

Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önelllerinin Sözleşme İle Artırıldığı Hallerde İşçinin “İhbar Tazminatı” Sorumluluğu

Hakemli Makale

***Zeynep ŞİŞLİ, **Dilek DULAY YANGIN**

* Yrd. Doç. Dr. İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi

**İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi

ÖZET

Belirsiz süreli iş sözleşmesinde ihbar öneline uymayan tarafın ödemek zorunda olduğu tazminat, iş hukuku uygulamasında “ihbar tazminatı” olarak anılmaktadır. İhbar sürelerinin sözleşme ile artırıldığı hallerde işçinin ödeyeceği ihbar tazminatına esas alınacak sürelerle ilgili Yargıtay uygulaması ve doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu(TBK) hükümleri bu tartışmaya yeni bir boyut kazandırmıştır. Çalışmamızda konuya ilişkin Yargıtay kararları ve öğretilerde ileri sürülen görüşler, TBK'nın 432., 438. ve 439. maddeleri ile bağlantılı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi, İhbar Öneli, Usulsüz Fesih, İhbar Tazminatı, Artırılmış İhbar Süresi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

ABSTRACT

("Pay in Lieu of Notice" Responsibility of Worker within the framework of Turkish Code of Obligations when the Period of Notice is Increased with Contract)

The compensation which has to be paid by the party of an open-ended employment contract when the period of notice is not considered for termination, is called as "pay in lieu of notice" in Labour Law application. Different ideas put forward by both; doctrine and Court of Cassation decisions about the period of notice which will be taken into account for the determination of "pay in lieu of notice" which has to be paid by employee when the legal period of notice has been increased with contract. Also new Turkish Code of Obligations No.6098(TCO) has added a new dimension to this debate. It is aimed to examine the different opinions submitted by doctrine and Court of Cassation decisions about the subject regarding to TCO Articles 432, 438 and 439 with this study.

Keywords

Open-Ended Employment Contract, Period of Notice, Unlawful termination, Pay in lieu of notice, Increased Period of Notice. Turkish Code of Obligations No. 6098.

Giriş

İş hukukunda belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, bildirimssiz (derhal) feshi haklı kılan bir sebep bulunmadığı takdirde, yasal süreler gözetilerek karşı tarafa bildirimde bulunulması gerekmektedir. Bu yasal gerekliliğe uymayan, bir diğer deyişle iş sözleşmesini usulsüz fesheden tarafın ödemek zorunda olduğu, ihbar öneline ilişkin ücret tutarında tazminat, iş hukuku uygulamasında "ihbar tazminatı" olarak anılmaktadır.¹ İhbar önellerinin sözleşme ile artırılmış olduğu hallerde, işçinin usulsüz feshinde işverene ödemekle yükümlü olacağı ihbar tazminatına esas olacak süreye ilişkin kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Yargıtay bu durumda ihbar öneline uymayan işverenin ödeyeceği tazminatın kapsamı açısından artırılmış sürenin esas alınacağını, ancak işçi açısından kapsamının kanuni sürelerle sınırlı olacağını kabul etmektedir. Bu yöndeki Yargıtay kararları, iş hukuku kurallarının sözleşme ile değiştirebildiği durumda dahi, işçi lehine "nispi emredici niteliği"ne dayandırılmaktadır.² **Öğretide tartışmalı olan**³ bu konuya ilişkin, oyçokluğu ile verilen emsal Yargıtay kararının muhalefet şerhinde ise, toplu sözleşme ile artırılan ihbar süresi açısından, sendika tarafından temsil edilen işçi ile işveren arasında eşitsizlik söz konusu olamayacağı gerekçesi ile ihbar öneline uymayan işçinin de artırılmış süre üzerinden ihbar tazminatı ile yükümlü tutulması gerektiği belirtilmiştir.⁴ 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan feshe ilişkin yeni düzenlemeler, taraflara uygulanacak ihbar süreleri ve uymadıkları takdirde ödemekle yükümlü olacakları tazminatla ilgili olarak, uygulamada İş Kanunu ile ilişkisi açısından belirsizlik oluşturmuştur.⁵ Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin, İş Kanunu kapsamındaki işçilerin haklarına etkisi açısından, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da dikkate alınmak suretiyle kapsamlı bir biçimde değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Bu çalışmada, artırılmış ihbar önellerinin işçinin ödeyeceği ihbar tazminatına esas alınmayacağına ilişkin Yargıtay uygulamasında kabul edilen görüşün, fesih bildirim süresinin her iki taraf için eşit olmasının zorunlu olduğunu ve sözleşmede farklı süreler öngörüldüğü takdirde her iki tarafa da uzun olan sürenin uygulanacağını düzenleyen TBK 432. madde 5. fıkrası ve ayrıca haklı sebep olmaksızın derhal feshin yaptırımlarını işçi ve işveren açısından düzenleyen TBK 438. ve 439. maddeleri çerçevesinde irdelenmesi amaçlanmıştır.

1 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 7.Bası, İstanbul 2011, s.470.

2 DEMİR, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında Yargıtay Kararları ve Uygulaması, 5.Baskı, Ocak 2009, İzmir, s.294.

3 ATABEK, Reşat: İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938, s.60 vd. ; SAYMEN, F.Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.558; EDİS, Seyfullah: "İşveren ve İşçi İçin Eşit Olmayan Feshi İhbar Önelleri Kabul Edilebilir mi?", Batider, C.IV, S.3 1968, s.538-542; ESENER, Turhan: İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 1975, s.220; TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, 3.Bası, İstanbul 1977, s.416 (Borçlar Hukuku); SOYER, Polat: "İsviçre Hukuku ile Alman Hukukunda İşçi ile İşveren İçin Farklı Feshi İhbar Önellerinin Sözleşmeyle Kabul Edilmesi Sorunu", Yasa Hukuk Dergisi, C.1,S.7, Temmuz 1978, s.1997 vd (Feshi İhbar Önelleri) ; EKONOMİ, Münir: "Bildirim Sürelerinin İşçi Yönünden Sözleşmelerle Artırılmaması ve İhbar Tazminatı", İş K. 13 (No. 25), İHU 1986/I-II (Bildirim Süreleri); ÇELİK, Nuri: "İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması", Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997, s.221 (Fesih hakkının sınırlandırılması); SÜZEK, 2011, s.470

4 Yargıtay 9.HD, 30.4.2002, E. 2001/20615, K. 2002/6928 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

5 ALP, Mustafa: "Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukukuna Etkisi", İzmir Barosu Bülten, İş Hukuku Komisyonu Özel Sayısı, Mayıs 2012, s.37.

Bu amaçla, iş hukuku ilkeleri temelinde iş sözleşmesinin bildirimli feshinde “ihbar öneli” ve “ihbar tazminatı” kavramlarına değinildikten sonra sözleşme ile ihbar önellerinin artırılmasının işçinin ödeyeceği ihbar tazminatına etkisi Yargıtay uygulaması göz önüne alınarak, TBK 432, 438. ve 439.maddeleri çerçevesinde tartışılmaya ve konu ile ilgili görüşümüz ifade edilmeye çalışılacaktır.

