte biriyle sınırlı olarak isteyebilecektir.

İlk iki görüşü savunanların “boşluk” kavramını sadece açık boşlukları ifade edecek şekilde ele aldıkları ve örtülü boşluk ihtimalini değerlendirmedikleri anlaşılmaktadır. Oysa hâkim fikri savunanlardan DOĞAN YENİSEY'in: “*İş kanunlarına tabi işçiler açısından belirli süreli sözleşmelerin haksız feshi halinde ödenen bu tazminat miktarı belirsiz süreli sözleşmelerin haksız feshi halinde ödenen ihbar tazminatı miktarıyla karşılaştırıldığında oldukça düşük kalmaktadır. İşçinin kıdemine göre belirlenecek asgari ihbar tazminatı iki haftalık ücret tutarında iken belirli süreli bir sözleşmede işçinin ücretinin dörtte biri tutarında tazminat ödemek zorunda bırakılması tazminat dengesi açısından düşündürücüdür*”¹⁰¹ şeklindeki ifadeleri bu açıdan oldukça dikkat çekicidir. Zira yazarı “düşündüren” durum, tam da bizim yukarıda açıkladığımız “örtülü boşluk” halidir.

İş Kanununa tabi bir işçinin, sırf kendi usulsüz feshine İş Kanunu hükümleri

“Türk Borçlar Kanununun...”, s.144-145; DOĞAN YENİSEY, “Türk Borçlar Kanununun...”, s.107-108; YÜREKLİ, s. 286; SÜZEK, İş Hukuku, s. 744; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 415. Karş. ÖZDEMİR, “Yeni Borçlar Kanununun...”, s. 153.

¹⁰⁰ ŞİŞLİ/DULAY YANGIN, s. 89.

¹⁰¹ DOĞAN YENİSEY, “Türk Borçlar Kanununun...”, s. 108. Ayrıca DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunda Cezai Şart”, s. 33: “*Belirli süreli sözleşmede sözleşme taraflarının sözleşmeyi bir süre devam ettirme yolundaki açık taahhüdüne aykırı bir davranış belirsiz süreli sözleşmede ihbar sürelerine uymamaya oranla daha ağır bir sözleşmeye aykırılık halidir. Buna rağmen Borçlar Kanunu 439. maddesi ile her iki hukuka aykırı davranış, aynı yaptırımı, işçi aylık ücretinin dörtte biri tutarında bir tazminata tabi kılmalıdır. Bu durumun yarattığı dengesizlik iş kanunlarına tabi işçiler bakımından ortaya çıkmaktadır. Belirsiz süreli sözleşmeyi ihbar sürelerine uymaksızın sona erdiren İş Kanununa tabi bir işçi en kısa ihbar süresi iki hafta olduğundan en az aylık ücretinin yarısı en fazla 8 haftalık, iki aylık ücret tutarında tazminat öderken, belirli süreli sözleşmeyi haklı bir neden bulunmaksızın sona erdirdiğinde aylık ücretinin dörtte biri tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü kılınacaktır... Ancak belirsiz süreli sözleşmedeki ihbar tazminatı miktarları karşısında kanımızca daha ağır olarak nitelendirilebilecek bir hukuka aykırı davranışın yaptırımı daha hafif olarak belirlenmiştir.*”

tatbik edildiği için, hizmet akdini haksız/usulsüz feshi TBK hükümlerine tabi olan bir işçiden daha ağır bir tazminat yükümü altına girecek olması, kanaatimizce İş Kanunu m. 17/IV açısından örtülü boşluk halini ifade etmektedir. Zira bu ihtimalde İş Kanunu m. 17/IV'ün tatbik edilmesi İş Kanununun işçiyi (salt TBK'ya tabi işçiden daha fazla) koruma amacına aykırı bir sonucun meydana gelmesine neden olmaktadır. Öte yandan, bu örtülü boşluk halini dikkate alarak İş Kanunu m. 17/IV hükmünü işçinin usulsüz feshi bakımından tamamen devre dışı bırakmak ve onun yerine TBK m. 439'u tam olarak uygulamak da olanaklı gözükmemektedir. Zira böyle bir yola gidilmesi halinde, bu defa da İş Kanunu m. 17/IV'ün işçiyi koruyan ve 2 ilâ 8 haftalık ücrete denk gelen tazminat üst sınırı ortadan kalkmakta; belirsiz süreli hizmet akdini haksız ve usulsüz fesheden işveren gerek TBK m. 438/I ve gerekse İş Kanunu m. 17/IV uyarınca sadece uymadığı ihbar süresine karşılık gelen ücrete mukabil bir tazminat ödemekle yükümlü olurken, aynı durumdaki işçi işverenin zararını ispatlaması halinde üst sınırını önceden öngöremeyeceği bir tazminat sorumluluğu altına girebilmektedir¹⁰².

