

Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi

Başak GÜNEŞ/Faruk Barış MUTLAY*

Abstract: The Turkish Code of obligations numbered 818 and dated April 22, 1926 was the first comprehensive foundation stones of the law revolution The Turkish Code of obligations numbered 818 was enacted on the date of April 22, 1926, was proclaimed in the Official Gazette numbered 366 and dated April 22, 1926 and the Turkish Code of Obligations became effective on the date of October 4, 1926 within the Turkish Civil Code. The Turkish Code of obligations numbered 818 which has remained in force for 85 years has been insufficient to fulfil the needs of the current issues and affairs of today and due to the difficulties in comprehending the language of the Law as a result of which the circumstances have necessitated the preparation of a new Turkish Code Obligations.

The new Law which has been prepared accordingly has brought some fundamental changes in the present issues which appeared recently. Some of the changes in this context can be observed in the provisions of the act of legislative arrangements concerning the employment contracts and business transactions. The provisions of legislation regarding the contracts of employment take place in the new The Turkish Code of obligations under the title of “Employment / Service Contracts” in section six among the Articles of the aforesaid new Law numbered 393 and 496. Three different types of employment contracts such as “contract for general services”, “contracts for marketing” and “contracts for services performed at home” are included in the new Law. Among the above mentioned labour contracts, “ the contracts for marketing” and “contracts for services performed at home” were arranged in the Law Numbered 818 and in the Labour Law numbered 4857 and a lot of new provisions of law enforcement have been introduced and issued under the title of “ contract for general services” under the provisions of the new Law. Some of these new arrangements are as follows:

* **Ar. Gör.** *İstanbul Teknik Üniversitesi, İşletme Fakültesi.*

invalidity of the labour contract, the obligation of loyalty of the labourer, the obligation of the accountability of the labourer, finder's fee, Premium, wage transfer claim, furnishing pledge of the wage, payment of the amount of per attachment and compulsory expenditure, utilizing the personal data, penalty for breach of contract, certificates of receipt, the right for deduction from the annual accrued leave. Accordingly, this new Law contains some significant legislative provisions both from the view points of the individuals included both in the scope of the Labour Law numbered 4857 and The Turkish Code of obligations numbered 818 have been carefully examined in details as well as above mentioned matters and provisions of legislation.

Within the framework of our study both the provisions of the legislations regarding the general labour contract of services of the Labour Law numbered 4857 and The Turkish Code of obligations numbered 818 has been taken into account and considered thoroughly and in details.

Özet: 22 Nisan 1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu hukuk devriminin temel taşlarından olup cumhuriyet döneminin ilk kapsamlı kanunlarından. 818 sayılı Borçlar Kanunu yasama organı tarafından 22 Nisan 1926 tarihinde kabul edilmiş; 8 Mayıs 1926 tarihli ve 366 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, 4 Ekim 1926 tarihinde Türk Kanunu Medenisi ile birlikte yürürlüğe girmiştir. Yaklaşık 85 yıldır yürürlükte olan 818 sayılı Kanunun günün ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalması ve dili itibariyle anlaşılmasının son derece zor olması, yeni Borçlar Kanununun yapılmasını gerekli kılmıştır. Bu doğrultuda hazırlanan yeni Kanun, uygulama alanına giren konularda köklü değişiklikler getirmiştir. Bu değişikliklerin bir kısmı da iş sözleşmesine ilişkin hükümlerde kendini göstermektedir.

Yeni Borçlar Kanununda iş sözleşmesine ilişkin hükümler, altıncı bölümde "hizmet sözleşmeleri" başlığı altında, 393. ve 496. maddeler arasında yer almaktadır. Kanunda "genel hizmet sözleşmesi", "pazarlamacılık sözleşmesi" ve "evde hizmet sözleşmesi" olmak üzere 3 farklı iş sözleşmesine yer verilmiştir. Bu sözleşmelerden "pazarlamacılık sözleşmesi" ve "evde hizmet sözleşmesi" 818 sayılı Kanunda ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, yeni Kanun çerçevesinde "genel hizmet sözleşmesi" başlığı altında da birçok yeni hüküm getirilmiştir. İş sözleşmesinin geçersizliği, işçinin sadakat borcu, teslim ve hesap verme borcu, düzenleme ve talimatlara uyma borcu, aracılık ücreti, ikramiye, ücret alacağının devri ve

rehnedilmesi, birim ücreti ve zorunlu harcamaların ödenmesi, kişisel verilerin kullanılması, iş sözleşmelerinde cezai şart, ibranameler, yıllık ücretli izinden indirim hakkı bu düzenlemelerden bazılarıdır. Bu doğrultuda yeni Kanun gerek kapsama aldığı kişiler açısından gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almayan konular bakımından önemli hükümler ihtiva etmektedir.

Çalışmamız kapsamında yeni Kanunun yalnızca genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri, 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 4857 sayılı İş Kanunu da dikkate alınarak incelenmeye çalışılmış ve söz konusu hususlar ilgili hükümler incelenirken detaylıca ele alınmıştır.

I. Giriş

22 Nisan 1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu hukuk devriminin temel taşlarından olup cumhuriyet döneminin ilk kapsamlı kanunlarından. 818 sayılı Borçlar Kanunu yasama organı tarafından 22 Nisan 1926 tarihinde kabul edilmiş; 8 Mayıs 1926 tarihli ve 366 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, 4 Ekim 1926 tarihinde Türk Kanunu Medenisi ile birlikte yürürlüğe girmiştir.

Türk Kanunu Medenisinin tamamlayıcısı ve beşinci kitabı olarak bilinen 818 sayılı Borçlar Kanununun onuncu babında (m. 313 vd.) “Hizmet Akdi”ne ilişkin hükümler yer almaktadır. Söz konusu hükümlerin uygulama alanının azımsanmayacak genişlikte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Gerçekten, ülkemizde tüm iş ilişkilerini kapsayan “iş kodu” niteliğinde genel bir kanun mevcut değildir (Çelik, 2010: 14). Bireysel iş ilişkileri 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu ile düzenlenmektedir. İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işlere (İşK. m.4), niteliği itibarıyla 30 işgününden az süren süreksiz işlere (İşK. m.10), Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nun kapsamına girmeyen işler ile bu kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde ise Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri ve genel hükümleri uygulanmaktadır (Koç, 2004: 586). Başka bir ifadeyle, Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri, sadece 4857, 854 ve 5953 sayılı Kanunların kapsamında olmayıp Borçlar Kanunu'na tabi olan işçiler bakımından değil, bireysel İş Kanunlarında düzenlenmeyen konularda da uygulanması sebebiyle tüm işçiler bakımından önem arz etmektedir.

Ancak yaklaşık 85 yıldır yürürlükte olan 818 sayılı Kanunun günün ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalması ve dili itibarıyla anlaşılmasının son derece zor olması, yeni Borçlar Kanununun yapılmasını gerekli kılmıştır. Bu doğrultuda hazırlanan yeni Kanun, uygulama alanına giren konularda köklü değişiklikler getirmiştir. Bu değişikliklerin bir kısmı da iş sözleşmesine ilişkin hükümlerde kendini göstermektedir. Kanunun birçok hükmü gibi, iş sözleşmesine ilişkin hükümleri de kaynak kanun niteliğindeki İsviçre Borçlar Kanunundan alınmıştır.