I-İŞ SÖZLEŞMESİNİN BİLDİRİMLİ FESHİNDE ÖNELER VE İHBAR TAZMİNATI

İş sözleşmesi, işçi ve işveren arasında kişisel ilişkiler kuran, taraflarına karşılıklı borç yükleyen ve sürekli iş ilişkisi kuran özellikleri nedeniyle, niteliği itibarı ile sürekli borç ilişkisi⁶ yaratan bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır.⁷ İş sözleşmesinin konusu, ücret karşılığı sürekli ve düzenli bir işin yapılması olmakla, esas olarak belirsiz süreli olduğu kabul edilmektedir.⁸ İş Kanunu 11. maddesi ile belirli süreli sözleşme, ancak objektif koşulların varlığı halinde geçerli olabilecek istisnai bir durum olarak düzenlenmektedir. Belirsiz süreli sözleşmede, sözleşmenin sona ereceği tarih belli olmadığından, derhal fesih sebeplerinin bulunmadığı hallerde, sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın önceden karşı tarafa bildirimde bulunması gerekmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu “süreli fesih” başlıklı 17. maddesinde; “*Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir*” emredici hükmü ile feshin usulüne uygun kabulü için, aynı maddede belirtilen asgari süreler gözetilerek önceden bildirilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve TBK’nda da, feshin taraflara önceden bildirilmesi gerektiğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. TBK’nun “hizmet sözleşmeleri” ile ilgili Altıncı Bölümü’nde, “Genel Olarak Fesih Hakkı” başlıklı 431. maddede taraflardan her birinin belirsiz süreli iş sözleşmesini ihbar sürelerine uyararak feshetme hakkı yer almaktadır. Tarafların sözleşme süresini belirlememiş olmalarının, her zaman tek yanlı cayma iradesini saklı tuttıkları anlamına geldiği ve bu nedenle süreli feshin belirsiz süreli sözleşmenin niteliğinden doğan, belirsiz süreli sözleşmeye mahsus bir fesih türü olduğu öğretide ifade edilmektedir.⁹ Feshin karşı tarafa belli bir süre önce ihbar edilmesi, süreklilik arz eden bir işin yapılmasında işverene yeni bir işçi, kendisini ve ailesini geçindirmek için işten kazandığı ücrete muhtaç işçiye ise yeni bir iş bulabilmesi amacıyla, “dürüstlük kuralı” ve iş sözleşmesinin sosyal niteliği gereği tanınan bir haktır.

İş Kanunu 17/2. maddesinde kanuni asgari ihbar önelleri, işçinin kıdemi altı aya kadar ise iki hafta, altı ay ile bir buçuk yıl arasında ise dört hafta, bir buçuk yıl ile üç yıl arasında ise altı hafta ve üç yıldan fazla ise sekiz hafta olarak belirlenmiştir. TBK’nın “Fesih Bildirim Süresi” başlıklı 432. maddesinde, İş Kanunu’ndaki gibi kıdeme göre artan, ancak değişik kıdem aralıkları için farklı ihbar önelleri düzenlenmektedir.

6 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.348., Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24.bası, Beta İstanbul 2011, s.87 (İş Hukuku).

7 SÜZEK, 2011, s.219.

8 SÜZEK, 2011, s.223.

9 SÜZEK, 2011, s.792.

Sürelerin işçinin kıdemine göre artması, taraflara iş veya işçi bulma için zaman tanımının ötesinde, işçinin iş sözleşmesi ile işverene kişisel bağlılığı¹⁰ ve işi bizzat yapma borcu¹¹ çerçevesinde, işverene ve işyerine bağlı kaldığı süreye göre artan katkısı sebebiyledir. Bu anlamda kıdeme göre artan kanuni ihbar önelleri, işçinin mülkiyetine sahip olmadığı işe ve işyerine sağladığı katma değer, bir diğer deyişle toplam emeğinin, iş güvencesi oluşturan sosyal karşılığını ifade etmektedir.

İş Kanunu 17/4. maddesinde, ihbar şartına uymayan tarafın ihbar önellerine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorunda olduğu düzenlenmektedir. İşverenin ihbar önellerini beklemeden bu süreye ilişkin ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebileceğine ilişkin düzenleme ise, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve TBK'da yer almaktadır. Basın İş Kanunu'nda ise her iki tarafa farklı süreler öngörülerek bu hak tanınmaktadır. Basın İş Kanunu'nun "akdin gazeteci tarafından feshi" başlıklı 7. maddesinde, "akdin işveren tarafından feshi" başlıklı 6. maddesinde belirtilen kıdeme göre artan ihbar önellerine ilişkin ücretin peşin ödenerek sözleşmenin sadece işveren değil, gazeteci tarafından da derhal feshedilebileceği düzenlenmektedir. Her durumda, ihbar tazminatı açısından sadece işverene veya her iki tarafa peşin ödeme ile derhal fesih hakkının tanınmış olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. İhbar önellerine uymadan, iş sözleşmesini usulsüz fesheden taraf, İş Kanunu 17/4. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, "ihbar tazminatı" ödemekle yükümlü bulunmaktadır.¹²

İş Kanunu 17/6. maddesi gereği, ihbar tazminatının miktarı, ihbar öneli için işçinin hak edeceği giydirilmiş ücret; bu süre içinde çalışmış olsa idi elde edeceği ücret ve fazla çalışma gibi geçici (arızı) olmayan¹³ kanun veya sözleşmeyle sağlanmış olan para veya para ile değerlendirilmesi mümkün haklarının toplamı kadardır. Öğretide, bu ödemenin hukuki niteliği tartışılmış¹⁴ ve çoğunlukla ücret niteliğinde değil, usulsüz fesih sebebiyle kanundan doğan götürü bir tazminat niteliğinde olduğu görüşü kabul görmüştür.¹⁵ Yargıtay kararlarında öğretinin çoğunluk görüşü benimsenmektedir. "İhbar tazminatı", miktarı "ihbar önellerine ilişkin ücret" olarak kanunla belirlenen ve yasadan doğan götürü bir tazminat olarak nitelendirilmektedir.¹⁶ İş hukukunda "ihbar tazminatı", derhal fesih için haklı nedenler olmadığı durumda, iş sözleşmesini fesheden tarafın kanuni ihbar önellerine uymamasının, bir diğer deyişle usulsüz feshin hukuki yaptırımıdır.¹⁷

10 TUNÇOMAĞ, Kenan. İş Hukuku. Cilt I, Genel Kavramlar Hizmet Sözleşmesi. Fakülteler Matbaası. İstanbul, 1981.s.11, ERTAŞ, Kudret. Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu. Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No. 211. Ankara 1982.s.9.