Bu durum karşısında, kanaatimizce, İş Kanunu m. 17/IV hükmünü tamamen bertaraf etmeden, TBK m. 439/I'in İş Kanununa tabi belirsiz süreli akitlere kıyasen uygulanması yoluyla "amaca uygun sınırlandırmak" ve bu suretle örtülü boşluğu gidermek mümkündür. Bunun için, TBK m. 439 düzenlemesinin, İş Kanunu m. 17/IV'teki ihbar tazminatının "götürü tazminat" niteliğine işçiler açısından bir istisna getirecek şekilde uygulanması gerekmektedir. Böylece, işçinin İş Kanunu m. 17/IV uyarınca ödemekle sorumlu olabileceği (2 ilâ 8 haftalık ücrete karşılık gelen) ihbar tazminatı ancak TBK m. 439/I'de belirtilen "aylık ücretin dörtte birine" kadar "götürü tazminat" olarak kabul edilecek; işverenin bunun üzerinde kalan ve toplamdaki üst sınırı 2 ilâ 8 hafta olan kıdem tazminatı miktarını talep edebilmesi ise (TBK m. 439/I son cümlede arandığı gibi) zararı ispat külfetine bağlı tutulacaktır.

Söz konusu düşüncenin benimsenmesi durumunda, işe başlamama veya işi terk şeklindeki davranışı TBK hükümlerine tabi olan işçiler ile aynı davranışları İş Kanunu m. 17/IV'e tabi olan işçiler arasında ortaya çıkacak fark şu şekilde ifade edilebilir: Hizmet akdini haksız/usulsüz feshetmesi TBK m. 439'a tabi olan bir işçi bu davranışı nedeniyle ve işverenin otuz gün içinde dava veya takip yoluna başvurması halinde aylık ücretinin dörtte biri tutarında götürü tazminat ödemek zorunda kalacak; işverenin bunun üzerindeki zararını ispatlaması halinde ise ödemek zorunda kalacağı tazminat bir üst sınıra tabi olmaksızın artabilecektir. Keza hizmet akdini usulsüz feshi İş Kanunu m. 17/IV'e tabi olan bir işçi de yine işverenin otuz gün içinde dava veya

¹⁰² TBK m. 438/III'teki istisnai düzenlemenin bu eşitsizliği kısmen gidereceğini söylemek mümkündür. Ancak hâkimin TBK m. 438/III uyarınca işçi lehine hükmedebileceği ek tazminatın dahi bu hükümde "en fazla 6 aylık ücret" üst sınırına tabi tutulduğu ve böylece işveren için yine az çok bir öngörülebilirlik sağlandığı da dikkate alınmalıdır. TBK m. 439/I son cümle hükmünde ise, işçi için, bu kadar bile öngörülebilirlik yoktur.

takip yoluna başvurması halinde aylık ücretinin dörtte biri tutarında götürü tazminat ödeyecek, fakat işverenin bu miktarın üzerindeki zararını ispatlaması halinde bile onun ödeyeceği tazminat toplamda feshi ihbar süresine karşılık gelen (2-8 haftalık) ücret miktarını aşamayacaktır. Ayrıca, TBK m. 439/I'de düzenlenen bu götürü tazminat miktarının yukarıda¹⁰³ ifade ettiğimiz gibi “nispi götürü tazminat” olarak anlaşılması ve işveren zararının bu miktarda olmadığını TBK m. 439/II uyarınca ispatlama imkânının işçiye her iki durumda da tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

TBK m. 439/I-II hükümleri haksız olarak işe başlamayan veya işi aniden bırakan işçiler aleyhine uygulanacak bir nispi götürü tazminat düzenlemesi teşkil etmektedir. Türk Hukukunda nispi emredici nitelikte görülmesi gerektiğini düşündüğümüz bu düzenleme uyarınca, hizmet akdini haksız olarak ve olağan fesih hakkının bulunduğu hallerde feshi ihbar süresine uymadan sona erdiren bir işçi, işverene aylık ücretinin dörtte biri tutarında götürü tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. İşçinin bu tazminatı ödeme yükümünden kurtulması, işveren zararının ya hiç olmadığını ya da aylık ücretin dörtte birinden az olduğunu ispatlayabilmesine bağlıdır. İşverenin götürü tazminat miktarından daha fazla bir miktarda tazminat isteyebilmesi ise zararını genel kurallara göre ispatlaması şartına bağlı tutulmuştur.