Öte yandan, yeni Kanun çok ciddi eleştirilerin de hedefi olmuştur. Doktrinde, Kanun hazırlanırken uluslararası alanda ve özellikle Avrupa’da gelişen teknik ve sosyal olaylara göre yapılan çalışmaların ve değişikliklerin yeterince dikkate alınmadığı, liberal hukuk sistemine ve irade özgürlüğüne aykırı hükümlerin getirildiği ifade edilmiştir (Başpınar, 2010: 476-483). Kanunun en çok eleştirildiği noktalardan biri de sistematığı ve dilidir. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun dilinin çok eskidiği, kanunda birçok çeviri hatasının bulunduğu, bu sebeple yeni kanun hazırlanırken dilin yalınlaştırılması gerektiği genel olarak benimsenmektedir (Hatemi, 2009: 12; Barlas vd., 2005: 7; Yavuz, 2008: 52). Bununla birlikte, yeni kanunda dilde sadeleştirme adına yerleşmiş hukuki kavramların terk edilerek yerine bu kavramları tam olarak karşılamayan ibarelerin tercih edildiği, belli bir anlam için kullanılan terimlerde birlik olmadığı ve madde metinlerinde cümle düşüklükleri ile ifade bozukluklarına rastlandığı doktrinde sıklıkla dile getirilmiştir (Hatemi, 2009: 12; Barlas vd., 2005: 7; Başpınar, 2010: 484 vd.; Yavuz, 2008: 52)

Karşılaştırmalı hukukta da görüldüğü üzere temel kanunlarda değişiklik yapılırken yürürlükte bulunan kanunun numaralandırma sistemi muhafaza edilmekte, yeni getirilen maddeler mevcut maddelere harfler eklenerek kanuna alınmakta, böylelikle eski uygulamalar ve içtihatlar yeni nesillere taşınmakta ve oluşturulmuş hukuk kültürü tahrip edilmemektedir. İsviçre Borçlar Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu, İsviçre Anayasası ve Alman Medeni Kanunu değiştirilirken de bu usul benimsenmiştir (Kaplan, 2008: 18; Başpınar, 2010: 489). Yeni Borçlar Kanunu’nda ise bu metoda başvurulmamasının büyük bir yanlış olduğu doktrinde belirtilmiştir (Hatemi, 2009: 12; Barlas vd., 2005: 6; Başpınar, 2010: 489)

Yeni Borçlar Kanununda iş sözleşmesine ilişkin hükümler, altıncı bölümde “hizmet sözleşmeleri” başlığı altında, 393. ve 496. maddeler arasında yer almaktadır. Kanunda “genel hizmet sözleşmesi”, “pazarlamacılık sözleşmesi” ve “evde hizmet sözleşmesi” olmak üzere 3 farklı iş sözleşmesine yer verilmiştir. Bu sözleşmelerden “pazarlamacılık sözleşmesi” ve “evde hizmet sözleşmesi” 818 sayılı Kanunda ve 4857 sayılı İş Kanunu’nda düzenlenmemiş olup, yeni Kanun çerçevesinde “genel hizmet sözleşmesi” başlığı altında da birçok yeni hüküm getirilmiştir. İş sözleşmesinin geçersizliği, işçinin sadakat borcu, teslim ve hesap verme borcu, düzenleme ve talimatlara uyma borcu, aracılık ücreti, ikramiye, ücret alacağının devri ve rehnedilmesi, birim ücreti ve zorunlu harcamaların ödenmesi, kişisel verilerin kullanılması, iş sözleşmelerinde cezai şart, ibranameler, yıllık ücretli izinden indirim hakkı bu düzenlemelerden bazılarıdır. Bu doğrultuda yeni Kanun gerek kapsama aldığı kişiler açısından gerekse 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer almayan konular bakımından önemli hükümler ihtiva etmektedir. Ancak yeni Kanunun geneli için yapılan eleştirilerin iş sözleşmesine ilişkin hükümler açısından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Çalışmamız kapsamında yeni Kanunun yalnızca “genel hizmet sözleşmesi”ne ilişkin hükümleri, 818 sayılı Borçlar Kanunu

ve 4857 sayılı İş Kanunu da dikkate alınarak incelenmeye çalışılmıştır ve söz konusu hususlar ilgili hükümler incelenirken detaylıca ele alınacaktır.

II. Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulması ve Tanımı

“Genel hizmet sözleşmesi”nin tanımı ve kurulmasına ilişkin esaslar yeni BK m.393 ve m.394’de düzenlenmektedir. Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanunu’nda benimsenen “iş sözleşmesi” kavramı yerine, “hizmet sözleşmesi” kavramının tercih edilmesi yerinde olmamıştır (Koç, 2004: 587). Farklı kanunlar arasında aynı hukuki müessesler için terminolojik açıdan birliğin sağlanması karışıklığı önleyecektir.

Yeni BK m.393/Pe göre iş sözleşmesi, *“işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”*. 4857 sayılı İş Kanunu m.8’de ise iş sözleşmesi, *“bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme”* olarak tanımlanmıştır. Yeni BK’da, 4857 sayılı İş Kanunu’nun düzenlemesine paralel olarak, 818 sayılı BK’nın iş sözleşmesi tanımında bulunmayan “bağımlılık” unsuruna yer verilmiştir (Barlas vd., 2005: 202, Koç, 2004: 588). Böylelikle iş görme ve ücretle beraber iş sözleşmesinin bütün unsurları bu tanımda yer almıştır (Eyrenci vd., 2010: 54 vd.; Çelik, 2010: 78-79; Süzek, 2008: 211vd.; Yavuz, 2009: 438 vd.). Bununla beraber kanımızca maddede, 4857 sayılı İş Kanunu m.8’deki gibi yalın bir tanım yapılmaması ve ücretin sadece zamana ve yapılan işe göre ödeneceğinin belirtilmesi isabetsiz olmuştur. Zira yapılan işin sonucuna göre ödenen ücrete götürü ücret adı verilmektedir (Eyrenci vd., 2010: 124; Çelik, 2010: 145; Süzek, 2008: 309). Uygulamada yapılan işte birim saptanmasının güç olması, işin devamlılık göstermemesi veya seri yapılmasının mümkün olmaması gibi durumlarda ücret işin sonucuna göre ödenmektedir (Çelik, 2010: 145; Süzek, 2008: 310). Ancak zaman göre ve götürü ücret dışında parça başına (akort ücret) yahut yüzdeye göre de temel ücret ödenebilir (Çelik, 2010: 144-145; Süzek, 2008: 308). Oysa madde gerekçesinde işverenin ödemesi gereken ücretin ya zamana göre ya da yapılan işe göre belirlendiği ifade edilmiştir. 818 sayılı BK’da söz konusu husus, m.313/II’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre *“Ücret, zaman itibarıyla olmayıp yapılan işe göre verildiği takdirde dahi işçi muayyen veya gayri muayyen bir zaman için alınmış veya çalışmış oldukça, hizmet akdi yine mevcuttur; buna parça üzerine hizmet veya götürü hizmet denir.”* Görüldüğü gibi, bu hükümde ücretin zaman göre ödenmemesi ve yapılan işe göre verilmesi halinde de iş sözleşmesinin var olacağı belirtilerek, ücretin mutlaka zamana göre ödenmek zorunda olmadığına dikkat çekilmiştir. Yeni BK’nın düzenlemesi ise adeta zamana göre ve götürü ücret dışındaki ücret tiplerini dışlar niteliktedir. Bu açıdan kısıtlayıcı bir tanım yapılmasını anlamak mümkün değildir. Kanımızca burada 818 sayılı BK’daki gibi bir düzenlemeye yer verilmek istenmiş, ancak tanım kötü kaleme alınmış, yeni kanunun geneline yansıyan dildeki özensizlik burada da kendini göstermiştir.