11 DEMİR, s.7, Çelik, İş Hukuku. s.19., MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.14.

12 MOLLAMAHMUTOĞLU, /ASTARLI, s.816; DEMİR, s.298

13 MOLLAMAHMUTOĞLU, /ASTARLI, s.820; SÜZEK, 2011, s.469, DEMİR, s.293.

14 SARACEL, Nüket, "İhbar Tazminatı ve Diğer Tazminatlarla İlişkisi". Prof.İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Haziran-Aralık 1998. Cilt:2. Sayı:1-2. s.54-55.

15 Süzek, 2011, s.469-471, Çelik, İş Hukuku, s.207., MOLLAMAHMUTOĞLU, /ASTARLI, s.821.

16 9.HD, 21.9.2010, E. 2008/35225 K. 2010/25212 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

17 DEMİR, s.291, ÇELİK, İş Hukuku, s.205, SÜZEK, 2012, s.546,

II- UYGULAMADA İŞÇİ ve İŞVEREN AÇISINDAN ARTIRILMIŞ İHBAR ÖNELLERİ ve TBK'NUN 432. MADDESİ

1475 sayılı İş Kanunu'nun 13.maddenin B bendinde yer alan "*Öneller asgari olup sözleşme ile artırılabilir*" hükmü ile yapılmış bulunan kanuni ihbar önellerinin asgari olduğuna ilişkin nispi emredici nitelikteki düzenleme¹⁸, 4857 sayılı İş Kanunu 17. madde 3. fıkrası ile korunmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yanı sıra, Deniz İş Kanunu 16/C maddesi ve Basın İş Kanunu 8. maddesinde de, belirsiz süreli sözleşmenin feshinde, ihbar önellerinin asgari olup sözleşmelerle artırılabilceği düzenlenmektedir.¹⁹

Gerek İş Kanunlarında, gerekse TBK 432. maddesinde, kanuni ihbar önellerinin kısaltılamayacağı, ancak sözleşme ile artırılabilceği hükmü yer almaktadır. Sözleşmelerle ihbar önellerinin artırıldığı durumda, işçi ve işveren için farklı ihbar önellerinin öngörülebilmesi ve/veya uygulanması, hem İsviçre ve Alman hukukunda²⁰, hem de Türk hukukunda tartışmalıdır.²¹ 4857 sayılı İş Kanununda sözleşme ile artırılacak ihbar önellerinin, her iki taraf için farklı olup olmayacağı hususunda herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Bu konu öğretilerde tartışılmış ve farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım yazarlar Türk Borçlar hukukunun eşitlik sistemini kabul ettiğini belirterek, işçi ve işveren için farklı ihbar önellerinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir²². Bu görüşe göre işçi ve işveren için farklı ihbar önelleri öngörüldüğü takdirde, bunlar yerine kanunda belirtilmiş olan asgari süreler uygulama alanı bulacaktır. Bu görüşün aksini ileri süren yazarlar ise, işverenin uymak zorunda olduğu ihbar önellerinin sözleşme ile işçinin uymak zorunda olduğu önelden daha uzun tutulmasının mümkün olduğunu savunmaktadır. Buna göre işçi ve işverenin mutlak eşitliği değil, iş hukukunun genel ilkelerine uygun bir biçimde işçinin işverenden daha kötü bir duruma düşürülmemesi sonucunu doğuracak bir çözüm tarzı belirlenmelidir²³. Bu görüş kabul edildiği takdirde işverenin uyacağı ihbar önellerinin, işçinin uymakla yükümlü olduğu süreden daha uzun olması halinde ancak, farklı sürelerin kabulü mümkün olabilir.²⁴ Konuya

18 ESENER, Turhan; İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 1975, s.220; EKONOMİ, Münir; İş Hukuku, 1.Bası, Temmuz 1976, s.170 (İş Hukuku); "1475 sayılı İş Kanunu 13.maddesi A bendinde öngörülen ihbar önelleri kamu düzeni ile ilgili olup, buyurucu niteliktedir" HGK, 25.9.1991, E.1991/9, K.1991/426 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), SÜZEK, 2012, s.537.

19 SÜZEK, 2012, s.537.

20 İsviçre Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin hükümlerinin 1971 yılında değiştirilmesinden evvel işçi ve işveren için farklı ihbar önellerinin belirlenmesi mümkün değildi. 1972 yılında yürürlüğe giren değişiklik ile birlikte işçi ile işveren için farklı ihbar önelleri kabul edildiği takdirde her iki taraf için de uzun olan önellerin geçerli olacağı kabul edilmiştir. Alman hukukunda ise konu düzenleme yapılmadan evvel doktrinde tartışılmış ancak 1969 yılında Alman Medeni Kanunu'na eklenen bir madde ile işçi lehine çözümlenmiştir. Buna göre işçinin işverenden daha kısa ihbar önellerine tabi olacağı hizmet akdinde geçerli bir biçimde yer alabilecektir. EDİS, s.538-542; SOYER, Feshi İhbar Önelleri, s.1997 vd.

21 SÜZEK, 2012, s.537.

22 ATABEK, s.60 vd.; SAYMEN, s.558; ESENER, s.220; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.416.

23 EKONOMİ Bildirim Süreleri, İHU 1986/I-II; Çelik, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s.211; Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", AÜHFD 2005, s.95-120, s. 114, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/272/2469.pdf>, erişim tarihi 01.05.2014.

24 Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 6.Bası, Ankara 1986, s.307; SÜZEK, 2011, s.462.

ilişkin Yargıtay uygulamasında, Yüksek Mahkeme'nin "işçiyi koruma ilkesi" çerçevesinde hareket ederek yalnızca işveren bakımından ihbar süresine ilişkin sözleşme ile yapılan artırımı kabul ettiği, işçi için yapılan artırımları ise geçersiz sayarak kanundaki önelleri uyguladığını görmekteyiz²⁵.

Gerekçesinde belirtildiği üzere²⁶, 6098 sayılı TBK'nın İsviçre Borçlar Kanunu'ndan aynen alınan 432/2. hükmünde; yasal sürelerin asgari olarak kabul edildiği, bu kanuna tabi iş sözleşmelerinde kanuni ihbar önellerinin kısaltılmayacağı, ancak sözleşmeyle artırılabilmesi düzenlenmektedir.²⁷ İş Kanunlarından farklı olarak, TBK 432. maddesi beşinci fıkrasında iki taraf için farklı ihbar sürelerinin belirlenemeyeceği, aksi halde İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1972 yılında yapılan değişiklikle düzenlenen hüküm gibi²⁸ her iki tarafa eşit olarak daha uzun olan sürenin uygulanacağı açıkça belirtilmektedir. Yeni yasa hükmü çerçevesinde, işveren için uygulanan artırılmış ihbar önellerinin, işçi bakımından da uygulama alanı bulması şeklinde adaletsiz bir durumun ortaya çıkabileceği tehlikesine öğretide dikkat çekilmiştir²⁹. Konu ile ilgili ÖZDEMİR'in isabetle belirttiği gibi iş hukukunda esas olan tarafların mutlak eşitliği değil işçinin korunmasıdır ve ihbar