TBK m. 439'un nispi emrediciliği aksi yönde ve işçi aleyhine uygulanabilecek cezai şart veya götürü tazminat anlaşmaları yapılmasını engeller. Fakat kanaatimizce, tarafların asgari süreli hizmet akdini feshetmelerini belirli bir süre boyunca engellemeye veya hizmet akdinin senenin belirli dönemlerinde feshini önlemeye yönelik olan, yani usulüne uygun olağan fesih halinde bile tatbik edilebilecek bulunan cezai şart anlaşmaları ile eğitim giderlerini geri ödeme kaydı niteliğindeki anlaşmalar TBK m. 439'un emrediciliğinin kapsamı dışında kalmaktadır.

TBK m. 439/III'te dava veya takip yoluyla götürü tazminat talebinde bulunabilmek için otuz günlük hak düşürücü süre öngörülmüştür. Bu hak düşürücü sürenin işçinin işi kesin olarak bıraktığının (iş akdini feshettiğinin) anlaşıldığı günden itibaren hesaplanması gerekir. Ayrıca, söz konusu hak düşürücü süre sadece götürü tazminat talepleri için geçerli olup; işverenin zararını ispatlamak suretiyle, yani götürü tazminat hükmüne dayanmadan ileri süreceği tüm tazminat talepleri genel zamanaşımı süresine tabidir.

TBK m. 439/I'de işçiler için, İş Kanunu m. 17/IV hükmünde düzenlenen ihbar tazminatına nazaran daha düşük bir götürü tazminat yükümlülüğü öngörülmüş olması, kanaatimizce, İş Kanunu m. 17/IV açısından bir örtülü boşluk halinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu örtülü boşluk TBK m. 439/I'in kıyasen uygulanması

¹⁰³ Bkz. yukarıda dn. 7 ve 8.

ve böylece İş Kanunu m. 17/IV hükmünün amaca (İş Kanununun işçiyi koruma amacına) uygun sınırlandırılması yoluyla giderilebilir. Bu durumda TBK m. 439/I, ödeyeceği ihbar tazminatı İş Kanunu m. 17/IV'e tabi olan bir işçiden götürü tazminat olarak talep edilebilecek miktarın üst sınırını çizecek; İş Kanunu m. 17/IV ise, işverenin işçiden zararını ispatlasa bile isteyebileceği tüm tazminat miktarının üst sınırını belirleyecektir.

KAYNAKÇA**

AKİPEK, Jale G. / **AKINTÜRK**, Turgut / **ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2015.

ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998.

ALPAGUT, Gülsevil, “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”, Sicil, Aralık 2007, Yıl 2, Sayı 8, 13-21.

ALPAGUT, Gülsevil, “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 (20-21 Eylül 2011, İstanbul), Ankara 2012, 124-166.

ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.

ANTALYA, O. Gökhan / **TOPUZ**, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul 2015.

ARSLAN ERTÜRK, Arzu, “Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu Üzerindeki Etkisi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editör: Tankut CENTEL, İstanbul 2014, 49-113.

ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası, İstanbul 1980.

AYAN, Mehmet / **AYAN**, Nurşen, Medeni Hukuka Giriş, 11. Baskı, Konya 2015.

BAYCIK, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.

BİRİNCİ UZUN, Tuba, Götürü Tazminat, Ankara 2015.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012.

BRUNNER, Christiane / **BÜHLER**, Jean-Michel / **WAEBER**, Jean Bernard / **BRUCHEZ**, Christian, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Basel 2005.

CANIKLIOĞLU, Nurşen, “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, 10. Yılında İş Kanunu Semineri (15 Kasım 2013), İstanbul 2014, 74-120.

ÇELİK, Nuri / **CANIKLIOĞLU**, Nurşen / **CANBOLAT**, Talat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul 2015, s. 109.

** Sadece bir kereden fazla atıfta bulunulan kaynaklara kaynakçada yer verilmiştir.

ÇELİK, Nuri, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri”, Sicil, Mart 2012, Yıl 7, Sayı 25, 5-9.

DEMİRCİOĞLU, A. Murat, “İş Hukukunda Cezai Şart”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan I, Ed. Talat Canbolat, İstanbul 2010, 159-171.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İş Hukukunda Cezai Şart”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (1), Seminer -28 Mayıs 2011, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, İstanbul 2012, 21-44.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Türk Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu (15-18 Ekim 2013, Antalya), İstanbul 2014, 78-110.