İş sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak 818 sayılı BK m. 319'daki "*hizmet mukavelesinin şartları kanuna, ahlaka (adaba) mugayir olmamak üzere istenildiği gibi tayin olunabilir*" hükmü yeni Kanunda yer almamaktadır. Öte yandan 818 sayılı BK m. 19'un muadili olan tarafların sözleşme içeriğini serbestçe belirleyebileceklerine ilişkin m.26 ve emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağına ilişkin m.27 hükümleri çerçevesinde böyle bir düzenlemeye de ihtiyaç duyulmamaktadır.

İş sözleşmesinin kurulmasına dair esaslar, yeni BK m.394'de düzenlenmektedir. Bu hüküm, 818 sayılı BK m.314 esas alınarak hazırlanmıştır. Yeni BK m.394/II'de, 818 sayılı BK m.314/II hükmünün lafzı sadeleştirilerek durumun gereklerine göre, ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işin belli bir zaman içinde görülmesi ve bu işin işveren tarafından kabul edilmesi halinde iş sözleşmesinin kurulmuş sayılacağı belirtilmiştir. 818 sayılı BK'da olduğu gibi yeni BK'ya göre de iş sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir¹. Maddenin 3. fıkrasında ise 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve 818 sayılı BK'da bulunmayan yeni bir düzenleme öngörülmektedir. Söz konusu hükme göre, "*geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur*". "Geçersizlik" kavramının "kesin hükümsüzlük", "iptal edilebilirlik", "eksik veya askıda hükümsüz işlemler", "nısbî hükümsüzlük" gibi bütün hükümsüzlük hallerini içeren bir üst kavram olduğu (Kocayusufpaşaoğlu, 2008: 299) dikkate alındığında, hükümde bu kavramın kullanılmasının yerinde olmadığını belirtmek gerekir. Kanımızca burada ifade edilmek istenen geçersizlik hali kesin hükümsüzlüktür.

Madde gerekçesinde işçinin, iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesi halinde iyiniyetli sayılamayacağı ve fıkra da belirtildiği gibi "*geçersizliği sonradan anlaşılan*" iş sözleşmesinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla işçinin bu hükümden yararlanamayacağı açıklanmıştır. Gerekçedeki bu açıklamadan yola çıkılırsa, işçinin iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesi halinde bu geçersizliğin baştan itibaren söz konusu olduğunu söylemek gerekecektir. Gerekçede işverene ilişkin olarak, iş sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işverenin, sözleşmenin

¹ 4857 sayılı İş Kanunu m.8 uyarınca bu kanuna tabi iş sözleşmeleri de kural olarak şekle bağlı değildir. Öte yandan maddenin 2. fıkrasından süresi 1 yıldan ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Kanun 11. maddesine göre belirli süreli iş sözleşmeleri, 16. maddesine göre takım sözleşmeleri ve 14. maddesine göre çağrı üzerine çalışmayı konu alan sözleşmeler de yazılı yapılmalıdır. Kanunun 8. maddesinin son fıkrasına göre "*Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur.*"

geçersizliğini ileri süremeyeceği ve geçerli bir sözleşme varmışçasına işçiye karşı sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, işçinin iyiniyetli olmaması halinde sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılmalı, işverenin iyiniyetli olmaması halinde ise, sözleşme geçerli bir sözleşme gibi değerlendirilmelidir.

Borçlar hukuku kapsamında bir hukuki işlemin kesin hükümsüz olması *ex tunc* (geçmişe etkili) sonuç doğurur. Başka bir ifadeyle işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılır ve bu işleme dayalı olarak ifa edilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iadesi gündeme gelir (Kocayusufpaşaoğlu, 2008: 581; Eren, 2008: 301-302; Eyrenci vd., 2010: 95; Süzek, 2008: 287; Akyiğit, 1990: 37). İş sözleşmesinin *ex tunc* geçersiz olması, bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurması sebebiyle sorun teşkil edeceği gibi, iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına da ters düşer. Zira işçi baştan itibaren geçersiz sayılan iş sözleşmesi sebebiyle bir yandan iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan haklarını talep edemeyecek, öte yandan işçinin temel borcu olan iş görme ediminin iadesi mümkün olmayacağı için çözülmesi olanaksız bir “tasfiye sistemi” ortaya çıkacaktır (Süzek, 2008: 287, Koç, 2004: 588). Bu sebeple doktrinde kesin hükümsüz olan iş sözleşmesinin hükümsüzlüğün ileri sürüldüğü ana kadar tıpkı geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğuracağı ifade edilmektedir² (Eyrenci vd., 2010: 95; Süzek, 2008: 287; Akyiğit, 1990: 53). Bu husus 1958 yılında verilen bir içtihadı birleştirme kararıyla da ortaya konmuştur³. Yeni BK m.394 ile içtihat ve öğretide kabul edilen bu görüş kanuni dayanak kazanmıştır. Ancak gerekçedeki işçinin iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesi halinde söz konusu hükümden yararlanamayacağı, sözleşmenin geçersiz olduğunu bilen işverenin de geçersizliği ileri süremeyeceği yönündeki açıklamaya dayanak teşkil eden “*geçersizliği sonradan anlaşılan*” ibaresinin yerindeliliğini tartışmak gerekir. Zira geçersiz iş sözleşmesinin iş ilişkisi ortadan kalkıncaya kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması sadece işçiyi koruma amacı taşımamakta, iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmasına, başka bir ifadeyle sözleşmenin yapısına ve sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz saymanın uygulamada ortaya çıkaracağı tasfiye zorluklarına da dayanmaktadır. Bu doğrultuda taraflar bilsin ya da bilmesin yürürlüğe girmiş ve taraflar arasında uygulanmış bir iş sözleşmesinin geçersizliğinin her halükarda ileriye dönük olarak ileri sürülebilmesi gerektiği kanısındayız⁴.

² TAŞKENT, kaçakçılık, fuhuş gibi kamu düzenine, ahlaka ve hukukun temel ilkelerine aykırı konulara ilişkin bazı iş sözleşmelerinin geriye doğru geçerli kılınamayacağını, baştan itibaren geçersiz sayılacağını ve hiçbir hüküm ve sonuç doğuramayacağını ifade etmektedir, (Taşkent vd., 2010: 95-96).

³ Yarg. İBK. E. 1957/20, K. 1958/9, T. 18.06.1958 (www.legalbank.net).

⁴ SOYER de maddede yer alan geçersizliğin sonradan anlaşılmasına ilişkin ibarenin yerinde olmadığını belirtmiş ve maddenin son fıkrasının şu şekilde kaleme alınabileceğini ifade etmiştir: “*Geçersiz iş sözleşmesi, ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Bununla birlikte, akdin geçersizliğini bilen veya bilebilecek durumda olan*

Düzenleme işveren açısından değerlendirildiğinde ise, başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. Kesin hükümsüzlük dava dosyasından anlaşılabilirse, taraflar ileri sürmese dahi hakim tarafından resen nazara alınabilir (Kocayusufoğlu, 2008: 586; Eren, 2008: 301). İşveren iyiniyetli değilse, yeni BK m.394 hükmünün madde gerekçesinde bulunan açıklamaya göre, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü ileri süremeyecektir. Bu durumda hâkimin de bu hususu resen nazara alamayacağını kabul etmek gerekir. Aksi takdirde, hükmün bu şekilde değerlendirilmesi anlamsız olacaktır. Oysa genel bir kuralın istisnasını teşkil eden bu sonuca ulaşmak için kanunda açık düzenleme yer almalıdır.