25 "...İş Kanununun 13.maddesinde akdin feshinde öngörülen önellerin artırılabilmesi yönü açıktır.Ancak bu artırma işveren için söz konusu olup, işçi yönünden geçerli olamaz. Bu itibarla bildirim şartına uymayan davalı işçi, İş Kanununda yazılı önellere ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorunda olup, TİS ile artırılan önellere ilişkin ücret tutarında sorumlu değildir..." Yargıtay 9. HD, 07.10.1985, E.1985/6513, K.1985/9139 (İşveren Dergisi, C.XXIV, S.8,s.17); "... İhbar önelleri, iş hukukunun işçiyi koruma ilkesi uyarınca ancak işçi yararına arttırılabilir. Bu bakımdan davalı işçinin çalışma süresine göre yasal önel üzerinden ihbar tazminatı hesaplanmalıdır." Yargıtay 9. HD, 4.3.1998, E.1998/564, K.1998/3399 ;" Davacı banka hizmet sözleşmesini önelsiz fesheden davalı işçiden ihbar tazminatı talebinde bulunmuş, mahkemece yasada öngörülen süreler üzerinden değil toplu iş sözleşmesi ile yükseltelen süreler üzerinden hesaplama yapan bilirkişi raporuna uygun olarak ihbar tazminatına karar verilmiştir. Dairemizin kararlık kazanmış uygulamasına göre işçi lehine öneller arttırabilirse de işveren lehine arttırılmaz. Bu bakımdan ihbar tazminatı hesabında 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde de öngörülen öneller üzerinden hesaplanmak üzere kararın bozulması gerekmiştir" Yargıtay 9. HD, 29.9.1998, E.1998/11002, K.1998/13716 ; 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinin (C) benininin 2. fıkrasında, işverenin işçinin ihbar önellerine ait ücretini peşin vermek suretiyle hizmet aktini feshedebileceği hükmüne yer verilmiştir. Şu halde, ihbarsız fesihlerde verilecek ücret, ihbar önellerine ait ücret olmak gerekmektedir. Kanunun bu hükmüne rağmen işçi aleyhine olabilecek şekilde ihbar tazminatının az ödenmesi yoluna gidilemez ve işçi aleyhine bir düzenleme yapılamaz. Bu bakımdan taraflar arasında yapılan sözleşmenin 25. maddesine İstanbul grubundaki sözleşmenin "ihbar, tazminatı verilerek yapılacaksa, ihbar ücretinin hesabında kanuni önellere riayet olunur" sözlerinin alınmamış olması, İş Kanununa ve İş Hukuku ilkelerine uygundur ve anlaşma tutanağındaki İstanbul grubuna paralel olarak bir düzenlemeyi içeren ifadenin yorumunu da bu şekilde yapmak gerekir. Nitekim, taraflar da kanuna uygun yorum neticesinde ihtilaf konusu yapılan 25. maddeyi mevcut şekliyle kabul edip imzalamışlardır. O halde, davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde ve aksine düşünceyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı gerektirmiştir. Yargıtay 9.HD, 08.04.1992, E. 1992/73560, K.1992/3930; Aynı yönde 9.HD, 9.5.2000, E.2000/2834, K.2000/6715 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

26 www.kgm.adalet.gov.tr

27 ALP, s.37.

28 Şen, Murat, "Bildirimli Fesihle İhbar Önellerinin Toplu İş Sözleşmesiyle Artırılması Durumunda İhbar Tazminatı, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin bir kararı üzerine Değerlendirme", AÜEHFD, C.VI, s.1-4(2002),s.313.

29 SOYER, Polat: "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", Sicil, Haziran 2011, S.22, s.15 (Sözleşmenin Sona Ermesi); Özdemir, Erdem: "6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Sicil, Aralık 2011, S.24, s.109 ; ALP, s.37;Aksi yönde görüş için bkz. Şen , Murat: "Bildirimli Fesihle İhbar Önellerinin Toplu İş Sözleşmesi ile Artırılması Durumunda İhbar Tazminatı", AÜEHFD, C.VI, s.1-4 (2002), s.314.

önelleri bakımından da bu yönde bir yorum tarzının benimsenmesi uygun olacaktır.³⁰ Fransız Hukukunda, işverenin uymak zorunda olduğu ihbar öneli yasada düzenlenmiş iken, işçinin ihbar önellerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ve durum tarafların iradelerine bırakılmıştır.³¹ Alman hukukunda işçinin işverene oranla daha uzun bir ihbar öneline tabi tutulması, yasa hükmü ile açıkça yasaklanmıştır. Ancak işçinin işverene göre daha kısa önellere tabi olabileceği hususu hizmet sözleşmesinde yer alabilecektir.³² İhbar önelinin her iki taraf için farklı olamayacağı kuralı, eskiden beri bilimsel ve yargısal içtihatlarla dayanılarak, Federal Mahkeme kararlarında işveren lehine daha kısa ihbar önellerinin konulmasını yasaklayan bir hüküm olarak anlaşıla gelmiştir.³³

TBK 432/5'in İş Kanunu kapsamındaki işçilerin haklarını etkisi konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, Borçlar Hukuku'nun sözleşme taraflarını genel olarak eşit gören anlayışının aksine iş hukukunda işçinin lehine yorumun esas olduğunu belirtmekte, özel kanun olan İş Kanunlarında aleyhe hüküm olmadığına dikkat çekmektedir. İhbar süresinin taraflar açısından eşit veya farklı belirlendiği durumda, işçiye uygulanacak sürenin işveren açısından geçerli olandan fazla olamayacağı, ancak birlikte artırımın her iki taraf için geçerli olabileceğini savunmaktadır.³⁴ Bir diğer görüşe göre ise, isabetli kabul edilen Yargıtay uygulaması gibi iş hukuku kurallarının "işçi lehine nispi emredici niteliği" gereği, işçi için sözleşme ile artırılan sürelerin değil yasal sürelerin uygulanması gerekmektedir.³⁵ Benzer şekilde, TBK düzenlemesine rağmen mevcut içtihadın iş hukukunun niteliği dikkate alındığında korunmasının isabetli olacağı **ALPAGUT** tarafından da ifade edilmektedir.³⁶

İş kanunlarında, ihbar süresinin sözleşme ile artırıldığı durumlarda, her iki tarafa eşit bir biçimde uygulanacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmayan Türk iş hukukunda,³⁷ işçinin kanuni önellere tabi tutulması gerektiğine ilişkin yerleşik Yargıtay kararları, Alman ve Fransız sistemine benzer bir biçimde, işçiyi koruma ilkesinden kaynaklanmaktadır. Kanunda ihbar önellerinin kıdeme göre artırılarak düzenlenmesi, işçinin iş ve işyerine kıdeme göre artan katkısı ve emeğinin karşılığı olduğundan, sözleşme ile artırılabilirliğinin kabul edilmesi, bu artırımın taraflar açısından eşit uygulanması gerektiği anlamına gelmemektedir. Çünkü özellikle günümüzde eğitimli ve kalifiye işsizlerin her geçen gün artan sayısı düşünüldüğünde, işverenin asgari sürelerden en uzun olan sekiz haftalık sürede ne kadar vasıflı olursa olsun eski işçisinin yerine yeterli niteliklere sahip bir işçi bulabileceği açıktır. Ancak aynı durum, yine aynı sosyal ve ekonomik sebeplerle

30 ÖZDEMİR, s.109.