DURAL, Mustafa / **SARI**, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015.

EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.

EKMEKÇİ, Ömer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil, Mart 2009, Yıl 4, Sayı 13, 19-28.

EMMEL, Frank, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Auflage, Hrsg. Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger, Zürich 2012.

EMMINGER, Susan / **TSCHECHSCHER**, Axel, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art.1-9 ZGB, Hrsg. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Bern 2012.

GÜLVER, Ender, “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 31, Yıl: 2011, 999-1029.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, 3. Bası, İstanbul 2013.

GÜNEŞ, Başak / **MUTLAY**, Faruk Barış, “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/3, Sayı 30, 231-288.

GÜRZUMAR, Osman Berat, “Türk Medenî Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Yıl 3, Sayı 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt I, 105-161.

HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuk’a Giriş, 7. Bası, İstanbul 2013.

HELVACI, Serap / **ERLÜLE**, Fulya, Medeni Hukuk, 3. Bası, İstanbul 2014.

HONSELL, Heinrich, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel 2014.

KAPANCI, K. Berk, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, 655-683.

- KARAÇÖP**, Eda / **YAMAKOĞLU**, Efe, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt:10, Sayı: 38, Yıl: 2013, 83-148
- KARAGÖZ**, Veli, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, Ankara 2006.
- KIRCA**, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2001, Cilt 50, Sayı 1, 91-119.
- KOÇ**, Sedef, “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Hizmet Sözleşmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Yıl 3, Sayı 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt I, 585-604.
- MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi / **ASTARLI**, Muhittin / **BAYSAL**, Ulaş, *İş Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2014.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal, *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN**, M. Kemal / **BARLAS**, Nami, *Medeni Hukuk*, 21. Baskı, İstanbul 2015.
- OĞUZMAN**, M. Kemal, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi*, İstanbul 1955.
- ÖZDEMİR**, Erdem, “İş Hukukunda Cezai Şart”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IX, Sayı: 3-4, Yıl: 2005, 403-416.
- ÖZDEMİR**, Erdem, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 3, 95-120.
- ÖZDEMİR**, Erdem, “Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri ve 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, *Çalışma Mevzuatı Seminer Notları (26-30 Eylül 2012, Antalya)*, İstanbul 2012, 112-160.
- ÖZTAN**, Bilge, *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları*, 40. Baskı, Ankara 2015.
- PORTMANN**, Wolfgang, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel 2015.
- REHBINDER**, Manfred / **STÖCKLI**, Jean-Fritz, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag*, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2. Auflage, Hrsg. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Bern 2014.
- SAVAŞ**, F. Burcu, *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*, İstanbul 2012.
- SENYEN KAPLAN**, E. Tuncay, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, *Osman Güven Çankaya’ya Armağan*, Ankara 2010, 213-229
- SEROZAN**, Rona, *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- SOYER**, Polat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin ‘Bazı’ Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2)*, Seminer-25 Mayıs 2012, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, İstanbul 2012, 4-51.

- SOYER**, Polat, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, 363-380.
- SOYER**, Polat, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin ‘Yeni’ Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, Sicil, Haziran 2011, Yıl 6, Sayı 22, 12-21.
- STAEHELIN**, Adrian, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355, Art. 361-362 OR, 4. Auflage, Hrsg. Jörg Schmid, Zürich 2013.
- STREIFF**, Ulin / **von KAENEL**, Adrian / **RUDOLPH**, Roger, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012.
- SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015.
- ŞİŞLİ**, Zeynep / **DULAY YANGIN**, Dilek, ”Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önellerinin Sözleşme İle Artırıldığı Hallerde İşçinin ‘İhbar Tazminatı’ Sorumluluğu”, Hacettepe Hukuku Fakültesi Dergisi, Aralık 2014, Cilt 4, Sayı 2, 77-92.
- TUNCAY**, A. Can, “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2012, Sayı 2, Cilt 26, 4-17.
- TUNCAY**, Aziz Can / **SAVAŞ**, Fatma Burcu, “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, 1175-1196.
- TUOR**, Peter / **SCHNYDER**, Bernhard / **SCHMID**, Jörg / **JUNGO**, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2015.
- YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz-Faruk Acar-Burak Özen, İstanbul 2014.
- YILDIZ**, Gaye Burcu, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014.
- YILMAZ**, Ejder, “Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, Sicil, Haziran 2011, Yıl 6, Sayı 22, 22-31
- YÜREKLİ**, Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- ZEVKLİLER**, Aydın / **ACABEY**, M. Beşir / **GÖKYAYLA**, K. Emre, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.