Sonuç itibarıyla kanımızca maddede yer alan “geçersizliği sonradan anlaşılan” ibaresinin madde gerekçesinde açıklandığı şekilde yorumlanabilmesi için hükme en azından iş sözleşmesinin geçersiz olduğunun taraflarca bilinmesi halinde ifa edilen edimlerin iade edilmeyeceği ve işverenin iyiniyetli olmaması halinde hakimin de kesin hükümsüzlüğü resen nazara alamayacağı yönünde bir ekleme yapılması yerinde olacaktır.

Belirttiğimiz gibi, iş sözleşmesinin kurulması özel bir şekle bağlı değildir. Ancak 426. maddede işçinin talep etmesi halinde, işverenin işin türünü ve süresini içeren “hizmet belgesi” vermek zorunda olduğu belirtilmiştir. İşçinin istemesi üzerine, onun iş görmedeki becerisi ile tutum ve davranışları da söz konusu belgede belirtilecektir. Önemle belirtelim ki, işçinin hizmet belgesini talep etmesi halinde işverenin belgeyi düzenleyip düzenlememe konusunda takdir hakkı yoktur. İşveren belgeyi düzenleyip işçiye vermekle yükümlüdür.

Söz konusu düzenleme, 818 sayılı Kanunun “şehadetname” başlıklı 335. maddesinde de yer almaktadır. Yeni Kanunda sade, anlaşılır bir dille hükmün tekrar düzenlendiği görülmektedir. Ancak 818 sayılı Kanundan farklı olarak, belgenin zamanında verilmemesi ya da belgenin gerçeğe aykırı bilgiler ihtiva etmesi halinde işçinin veya işçiye işe alan yeni işverenin, eski işverenden tazminat isteyebileceği de hükme bağlanmıştır (m.426/3).

Söz konusu hüküm İş Kanunu’nun “çalışma belgesi” başlıklı 28. maddesinde yer alan düzenlemeye benzemektedir. Buna mukabil, İş Kanunu’ndaki çalışma belgesinin işten ayrılan işçiye verilmesi zorunlu kılınmışken, hizmet belgesi iş ilişkisinin -sona erme durumu da dahil olmak üzere- her aşamasında düzenlenebilecektir. Aynı şekilde İş Kanunu’nda yer alan belgenin düzenlenmemesi halinde, eski işverenden tazminat istenebileceği belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin yapılmasının şekle bağlı kılınmamış olması karşısında, böyle bir düzenleme iş ilişkisinin varlığını ispat etme yükümlülüğünde olan işçiye kolaylık sağlayacaktır. Ayrıca işverenin tazminatla yükümlü tutulması düzenlemenin işlevselliğini artıracaktır.

İşverenin geçersizlik itirazı hukukten korunmaz. Hukuki ilişkiye sonuç bağlanmasının hukuk düzeni tarafından hiçbir şekilde caiz görülmemekle olduğu haller saklıdır.” (Soyer, 2008: 152).

III. İş Sözleşmesinin Türleri

Yeni BK'da bazı iş sözleşmesi türlerine de yer verilmiştir. Yeni BK m.393, 818 sayılı BK'da düzenlenmeyen, kısmi süreli iş sözleşmelerini öngörmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanunu m.13'de işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Normal haftalık çalışma süresi ise m.63'te haftalık en çok 45 saat olarak açıklanmıştır. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.6'da işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmanın kısmi süreli çalışma olacağı öngörülmüştür. Bu doğrultuda haftalık 30 saatte kadar yapılan çalışma kısmi süreli sayılacaktır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁵. Yeni BK'da yer alan hükümde ise kısmi süreli iş sözleşmesi tanımlanmayarak işçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmelerin de iş sözleşmesi olacağı belirtilmiş, kısmi sürenin değerlendirilmesi içtihatlarla bırakılmıştır.

Kanunda sözleşmenin türlerinden sadece kısmi süreli iş sözleşmesi düzenlenmemiş, belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin esaslar da öngörülmüştür. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin kuralların yer aldığı 430. maddede, belirli süreli iş sözleşmesinin, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesine ilişkin durum yer almıştır.

Belirli süreli iş sözleşmesi, 818 sayılı Kanuna kıyasla yeni Kanunda daha farklı ve ayrıntılı düzenlenmiştir. Kanunun 430. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi "*Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.*" şeklindedir. Salt bu cümlenin dikkate alınması durumunda, "örtülü" olarak yenilenme halinde sözleşmenin kayıtsız şartsız belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği şeklinde sonuç çıkmaktadır. Ancak devam eden cümle bunun yanlış olduğunu göstermektedir. Zira izleyen cümle "*Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir.*" şeklindedir. Dolayısıyla, fıkranın bütünüyle değerlendirilmesi neticesinde, sözleşmenin süresinin bitmesine rağmen taraflar sözleşmeden doğan borçlarını yerine getiriyorlarsa; başka bir ifadeyle, sürenin bitmesine rağmen sözleşmenin gereklerini yapmaya devam ediyorlarsa, -esaslı nedenin de olması şartıyla- sözleşme belirli süreli olma özelliğini korumaya devam edecektir biçiminde sonuç benimsenecektir. Esaslı nedenin olmaması halinde ise, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecektir. Düzenlemenin yeniden kaleme alınması yanlışları önleyecektir düşüncesindeyiz. Önemle belirtelim ki, söz konusu durum sadece örtülü yenilenmeye özgü değildir. Genel olarak, sözleşmenin hangi şekilde olursa olsun yenilenmesinde "esaslı

⁵ Yarg. E. 2008/20640, K. 2010/5868, T. 04.03.2010, 9. HD. E. 2009/44744, K. 2009/33940, T. 08.12.2009, 9. HD. E. 2007/31344, K. 2008/31565, T. 20.11.2008 (www.legalbank.net).

nedenin” varlığı aranacaktır.

Oysa maddenin son fıkrasındaki düzenleme yanlış yaratacak biçimde kaleme alınmıştır. Adı geçen son fıkrada, sözleşmenin fesih bildirimine bağlanmasına rağmen tarafların fesih beyanında bulunmaması halinin sözleşmenin türüne etkisi düzenlenmiştir⁶. Hüküm, “*sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür*” şeklindedir. Sadece söz konusu fıkra dikkate alındığında, sözleşmenin sona ermesinin fesih bildirimine bağlandığı ve fesih bildiriminde bulunulmadığı durumlarda, sözleşmenin kendiliğinden belirsiz süreliye dönüşeceği şeklinde sonuç çıkmaktadır. Ancak düzenlemenin yukarıda açıklamış olduğumuz aynı maddenin ikinci fıkrası ile birlikte ele alınması gerektiği kanısındayız. Dolayısıyla, sözleşmenin sona ermesi fesih bildirimine bağlı kılınmış olsa dahi, tarafların fesih bildiriminde bulunmaması halinde *esaslı nedenin de olması koşuluyla* sözleşme belirli süreli olma niteliğini koruyacaktır. Esaslı nedenin olmaması halinde ise, sözleşmenin sona ermesi fesih bildirimine bağlı kılınmış olsun ya da olmasın, sözleşme suskun kalmaya bağlı olarak belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşecektir. Kısacası, sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olma özelliğini koruması, esaslı nedenin varlığı ile ilgilidir.

818 Sayılı Kanunda ise, belirli süreli iş sözleşmesinin susmayla -yeni kanundaki deyimle örtülü olarak- uzatılması (yenilenmesi) halinde herhangi bir nedenin varlığı aranmadan sözleşmenin aynı süre için fakat bir yılı aşmamak koşuluyla yenileneceği belirtilmiştir (m.339). Başka bir ifadeyle, 818 sayılı Kanunda sözleşmenin yenilenmesi herhangi bir şarta bağlı kılınmamış, yenileneceği süre bakımından üst sınır getirilmiştir.