31 ÖZDEMİR, s.109.

32 SOYER, Sözleşmenin Sona Ermesi, s.15.

33 EDİS, s.538.

34 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.804; SÜZEK, 2012, s.537-538.

35 Çelik, İş Hukuku, s.198

36 ALPAGUT, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt.8, Sayı.31, Yıl.2011,ISSN:1304-5962 (913-961), s.937.

37 Aksi görüş için bkz. ŞEN, s. 315.

işverenin iş sözleşmesini feshi durumunda işsiz kalacak işçi açısından geçerli değildir. İşsiz kalan işçiye, belirli koşulların varlığı halinde kıdem süresine bağlı olarak sınırlı süre ve miktarda alacağı işsizlik ödeneğinin yeterli olamayacağı, ne denli kalifiye olursa olsun işçinin yeniden iş bulana kadar yaşamının olumsuz etkileneneceği bellidir. İhbar süresinin sözleşme ile artırılması, işverenin fesih düşüncesini tekrar gözden geçirmesi ve değiştirebilmesi için olanak sağlayarak, işçinin iş güvencesini pekiştiren ve işletmeye emek ve katkısının dikkate alınmasını sağlayan bir anlam taşımaktadır.

Bu çerçevede, sözleşme ile önellere artırıldığı durumda taraflara eşit olarak uzun olan sürenin uygulanacağına ilişkin TBK 432/5. maddesinin sözel yorumunun yeterli olmadığı, iş hukuku ilkeleri temel alınarak ve kanunun diğer maddeleri ile bir arada işçi lehine yorumlanması gereği ortaya çıkmaktadır. TBK'nın haklı bir sebep olmaksızın ani fesih halinde, işveren ve işçi açısından yaptırımı ayrı ayrı düzenleyen 438. ve 439. maddeleri karşısında, TBK 432. madde 5. fıkrasında yer alan; "Fesih ihbar önellere, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır" hükmünün, işçi aleyhine uygulamayı önleme amaçlı olduğu ve işçi lehine yorumlanması gerektiği düşünülmektedir.

III- TÜRK BORÇLAR KANUNU 432, 438. ve 439. MADDELERİ İŞİĞİNDA BİLDİRİM ÖNELLERİNİN ARTIRILMASI DURUMUNDA İHBAR TAZMİNATI

Bildirim önellere sözleşme ile artırılması durumunda, ihbar tazminatına esas alınacak sürenin işçi ve işveren açısından farklı uygulanabilirliği önem taşımaktadır. İş Kanunu'nda 17. maddesinde yer alan "*bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır*" hükmünün, ihbar önellere kanunda belirlenenin üzerinde kararlaştırıldığı durumlarda uygulanmasında Yargıtay tarafından, işverenin usulsüz feshinde artırılmış önellere karşılığı tazminata hükmedilirken, işçi açısından kanuni ihbar önellere ile sınırlı tazminat sorumluluğu kabul edilmektedir.³⁸ Bunun anlamı, ihbar sürelerinin sözleşme ile artırılmasının, işçinin tazminat sorumluluğu açısından hukuki bir değerinin olmadığıdır. Yargıtay uygulamasına dayanak oluşturabilecek görüşü ile SÜZEK, işçinin ihbar öneline uymaması sebebi ile işverenin ancak yeni işçi bulamazsa uğrayacağı zararın, ücretinden başka geliri olmayan işçinin işini kaybetmesi sonucu içine düşeceği ekonomik güçlük ile kıyaslanmayacağını haklı olarak vurgulamıştır.³⁹ İşveren ve işçinin uymak zorunda oldukları önellere birbirinden bağımsız iki norm olduğu ve koruduğu

38 EKONOMİ, Münir, "Bildirim Sürelerinin İşçi Yönünden Sözleşmelerle Artırılmaması ve İhbar Tazminatı", İş K. 13 (No. 25), İHU 1986/1-II; Konuyla ilgili Yargıtay Kararları: 9.HD, 07.10.1985, E.1985/6513, K.1985/3139, Y.9.HD, 30.4.2002, E. 2001/20615 K. 2002/6928; "*Davalının temyizine gelince; davalı aleyhine Toplu İş Sözleşmesine göre artırılmış ihbar öneline ait ücret esas alınarak ihbar tazminatına mahkemece karar verilmiştir. Oysa Dairemizin yerleşik kararları uyarınca ihbar tazminatı sosyal kamu düzeni ile ilgili olup artırılmış ihbar önellere ait ücrete sadece işveren mahkûm edilebilir. Davalı işçinin ihbar öneli tanımıksızın hizmet akdini feshetmiş olması nedeniyle sekiz haftalık yasal ihbar tazminatı yerine yazılı şekilde daha fazla ihbar tazminatından sorumlu tutulmuş olması hatalıdır*" ve Y. 9.HD, 3.6.2003, E. 2003/137, K.2003/10048; 9.HD, 1.5.2001, E.2001/1448, K.2001/7394 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

39 Sarper SÜZEK, "İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması", Kamu-İş, C: 6, S: 4/2002, s.2, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/644.pdf>, erişim tarihi 01.05.2014.

menfaatler arasında farklılık olduğu, bu sebeple işçiyi koruma düşüncesi ile nispi emredici olarak nitelendirilmesi ve yararlık ilkesine gereği artırımı konu olabileceği ÖZDEMİR tarafından da belirtilmektedir.⁴⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2001/20615 K. 2002/6928 sayı ve 30.4.2002 tarihli oy çokluğu ile verdiği kararın muhalefet gerekçesinde savunulduğunun aksine, sendikalı olmanın dahi işçiyi işverenle eşit duruma getiremeyeceği, bu durumda dahi işsiz kaldığında ailesi ile düşeceği yoksulluğu engelleyemeyeceği açıktır. Yargıtay'ın, iş hukuku kurallarının "işçi lehine nispi emredici niteliği"⁴¹ gereği, artırılmış ihbar süresinin ancak işverenin iş sözleşmesini süreli feshi açısından geçerli olduğu, işçi yönünden kanuni ihbar önelleri ile sınırlı uygulanması gerektiğine ilişkin kararları, süreli feshin amacı ve iş hukuku ilkeleri temelinde sosyal niteliği açısından isabetli ve karşılaştırmalı hukuka paraleldir.⁴²

6098 sayılı TBK 432. maddesinde ise, İş Kanunu 17. maddesinden farklı olarak ihbar tazminatına bildirim süresi karşılığı ücretin esas alınacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece işveren açısından, ihbar öneline ilişkin ücreti peşin vermek suretiyle derhal fesih hakkı düzenlenmektedir. TBK 438. madde 1. fıkrasında "İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir" düzenlemesi, işverenin ödeyeceği ihbar tazminatı açısından bildirim süresinin esas alınacağını tekrar vurgulamaktadır. İşverenin tazminat sorumluluğu yönünden, İş Kanunu 17. maddesi ile TBK 432. ve 438. maddesi uyumludur. Belirsiz iş sözleşmesinin işveren tarafından, haklı bir sebep olmaksızın derhal, bir başka deyişle ihbar öneline uyulmaksızın feshinin yaptırımı, asgari kanuni ihbar önelleri veya sözleşme ile artırılmış ihbar önelleri karşılığı giydirilmiş ücret karşılığı ihbar tazminatıdır.