Yeni Kanunda, yukarıda belirtildiği şekilde belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde esaslı neden aranmakla birlikte, 818 sayılı Kanunda olduğu gibi, sözleşmenin ilk yapılmasında herhangi bir nedenin aranmadığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, yukarıda aktardığımız ikinci fıkranın ikinci cümlesinden belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez yapılmasında esaslı ya da objektif nedeninin varlığının aranmadığı, esaslı nedenin sadece belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde arandığı sonucu açıkça ortaya çıkmaktadır (Soyer, 2008: 160).

⁶ Yukarıda da belirttiğimiz gibi, belirli süreli iş sözleşmelerinin bildirimli fesihle sona erdirilmesi mümkün değildir, sadece sözleşmenin süresinin sonunda devam edilmeyeceğine ilişkin haber verme şartı koyulabilir. Bu bakımdan üçüncü fıkradaki fesih bildiriminin bu şekilde anlaşılması gerektiği kanısındayız. Nitekim, 818 sayılı Kanunun 339. maddesinde kullanılan “fesih ihbar” teriminin teknik anlamda fesih ihbar veya diğer deyişle süreli fesih bildirimini niteliği taşımadığı, teknik anlamda süreli feshin hukuki sonuçlarını yaratmadığı, sadece belirli süreli sözleşmenin süresinin sonunda kendiliğinden sona ereceğini, yenilenmeyeceğini karşı tarafa “haber verme” anlamını taşıdığı ileri sürülmüştür, (Süzek, 2008: 453).

İş Kanununda belirli süreli iş sözleşmeye ilişkin esaslar Kanununun 11. maddesinde yer almıştır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında “*İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.*” şeklinde tanıma yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında “*Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir*” düzenlemesine yer verilmiştir⁷.

İş Hukuku öğretisinde söz konusu hükümden hareketle belirli süreli iş sözleşmesinin bir defada yapılması halinde objektif (esaslı) neden aranacağı, aksi halde sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşeceği belirtilmiştir (Süzek, 2008: 223; Çelik, 2010: 88; Ulucan, 2003: 40; Alpagut, 2004: 77-78; Başterzi, 2006: 128; Güler, 2005: 48). Buna mukabil, öğretilde TAŞKENT, haklı olarak İş Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrasının ne içeriğinde, ne maddenin gerekçesinde ne de maddenin dayanağı olan Avrupa Birliği Yönergesinde “objektif haklı neden” aranmadığını, “objektif koşul” kavramının “objektif neden” ile aynı anlama gelmediğini, sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden aranmasına gerek olmadığını belirtmiştir (Taşkent, 2008: 14 vd.). Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Borçlar Kanununda da sözleşmenin ilk kez yapılmasında “objektif neden” ya da “esaslı neden” aranmaması bu görüşü desteklemektedir. Zincirleme iş sözleşmeleri açısından esaslı nedenin varlığı arandığından, bu konuda da İş Kanunu ile paralellik sağlandığı söylenebilecektir (Soyer, 2008: 160).

İş sözleşmesinin bir diğer türü olarak deneme süreli iş sözleşmesine de – belirli süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi- feshe ilişkin hükümlerde Kanununun 433. maddesinde yer verilmiştir. Anılan maddede iki ay aşmamak koşuluyla deneme süresi koyulabileceği belirtilmiştir. Deneme süreli iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, taraflar kanundaki deyimlerle fesih süresine⁸ uymak zorunda olmaksızın iş sözleşmesini tazminatsız feshedebileceklerdir. 818 sayılı Kanunda uzun süreli iş sözleşmesine deneme süresinin konabileceği ve bildirimden sonra girecek haftanın sonu için sözleşmenin iki ay içinde sona erdirilebileceği belirtilmiştir. Yeni düzenlemenin ise, İş Kanununa paralel olduğu görülmektedir⁹.

⁷ Maddede geçen “objektif koşul” ve “esaslı neden” kavramlarının aynı anlamda olduğu belirtilmektedir, (Çelik, 2010: 93; Eyrenci vd., 2010: 62; Alpagut, 2004: 77; Başterzi, 2006: 131). Buna mukabil, “objektif koşul” ve “objektif neden” kavramlarının aynı anlama gelmediği ifade edilmiştir, (Taşkent, 2008: 17).

⁸ “Fesih süresi” yerine, “bildirim süresi” ifadesinin tercih edilmesinin uygun olacağı kanısındayız.

⁹ İş Kanunu’nun 15. maddesinde konuya ilişkin olarak “*Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir. Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek*

IV. İşçinin Borçları

Yeni BK'da işçinin borçları beş ayrı maddede düzenlenmiştir. Yeni BK m.395'de işçinin bizzat çalışma borcu, m.396'da özen ve sadakat borcu, m.397'de teslim ve hesap verme borcu, m.398'de fazla çalışma borcu, m.399'da düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu öngörülmüş, m.400'de işçinin sorumluluğuna yer verilmiştir.

1. İşçinin Bizzat Çalışma Borcu

İşçinin iş sözleşmesinden doğan en temel borcu işin görülmesidir (Eyrenci vd., 2010: 97; Süzek, 2008: 293). İşveren açısından işçinin kişiliği, nitelikleri, bilgisi ve tecrübesi iş görme borcunun ifası bakımından önemlidir (Eyrenci vd., 2010: 97). Bu sebeple 818 sayılı BK m.320'de sözleşmeden veya halin gereğinden aksi anlaşılmadıkça işçinin iş görme borcunu bizzat yerine getirmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Yeni BK m.395'de de aynı esas benimsenmektedir. Bu doğrultuda işçi bir başkasının aracılığıyla iş görme edimini ifa edemez (Süzek, 2008: 293). Aynı çerçevede yeni BK m. 440'da da, 818 sayılı BK m.347/I'de olduğu gibi, iş sözleşmesinin işçinin ölümü ile kendiliğinden sona ereceği belirtilmiştir.

818 sayılı BK m.320'de yer alan işverenin de hakkını başkasına devredemeyeceği yönündeki hüküm ise yeni BK m. 395'e alınmayarak, "*sözleşmenin devri*" başlığıyla m.429'da detaylı şekilde düzenlenmiştir¹⁰.

2. İşçinin Özen ve Sadakat Borcu

İş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran bir sözleşme olması, işçinin işini özenle yapmasının ötesinde iş ilişkisi devam ettiği müddetçe işverene karşı sadakatle davranmasını gerekli kılar (Eyrenci vd., 2010: 108; Süzek, 2008: 303; Aydın, 2002: 56-57; Arslan Ertürk, 2010: 132; Koyuncu, 2009: 91). Yeni BK'da bu husus "*özen ve sadakat borcu*" başlığı altında m.396'da düzenlenmiştir. Bununla birlikte söz konusu hükümde işçinin özen borcu, sadakat borcu, sır saklama borcu ve rekabet etmeme borcu öngörülmektedir.

a. İşçinin Özen Borcu

İşçinin özen borcu, iş görme borcunun içerisinde yer alan ve onu tamamlayan bir yükümlülük olup 818 sayılı BK m.321'de de öngörülmektedir. Yeni BK m.396 hükmü de özen borcu bakımından kısmen bu maddenin muadilidir. Her iki maddede de işçinin yüklediği işi özenle yapmakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Öte yandan, 818 sayılı BK m.321'in 1. fıkrasında işçinin özen borcu, 2. fıkrasında ise bu özenin derecesinin nasıl belirleneceği ve işçinin sorumluluğu

olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır." düzenlemesi yer almaktadır.

¹⁰ Bkz. IX, 2

düzenlenirken, Yeni BK'da işçinin göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesi ve sorumluluğu m.400'de ayrı bir madde olarak ele alınmıştır¹¹. Ayrıca yeni BK m.396'da işçinin işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle de yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Kanımızca işçinin özen yükümlülüğünün kapsamında kendisine teslim edilen malzemeyi özenle kullanma yükümlülüğü de mevcut olduğu için söz konusu düzenlemenin gerekliliği tartışma konusudur.

b. İşçinin Sadakat Borcu

Yeni BK m.496'da öngörülen işçinin sadakat borcu hakkında 818 sayılı BK'da veya 4857 sayılı İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamakta, sadece 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasında haklı fesih sebebi oluşturan sadakat yükümlülüğüne aykırı bazı davranışlara yer verilmektedir (Süzek, 2008: 304; Arslan Ertürk, 2010: 137). Bununla birlikte, iş sözleşmesinin doğası gereği bu borç, işçinin borçları arasında yer alır. Sadakat borcunun kapsamını bütünüyle belirlemek ve bu borcu ihlal eden davranışları tek tek saymak mümkün değildir (Süzek, 2008: 304; Yavuz, 2009: 456; Koyuncu, 2009: 91). İşçinin işyerindeki görevi, görülen işin ve işyerinin niteliği bu borcun kapsamının ortaya konmasında belirleyici olacak ana unsurlardır (Arslan Ertürk, 2010: 183-185). Doktrinde işçinin sadakat borcu doğrultusunda işyerinde karşılaştığı her türlü sorunu, makine, araç ve gereçlerde meydana gelen arıza ve aksaklıkları işverene zamanında bildirmesi, işverenin sınırlarını koruması (Eyrenci vd., 2010: 108; Süzek, 2008: 304), işini savaşamaması, diğer işçilerin işlerine engel olmaması, iş ortamını olumsuz etkilememesi, işverenin çıkarlarını koruması, işi ve işyeriyle ilgili olmayan konularda işverene zarar verecek eylemlerden kaçınması gerektiği belirtilmiştir (Eyrenci vd., 2010: 108). Yargıtay'a göre de "*Sadakat yükümlü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şabsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.*"¹²

Yeni BK m.396/I'de işçinin sadakat borcuna genel olarak yer verilmiş, işçinin işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorunda olduğunu belirtilmiştir. Bu hüküm dışında, m.396/III ve IV'de ise, sadakat borcunun olumsuz yönünü ifade eden işçinin rekabet etmeme ve sır saklama borcu öngörülmüştür (Barlas vd., 2005: 205)

¹¹ SOYER söz konusu düzenlemenin sistematik olarak yanlış olduğunu ve işçinin özen borcu, borcun ölçüsü ve işçinin sorumluluğunun aynı maddede kaleme alınması gerektiğini ifade etmiştir. (Soyer, 2008: 153).

¹² Yarg. 9 HD. E. 2009/13571, K. 2010/1815, T. 01.02.2010 (www.legalbank.net).

c. İşçinin İş Sözleşmesinin Devamı Sırasında Rekabet Etmeme Borcu

Yeni BK m.396/III uyarınca işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez¹³. 818 sayılı BK ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemekle beraber, işçinin iş ilişkisi devam ettiği müddetçe işverenle rekabet etmemesi, işverenin çalışma alanında kendi adına faaliyette bulunmaması sadakat borcunun bir sonucu olarak kabul edilmektedir (Eyrenci vd., 2010: 108; Süzek, 2008: 304; Yavuz, 2009: 457; Koyuncu, 2009: 92; Arslan Ertürk, 2010: 306). Yeni BK ile bu husus da kanuni dayanak kazanmıştır. İşçinin bu faaliyeti işverene zarar vermese de, böyle bir zararın ortaya çıkma olasılığı dahi bu kapsamda değerlendirilir. Burada güdülen amaç, işverenin işletmeyle ilgili çıkarlarının işçinin girişimi ile bozulmasının önlenmesidir ve böyle bir sınırlamanın işçinin girişim özgürlüğüne veya çalışma özgürlüğüne aykırı olduğu iddia edilemez (Eyrenci vd., 2010: 108-109). Öte yandan işçinin işverene karşı rekabet oluşturmamak kaydıyla çalışma saatleri dışında başka bir işte çalışmasını engelleyen bir kural yoktur (Eyrenci vd. 2010: 109).

d. İşçinin Sır Saklama Borcu

İşçinin sadakat borcunun kapsamında yer alan bir diğer borç da sır saklama borcudur (Eyrenci vd. 2010: 109; Süzek, 2008: 304; Yavuz, 2009: 457; Arslan Ertürk, 2010: 285). Yeni BK ile bu husus da pozitif dayanak kazanmıştır. Yeni BK m.396/IV'e göre, işçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz¹⁴. Bunun yanı sıra işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde sır saklamakla yükümlüdür¹⁵.

Doktrinde Yeni BK m.397 ve m.398'de öngörülen teslim ve hesap verme borcu ile fazla çalışma borcu da sadakat borcu kapsamında ele alınarak, bu yükümlülüklerin sadakat borcunun olumlu yönünü ifade ettiği belirtilmiştir (Barlas vd., 2005: 205).

¹³ Yargıtay da işçinin dolaylı da olsa çalıştığı şirket ile aynı faaliyet alanında şirket kurması, mesaisini kısmen de olsa bu şirkette geçirmesi, şirketin müşterilerini aynı faaliyet alanında başka bir şirkete yönlendirmesinin sadakat borcuna aykırılık oluşturduğunu belirtmektedir. Yarg. 9. HD. E. 2009/13571, K. 2010/1815, T. 01.02.2010 (www.legalbank.net).

¹⁴ Yargıtay 2007 yılında verdiği bir kararda işçinin, işveren aleyhine dava açan eski işçiye işyeri satış tablolarını gösteren belgeleri izinsiz vermesini sadakat borcuna aykırı bulmuştur. Yarg. 9. HD E. 2007/14009, K. 2007/27734, T. 24.09.2007 (www.legalbank.net).

¹⁵ SOYER'e göre, işçinin sır saklama borcunun akit sonrasını da yayılması isabetsiz olmuştur ve bu husus akit sonrası sır saklama borcunun ancak bir rekabet yaşağı sözleşmesine konu olabileceği prensibi ile de bağdaşmamaktadır, (Soyer, 2010: 153).

3. İşçinin Teslim ve Hesap Verme Borcu

İşçinin teslim ve hesap verme borcu 818 sayılı BK'da yahut 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülme­yen bir yükümlülüktür. Yeni BK ise, m.397 ile işçinin, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhâl ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra hükme göre işçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhâl işverene teslim etmekle yükümlüdür.