İşçinin haklı bir fesih nedeni olmadığı halde ihbar önellerine uymaksızın feshinin yaptırımı ise TBK 439. maddesinde; "İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması" başlığı altında düzenlenmektedir. Bu maddede; "İşçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. Tazminat 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" hükmü yer almaktadır. Bu hükmün açık anlamı, işverenin ek zararlarını ispatlayamadığı durumda, ani olarak haklı sebep olmaksızın işi bırakan, bir diğer deyişle ihbar önellerine uymaksızın usulsüz fesih yapan işçiden isteyebileceği tazminatın, işçinin aylık ücretinin dörtte birini aşamayacağıdır.

40 ÖZDEMİR (*Aliprantis*, La Place de la Convention Collective dans la Hiérarchie des Normes, 62-64'den aktaran), Mutlak Emredici Hükümler, s.114.

41 DEMİR, s.7., Çelik, İş Hukuku, s.19; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.14.

42 MOLLAMAHMUTOĞLU, /ASTARLI, s.804.

Bu konuda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. TBK 439. maddesinin sadece belirli süreli sözleşmelerde değil, belirsiz süreli sözleşmelerde de uygulama alanı bulacağını belirten ALPAGUT'un görüşü, İş Kanunu'na tabi işçiler açısından belirsiz süreli iş sözleşmesinin süresinden önce usulsüz feshi İş Kanunu 17. maddede düzenlendiğinden, sadece belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanacağı yolundadır.⁴³ SOYER, ihbar öneline işçinin uymadığı durumda, TBK hükümleri ile işverenin tazminat yükümlülüğünden farklı ve İş Kanunu'ndan ayrılan bir düzenleme benimsenmesinin tartışmaya açık olduğunu belirtmekte, ayrıca işverenin tazminat talebinin işçinin işi bırakmasından sonra 30 günlük hak düşürücü süreye tabi tutulmasına dikkat çekmektedir.⁴⁴ İşverenin zarara uğramadığı veya zararının işçinin aylık ücretinin dörtte birini aşmadığı durumda hâkimin indirim yapabileceğine ilişkin bu hüküm, iş hukukunda ihbar tazminatının maktu olarak belirlenmesi genel kabulüne aykırı olarak kusur ve zarara bağlı kılınması sebebi ile eleştirilmiştir.⁴⁵

Öğretide, ÖZDEMİR tarafından ihbar tazminatına karşılık gelecek şekilde ihbar öneleri esas alınmadan yapılması sebebi ile eleştirilen⁴⁶ düzenlemenin, işçinin ihbar öneline uymaması durumunda işverenin isteyebileceği tazminat konusunda bir belirsizlik yaratılmasına sebep olucu niteliğine dikkat çekilmektedir.⁴⁷ Bu durumda, TBK 432. ve 439. maddeleri arasında ortaya çıkan çelişkiyi, kanunda "ihbar öneli"ne uyulmamasının işveren ve işçi açısından yaptırımının farklı düzenlenmiş olduğu şeklinde yorumlama ve usulsüz fesihle işçinin yükümlü tutulacağı ihbar tazminatının üst sınırı açısından TBK 439'da düzenlenen açık hükmü esas alma gereği ortaya çıkmaktadır. Bu yorum, öğretilerde dikkat çekildiği üzere, ihbar öneleri ile işçi ile işveren açısından korunan menfaatlerin farklı olduğu gerçeğine uygun olacaktır. Yargıtay'ın artırılmış ihbar önelerini sadece işverenin ödeyeceği tazminata esas alan içtihadının haklılığını değerlendirirken, ÖZDEMİR'in isabetle belirttiği gibi kanuni öneler işverenin işçi bulması için yeterince uzun iken, işçinin işsiz kalması durumunda karşılaşılabilecek zorluklar ve ayrıca uzun önelin işvereni fesihden caydırıcı etkisi gözetildiğinde işçi ve işverenin uymak zorunda olduğu ihbar önelinin, tek değil bağımsız normlar olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁸ Bu noktada, TBK 432'nin lafzı yeterli açıklıkta olmamakla birlikte, farklı ve işçi aleyhine sözleşmeyle kabul edilen sürelerle karşı işçinin korunması amaçlı düzenlendiği sonucuna varılması uygun olacaktır. Her durumda, her iki yasa hükmünün sözünde ortaya çıkmış

43 ALPAGUT, s.935.

44 SOYER, Sözleşmenin Sona Ermesi, s.16.

45 GÜNEŞ, Başak/MUTLAY, Faruk Barış."Yeni Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi" Çalışma ve Toplum, S.30, 2011/3. s.276.

46 ERDEM Özdemir, "Yeni Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri", *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2012, s.204-231, s.210, <http://www.izmirbarosu.org.tr/izmirBaro/pdf/yayinlar/dergi2012.pdf>, erişim tarihi 01.05.2012

47 ÖZDEMİR, s.109.

48 ÖZDEMİR (*Aliprantis*, La Place de la Convention Collective dans la Hiérarchie des Normes, 62-64'den aktaran), Mutlak Emredici Hükümler, s.114.

gibi görünen çelişki, 439. maddedeki açık düzenleme karşısında, 432. maddenin işçi lehine yorumunu zorunlu kılmaktadır.