4. İşçinin Fazla Çalışma Borcu

İşçinin fazla çalışması 818 sayılı BK m.329'da "fazla çalışma ücreti" kenar başlığı ile işverenin borçları arasında yer alırken, yeni kanunda işçinin borçları arasında düzenlenmiştir. 818 sayılı BK m.329'da fazla çalışmanın tanımına yer verilmemiş, fazla çalışmanın yapılmasında zorunluluk bulunması, işçinin bunu yapmaya gücü yetmesi ve işçinin fazla çalışmayı reddetmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olması halinde fazla çalışmanın işçi için zorunlu olduğu öngörülmüştür. "Fazla çalışma borcu" başlığını taşıyan yeni BK m.398'de ise öncelikle fazla çalışmanın tanımı yapılmıştır. Maddeye göre fazla çalışma, "ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır" (Ekmekçi, 2009: 21). Ülkemizde bütün bireysel iş ilişkilerini kapsayan tek bir kanun mevcut değildir (Çelik, 2010: 14). 4857 sayılı İş Kanunu bu konuda temel kanun olmakla beraber, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu bireysel iş ilişkilerini düzenleyen diğer önemli kanunlardır (Süzek, 2008: 57) ve öğretilde 854 sayılı Kanun ve 5953 sayılı Kanunla 4857 sayılı Kanun arasında özel kanun- genel kanun ilişkisi bulunmadığı, bu kanunlarda boşluk olan hallerde 4857 sayılı Kanuna değil, Borçlar Kanunu'na başvurulması gerektiği ifade edilmektedir (Çelik, 2010: 15; Ekmekçi, 2009: 19; Yavuz, 2009: 436). 4857 sayılı Kanun m.41'de fazla çalışma haftalık 45 saati aşan çalışma olarak düzenlenmiş, 854 sayılı Kanun m.26'da iş süresi günde 8, haftada 48 saat olarak belirlenmiş, m.28'de bu süreleri aşan çalışmanın fazla çalışma olacağı öngörülmüş, 5953 sayılı Kanun ek madde 1'de çalışma süresi gece ve gündüz devrelerinde 8 saat olarak düzenlenmiş ve bu süreleri aşan çalışma fazla çalışma olarak nitelendirilmiştir. O halde, yeni BK m.398'de çoğul şekilde ifade edilen "ilgili kanunlar"ın kapsamının nasıl değerlendirileceği ve olağan çalışma süresinin hangi kanuna göre tespit edileceği belirsizdir (Soyer, 2008: 156). Kanımızca bu ibare yerine doğrudan 4857 sayılı İş Kanunu'na atıfta bulunulması veya İş Kanunu m.41 hükmüne paralel şekilde fazla çalışmanın haftalık 45 saati aşan çalışma olarak tanımlanması gerekmektedir.

Yeni BK m.398'de fazla çalışmanın işçinin rızasına bağlı olduğunu ifade edildikten sonra, bu kuralın istisnasını teşkil eden "normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür" hükmü öngörülmüştür. Söz

konusu hüküm 818 sayılı BK m.329/I'in sadeleştirilmiş bir dille kaleme alınmış şeklidir. Benzer bir düzenlemeye, daha kapsamlı şekilde 4857 sayılı İş Kanunu m.42'de de yer verilmiştir¹⁶. Ancak Kanımızca İş Kanunu m.42'de zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapan işçiye uygun bir dinleme süresi verilmesine ilişkin yükümlülüğün yeni BK'ya alınmaması isabetsiz olmuştur.

İşçinin fazla çalışma karşılığı hak edeceği ücret yeni BK m.402'de öngörülmüştür. 818 sayılı BK m. 329/II'de fazla çalışma ücretinin iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücrete oran kurularak ve özel durumlar göz önüne alınarak belirleneceği hükme bağlanmıştır¹⁷. Yeni BK m.402/I'de ise, 4857 sayılı İş Kanunu m.41/II'ye paralel şekilde işverenin, fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretini en az yüzde elli fazlasıyla ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Yeni BK ile fazla çalışma konusunda getirilen bir diğer yenilik de işverenin fazla çalışma ücreti yerine işçiye izin verebilmesidir. Benzer bir düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu m.41/IV'te de öngörülmektedir. Ancak İş Kanunu'nda fazla çalışma karşılığı zamlı ücret yerine serbest zaman kullanma işçinin talep edebileceği bir hak olarak düzenlenmişken, yeni BK m.402/II'de bu husus işçiye tanına bir hak değil, işverene tanınan bir yetki olarak öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle yeni BK'ya göre işçinin serbest zaman ya da ücret arasında seçim yapma hakkı yoktur. İşveren isterse fazla çalışma karşılığında fazla çalışma ücreti ödemeyi, isterse işçiye izin vermeyi tercih edebilir. Bunun yanı sıra 4857 sayılı İş Kanunu m.41/IV'te işçiye tanınacak serbest zaman işçinin fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakika olarak belirlenmişken, yeni BK'da böyle bir belirlemeye gidilmeksizin işçiye fazla çalışmayla orantılı olarak, uygun bir zamanda izin verileceği belirtilmiştir. Yani işçiye tanınacak izinin süresi de işverenin yönetim hakkı çerçevesinde ele alınmıştır. Kanımızca kötüniyetli uygulamalara son derece açık olan m.402/II hükmü İş Kanunu m.41 doğrultusunda tekrar gözden geçirilmelidir.

5. İşçinin Düzenlemelere ve Talimatlara Uyma Borcu

İş sözleşmesi ile iş görme edimini üstlenen işçi, bu edimin ifası sırasında işverenin vereceği talimatlara uymak zorundadır (Eyrenci vd., 2010: 99). Yeni BK'da bu husus m.399'da "*düzenlemelere ve talimata uyma borcu*" başlığıyla yer almıştır. Söz konusu maddeye göre, "*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük*

¹⁶ 4857 sayılı İş Kanunu m.42'ye göre "*Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yabut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yabut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir. Bu durumda fazla çalışma yapan işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunludur. Şu kadar ki, zorunlu sebeplerle yapılan fazla çalışmalar için 41 inci maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları hükümleri uygulanır.*"

¹⁷ Madde metni, "*işçi, bu ziyade iş için fazla bir ücrete müstahak olur ve bu, mukavele edilen ücretle mütenasip bir suretle hususi haller nazara alınmak şartıyla takdir edilir*" şeklindedir.

kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.” Madde ile işverenin yönetim hakkının karşısında yer alan işçinin itaat borcu öngörülmüş, işverenin talimat verme yetkisinin işin görülmesi ve işçinin işyerindeki davranışlarını kapsayabileceği açıkça ifade edilmiştir. Böylelikle bu hususta doktrinde dile getirilen açıklamalar kanuna alınmıştır (Eyrenci vd., 2010: 100 vd.; Süzek, 2008: 72 vd.). Maddeye göre işçinin itaat borcunun sınırı ise dürüstlük kuralı çerçevesinde tespit edilecektir. Belirtmek gerekir ki, işverenin yönetim hakkı, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında en alt sırada yer alır ve her ne kadar maddede öngörülmese de işverenin talimat verme yetkisinin sınırlarını dürüstlük kuralından önce Anayasa, emredici kanun hükümleri, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi ve genel iş koşulları oluşturacaktır (Eyrenci vd., 2010: 100; Süzek, 2008: 75). Maddede ifade edilen “*genel düzenlemeler*”den kasıt, uygulamada “*personel yönetmeliği*”, “*iç yönetmelik*” gibi isimlerle anılan düzenlemelerdir (Barlas vd., 2005: 206). İşveren bu tarz düzenlemeler ile işyerinde çalışan bütün işçileri veya belirli bir bölüme yahut gruba giren işçileri kapsamak üzere genel talimatlar verebilir (Eyrenci vd. 2010: 37; Çelik, 2010: 111; Süzek, 2008: 74). Maddede yer alan özel talimatlar ise bireysel talimatları ifade etmektedir. Bireysel talimatlar bir ya da birden fazla işçiye verilen ve sadece onları bağlayan talimatlardır (Süzek, 2008: 74). Söz konusu ayırım madde gerekçesinde de açıklanmıştır.