TBK 439. maddesi ile işverenin ek bir zararı olmadığı durumda, işçi ihbar öneline uymaksızın sözleşmeyi ani olarak feshettiğinde isteyebileceği tazminat sınırlandırılmıştır. Bu hükmün anlamı, artırılmış ihbar önelinin, işçi ve işveren için farklı kararlaştırıldığı durumda, her iki taraf açısından eşit olarak uzun olanın uygulanmasına ilişkin hükmün yaptırımının, ancak işverene uygulanabilir olmasıdır. Yeni TBK ile İş Kanunu ilişkisinde, özel kanun olan İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş konularda TBK'nın ilave haklar getirmiş olsa da yasa koyucunun doğrudan TBK kapsamındaki işçiler için getirdiği hükümlerin uygulanamayacağı⁴⁹, ancak iş mevzuatında bulunmayan yeni hükümlerinin iş kanununa tabi olanlara da uygulanacağı öğretilmektedir.⁵⁰ Belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile ilgili İş Kanunu 17. maddesinde düzenleme yapılmış olmakla birlikte, sözleşme ile ihbar önelinin artırıldığı durumlar hakkında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu'nun, özel kanun olan İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerine, ancak İş Kanununda açık hüküm olmaması durumunda⁵¹, ancak iş hukuku ilkelerine uygunluğu ölçüsünde uygulanabilirliği temel kuralı göz önüne alındığında, işverenin talep edebileceği ihbar tazminatı miktarının, iş kanunları kapsamındaki işçiler açısından da, TBK 439. madde çerçevesinde sınırlandırıldığı kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Özellikle TBK 432/5'de düzenlenen sözleşme ile farklı süreler belirlendiğinde her iki tarafa eşit ve uzun olanın uygulanacağına ilişkin hükmün, işçinin uzun olan ihbar süresine uyması gerektiği şeklinde lafzi yorumunun kabul edildiği ve iş kanunlarına tabi işçilere de uygulanacağı sonucuna varıldığı takdirde, yaptırımı açısından TBK 439. maddesinin uygulama alanı bulacak, işçinin ödeyeceği ihbar tazminatının ayılığının dörtte biri ile sınırlandırılması gerekecektir.

Sonuç ve Değerlendirme

İş hukuku, iş sözleşmesi ile işverene bağımlı çalışan işçinin, ekonomik ve sosyal açıdan güçsüzlüğü karşısında, korunması amacıyla Devletin sosyal hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde asgari normları koyma ve uygulamayı denetlemesine duyulan ihtiyaç sonucu ortaya çıkmış ve bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişmiştir.⁵² İş Kanunu'nda açık kural bulunmamakla birlikte, İş Kanunu'nda düzenlenmeyen ve boşluk bulunan konularda Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanabileceği öğretilmektedir genel olarak kabul görmekte, ancak bunun mutlak bir anlam taşımadığı, iş hukukunun "özel karakterine aykırı düşmediği" ve "*işçi-işveren ilişkilerinin ağır basan toplumsal yanının elverdiği oranda*" mümkün olabileceği özellikle vurgulanmaktadır.⁵³ Borçlar hukukunun esas

49 ALPAGUT, s.918.

50 SOYER, Polat. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin 'Bazı' Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar(2) Semineri- 25 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 2012 (1-53), s.6

51 ALPAGUT, s.918.

52 SÜZEK, 2011, s.33.

53 SÜZEK,2011,s.35.

olan tarafların eşitliği ilkesine dayalı “sözleşme özgürlüğü” ilkesinin, iş hukukunda “işçiyi koruma” amacıyla kamu yararı temelinde sınırlandırılması⁵⁴ önem taşımaktadır. İş Hukukunda, Anayasa ve kanunların mutlak emredici hükümleri dışında kalan kanuni ve akdi kaynakların işçi lehine değiştirilebilmesinin kabulü karşısında, aralarındaki hiyerarşide göreceli olarak daha işçinin lehine olan kaynağın “işçi lehine şart ilkesi” gereği uygulanması gerektiği ve hukukun başka alanlarında rastlanmayan klasik hiyerarşi kurallarını gözetmeyen bir işlevselliğe sahip olduğu belirtilmektedir.⁵⁵

İş Kanunu 17. maddesinde ihbar önellerine uymayan tarafın, bu süreye ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorunda olduğu düzenlenmektedir. Ancak sözleşme ile artırıldığı durumda, ihbar tazminatına esas alınacak süre ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay yerleşik içtihadı, sözleşme ile artırılan sürelerin ancak işverenin ödeyeceği tazminata esas alınacağı, işçinin ödeyeceği tazminata esas sürenin kanuni ihbar önellerinden fazla olamayacağı yolundadır.

TBK 432. maddesinde yer alan sözleşmede farklı önellerin belirlendiği durumda uzun olan önelin her iki taraf için uygulanacağına ilişkin hükmün, İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusudur. İş Kanununun sözleşme ile ihbar önellerinin artırıldığı durumla ilgili bir hüküm içermediği gerekçesi ile TBK 432. maddesinin iş kanunlarına tabi iş sözleşmelerine de uygulanacağı, öğretide bir kısım yazar tarafından savunulmaktadır.⁵⁶ Ancak çoğunluk görüşü, işçi aleyhine hükmedilecek ihbar tazminatına ancak kanuni ihbar önellerinin esas alınabileceği yolundaki Yargıtay içtihadının korunması gerektiği yolundadır.

TBK 438. ve 439. maddeleri ile sözleşmenin haklı bir sebep olmaksızın derhal feshi durumunda ödemekle yükümlü olacakları tazminatların kapsamı işçi ve işveren açısından ayrı ayrı düzenlenmiştir. TBK 438. maddesi, İş Kanunu 17. maddesine benzer şekilde işverenin uymadığı ihbar önelinin karşılığı ücret ve diğer hakları ödemesi gerektiğini düzenlemektedir. TBK 432. maddenin düzenleme amacının, ancak işçi aleyhine ihbar önelinin uzun belirlendiği durumda, işçinin korunması olduğu değerlendirilmektedir. Bu durumda, İş Kanunları ile TBK'nın düzenlemesi, taraflarca hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile ihbar önelinin artırıldığı durumda ve taraflar açısından farklı süreler belirlenmiş olsa dahi, uzun olan sürenin işverenin ihbar tazminatı yükümlülüğüne esas alınmasını gerektirmektedir. Belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı sebep olmaksızın ve ihbar öneline uyulmaksızın fesheden işverenin ödeyeceği ihbar tazminatının miktarı, İş Kanunu ile TBK 432. ve 438.maddeleri bir arada değerlendirildiğinde, artırılmış ihbar önellerinden uzun olan sürenin karşılığı giydirilmiş ücret olacaktır.

İhbar öneline uymamanın yaptırımı, TBK'da işçi açısından farklı düzenlenmektedir. TBK 439. maddesi ile işçinin haklı sebep olmadan işe başlamaması veya ani olarak işi bırakmasının, yani usulsüz feshinin yaptırımı olan “ihbar tazminatı” aylık ücretinin dörtte

54 DEMİR, s.6-7.

55 MOLLAMAHMUTOĞLU,/ASTARLI, s.82-83.

56 SOYER, Polat. “Borçlar Kanununun İş Hukuku'na Etkileri” İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş Sendikası Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara 2013, (s.1-19), s.11.

biri ile sınırlandırılmıştır. İşçi lehine olmakla, iş kanunları kapsamındaki işçilere de uygulanması gerektiğini düşündüğümüz TBK 439. maddesi gereği, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı sebep olmaksızın ve ihbar önellerine uymaksızın fesheden işçiden, işveren aylık ücretinin dörtte biri ile sınırlı ihbar tazminatı isteyebilecektir. TBK 432. madde uyarınca işverenle aynı ve daha uzun olan ihbar öneline uygulanması gerektiği durumda dahi, haklı sebep olmaksızın ve artırılmış ihbar öneline uymaksızın iş sözleşmesini fesheden işçiden, işverenin aşkın zararı talep edebilmesi, ancak kanıtlaması koşulu ile mümkün olabilecektir. İşverenin aşkın zararı ispatı halinde ise, iş hukuku kuralları temelinde ve ihbar öneline koruduğu menfaat göz önüne alındığında, Yargıtay uygulaması gibi işçi aleyhine en fazla kanuni ihbar önelleri karşılığı tazminata hükmedilebileceği görüşündeyiz.

İş Kanunu 17. maddesi ve diğer iş kanunları hükümleri çerçevesinde, bu kanunlar kapsamındaki işçiler açısından, özel kanunun genel kanuna göre öncelikle uygulanması gerektiği, bir diğer deyişle TBK 439. maddesinin uygulanmayacağı sonucuna varıldığı takdirde dahi, mevcut Yargıtay uygulamasının aleyhine görüşlerin savunulmasının mümkün olamayacağı düşüncesindeyiz. Kanımızca sözleşmede tarafların eşitliği ilkesinin hâkim olduğu Borçlar hukuku açısından, fazla zararın ispatlanamadığı durumda işçinin ödemekle yükümlü tutulacağı tazminata TBK 439. maddesi ile getirilen sınırlama, "işçinin korunması" temel ilkesine dayalı iş hukuku açısından, iş kanunlarına tabi işçiler aleyhine hükmedilecek ihbar tazminatına esas sürenin, toplu iş sözleşmesi ile artırılmış olsa dahi, kanuni ihbar önelleri ile sınırlandırılması gerektiği yolundaki içtihadı hukuki dayanak oluşturmuştur.

İş kanunlarında sözleşme ile artırılmış ihbar önellerinin işçiye tazminat olarak nasıl yansıtacağı konusunda açık hüküm bulunmaması ve iş hukuku kurallarının işçi lehine nispi emredici niteliği gereği, TBK 439. maddesi ile getirilen sınırlamanın uygulanması gerektiği görüşündeyiz. Ancak her durumda, TBK 438. ve 439. maddeleri ışığında, işçi aleyhine hükmedilecek ihbar tazminatına esas sürenin, İş Kanunu'nda belirlenen asgari süreleri aşmaması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay'ın yerleşik kararları çerçevesinde, iş hukuku ilkeleri gereği, yasal boşluğun işçi lehine yorumu ile toplu iş sözleşmesi ile dahi olsa artırılmış önellerin, işçi ve işveren açısından farklı uygulanmasının, işçinin en fazla kanuni öneller çerçevesinde sorumlu tutulmasının hukuki dayanaklarından birisi de, kanımızca bundan böyle TBK 438. ve özellikle 439. madde hükümleri olmuştur.

KAYNAKÇA

- Alp**, Mustafa, "Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukukuna Etkisi", İzmir Barosu Bülten, İş Hukuku Komisyonu Özel Sayısı, Mayıs 2012, s.35-40.
- Alpağut**, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.8, S.31, Yıl 2011, ISSN 1304-5962, s. 913-961.
- Atabek**, Reşat, İş Aklının Feshi, İstanbul, 1938.
- Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 24.Bası. Beta Yayınları, İstanbul 2011 (İş Hukuku).
- Çelik, Nuri, "İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması", Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997 (Fesih Hakkının Sınırlandırılması).
- Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6.Bası, Ankara, 1986.
- Demir**, Fevzi, En son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması. 5.baskı, Birleşik Matbaa, İzmir 2009.
- Edis**, Seyfullah, "İşveren ve İşçi için Eşit Olmayan Feshi İhbar Önelleri Kabul Edilebilir mi?", Batider, C.IV, 1968, S.3 s.538-542.
- Ekonomi**, Münir, "Bildirim Sürelerinin İşçi Yönünden Sözleşmelerle Artırılmaması ve İhbar Tazminatı", İş K. 13 (No. 25), İHU 1986/I-II.
- Ekonomi**, Münir, İş Hukuku, 1.Bası, Temmuz 1976.
- Ertaş**, K., Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu. Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No. 211, Ankara, 1982.
- Esener**, Turhan, İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 1975.
- Güneş**, Başak/**Mutlay**, Faruk Barış, Yeni Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesine ilişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi" Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 30, 2011/3. s.231-288.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi /**Astarlı**, Muhittin, İş Hukuku. Gözden Geçirilmiş 4.Bası. Turhan Kitabevi, 2011 Ankara.
- Oğuzman**, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Aklının Feshi, 1955 İstanbul. Özdemir, Erdem, "6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Sicil Dergisi, İstanbul Aralık 2011, s.107-114.
- Özdemir, Erdem, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD 2005, s.95-120 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/272/2469.pdf>, erişim tarihi 01.05.2014 (Mutlak Emredici Hükümler)
- Özdemir, Erdem, "Yeni Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri", *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2012, s.204-231, <http://www.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/dergi2012.pdf>, erişim tarihi 01.05.2012 (Yeni Borçlar Kanunu)
- Saracel**, Nüket, "İhbar Tazminatı ve Diğer Tazminatlarla İlişkisi". Prof.İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Haziran-Aralık 1998, Cilt:2. Sayı:1-2. s.51-61.
- Saymen**, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Soyer**, Polat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin 'Bazı' Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar(2) Semineri- 25 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 2012, s.1-53.
- Soyer**, Polat, "Borçlar Kanununun İş Hukuku'na Etkileri" İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş Sendikası Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara 2013, s.1-19 (TBK'nın İş Hukukuna Etkileri)

- Soyer**, Polat, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", Sicil Dergisi, İstanbul Haziran 2011, S. 12-22 (Sözleşmenin Sona Ermesi).
- Soyer**, Polat, "İsviçre Hukuku ile Alman Hukukunda İşçi ile İşveren İçin Farklı Feshi İhbar Önelllerinin Sözleşmeyle Kabul Edilmesi Sorunu", Yasa Hukuk Dergisi, C.1, S.7, Temmuz 1978 (Feshi İhbar Önelleri).
- Süzek**, Sarper, "İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması", Kamu-İş, C: 6, S: 4/2002, s.2, , <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/644.pdf>, erişim tarihi 01.05.2014 (İş Akdini Fesih Hakkı)
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 7.Bası, Beta Yayınları İstanbul 2011 (2011).
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku. Yenilenmiş 8.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012 (2012).
- Şen, Murat, "Bildirimli Fesihte İhbar Önelllerinin Toplu İş Sözleşmesi ile Artırılması Durumunda İhbar Tazminatı", AÜEHFD, C.VI, S.1-4, s.301-316.
- Tunçomağ**, Kenan, Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, 3.Bası, İstanbul 1977 (1977).
- Tunçomağ**, Kenan, İş Hukuku. C. I, Genel Kavramlar Hizmet Sözleşmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981.

KISALTMALAR

- AÜEHFD :Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
 BATIDER :Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
 HD :Hukuk Dairesi
 İHU :İş Hukuku Uygulamaları
 TBK :Türk Borçlar Kanunu
 Y :Yargıtay