818 sayılı BK m.315’de öngörülen işyerinde uygulanmak üzere, çalışma düzenine ilişkin işverence hazırlanan kuralların başka bir ifadeyle iç yönetmeliklerin işçi açısından bağlayıcı olması için iş sözleşmesinden önce yazılmış ve işçiye bildirilmiş olması koşulu yeni BK’ya alınmamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nda da benzer nitelikte hüküm bulunmadığı için 818 sayılı BK m.315 hükmü, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer alan iş ilişkilerinde de uygulanmaktadır. Kanımızca bu maddenin yeni BK’ya alınmaması iç yönetmelikler açısından büyük bir boşluk yaratacaktır. Zira hukukumuzda iç yönetmelikler konusunda serbesti sistemi söz konusu olup, işverence tek taraflı hazırlanan iç yönetmelikler idarenin onayına sunulmamaktadır (Süzek, 2008: 62). İşveren, yeni BK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte iç yönetmeliği iş sözleşmesinin kurulmasından önce hazırlama ve işçiye bildirme yükümlülüğünden de kurtulmuş olacaktır. Bununla beraber 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından, m. 22 hükmü sebebiyle işverenin hâlihazırda uygulanmakta olan iç yönetmelikte yer alan çalışma koşullarını esaslı şekilde değiştirmek için işçiye yazılı bildirim yapma yükümlülüğü devam etmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu m. 22 uyarınca işçi söz konusu değişikliği 6 gün içinde yazılı olarak kabul etmedikçe değişiklik işçiye bağlamayacaktır. Öte yandan, bu hükmün 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışındaki iş ilişkilerine uygulanmayacağı da ortadadır. Genel hüküm niteliğindeki 818 sayılı BK m.315’in yeni BK’ya alınmaması ciddi bir eksiklik teşkil etmiştir. Madde gerekçesinde bu durum “*özel talimatın bağlayıcı olması için, 818 sayılı Borçlar Kanununun 315 inci maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, mutlaka önceden yazılı biçimde belirlenmesi koşulunun aranmasından vazgeçilmiştir*” şeklinde

açıklanmıştır. Oysaki 818 sayılı BK m.315 esasen iç yönetmeliklerin bağlayıcılığında temel alınan bir hükümdür (Süzek, 2008: 63) ve Kanunun hazırlanması sırasında bu hususun göz ardı edilmesini anlamak mümkün değildir.

V. İşçinin Sorumluluğu

İşçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği temel edim olan iş görme borcunun ihlali edimin hiç yahut gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde ortaya çıkabilir (Süzek, 2008: 299). İş görme borcunu hiç ifa etmeyen işçi ücretten yoksun kalma, tazminat, disiplin cezaları veya haklı fesih yaptırımlarıyla karşı karşıya kalacaktır (Süzek, 2008: 299). İşçinin özen borcuna aykırılık teşkil eden iş görme borcunun gereği gibi ifa edilmemesinin sınırları ve sonuçları ise 818 sayılı BK m.321/II'de öngörülmüştür. Hükme göre işçi, işverene “*kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik*” ile verdiği bütün zararlardan sorumludur. İşçinin göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesinin belirlenmesinde ise öncelikle iş sözleşmesi esas alınır. Bunun yanı sıra, maddede işçinin işveren tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken mesleki bilgisi ve vasıfları gibi sübjektif hususların da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir (Eyrenci vd., 2010: 99; Çelik, 2010: 132; Süzek, 2008: 298; Arslan Ertürk, 2010: 269).

Yeni BK'da ise işçinin sorumluluğu, 818 sayılı BK m.321/II'ye paralel bir düzenleme ile m. 400'de öngörülmüştür. Maddenin 1. fıkrasında işçinin, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu olacağı ifade edilmiştir. 818 sayılı kanunda yer alan “*kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik*” ibaresi yerine “*kusur*” kavramı tercih edilmiş olmasının, “dikkatsizliğin” hukuki bir kavram olmaması sebebiyle yerinde olduğunu belirtmek gerekir.

Yeni BK m.400'ün 2. fıkrasına göre, işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde esas alınacak kriterler işin tehlikeli olup olmaması, işin uzmanlık gerektirip gerektirmemesi ve işçinin işveren tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleridir. Görüldüğü gibi yeni BK'da iş sözleşmesi, sorumluluğun belirlenmesinde esas alınacak kriterler arasından çıkarılmış, ancak eski BK'da olmayan işin tehlikeli olup olmaması ölçütleri arasına eklenmiştir. Bununla beraber, işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde kişisel durumu ve sübjektif özelliklerinin dikkate alınacağına ilişkin temel esas yeni Kanunda da korunmuştur. Bununla birlikte, 818 sayılı BK m.322'de yer alan işverenin denetimi altında bulunmaksızın parça başına yahut götürü iş üstlenen işçinin, malzemedan veya işin ifasından doğan sorumluluğu hakkında eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı yönündeki düzenleme yeni BK'ya alınmamıştır. Böylelikle işçinin bu halde de sorumluluğu m.400'e göre belirlenecektir.

VI. İşverenin Borçları

Yeni Borçlar Kanunu'nda işverenin borçları “ücret ödeme borcu”, “iş araç ve malzemeleri”, “giderler” ve “işçinin kişiliğinin korunması” başlıkları altında m.406-m.419 arasında düzenlenmiştir.

1. İşverenin Ücret Ödeme Borcu

Ücret ödeme borcu, işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borcudur ve işçinin iş görme borcunun karşısında yer alır (Eyrenci vd., 2010: 120; Çelik, 2010: 140; Süzek, 2008: 306; Yavuz, 2009: 463; Sur, 2005: 396; Centel, 1988: 47). Yeni BK'da işverenin bu borcuna ilişkin olarak daha detaylı düzenlemeler öngörülmüş ve 818 sayılı BK'ya göre önemli değişiklikler yapılmıştır.

a. Genel Olarak Ücret ve Ücret Türleri

İşverenin ücret ödeme borcunun genel olarak düzenlendiği hüküm yeni BK m. 401'dir. Bu maddeye göre, işveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür. Madde, 818 sayılı BK m. 323/I hükmünü karşılamaktadır. Maddede tasarıda yer alan "*alışılmış olan ücret*" ibaresi yerine "*asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücret*" ibaresine yer verilmiştir¹⁸. Bunun yanı sıra 818 sayılı BK m.337/I'de yer alan ve tasarıda maddenin 2. fıkrası olarak düzenlenen "*işçi işverenle birlikte yaşıyorsa, aksine anlaşma veya yerel âdet olmadıkça barınma ve beslenme, ücretin bir bölümünü oluşturur*" hükmünün Kanuna alınmaması da isabetli olmuştur.

Temel ücret işveren tarafından zaman göre ödenebileceği gibi, parça başına, yüzde usulüne göre yahut götürü olarak da ödenebilir (Eyrenci vd., 2010: 23 vd.; Çelik, 2010: 143-145; Süzek, 2008: 309 vd.; Centel, 1988: 97 vd.). 818 sayılı BK m.324'de işveren parça başına veya götürü usulüyle ücret ödüyor ise, işçinin işverenden her gün için yeterli miktarda iş isteme hakkına sahip olduğu, parça yahut götürü iş bulunmazsa, işin saat hesabıyla veya gündeliklerle verilebileceği; bu da bulunmazsa, işverenin, kendisine bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe vukua gelen zararı tazmine mecbur olduğu belirtilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ele alınmayan bu husus Yeni BK'da m. 411'de düzenlenmiştir. Ancak söz konusu maddede 818 sayılı BK'dan farklı olarak, işverenin bu yükümlülüğü gün bazında ele alınmamakta, işverenin, kendi kusuru olmaksızın sözleşmede öngörülen parça başına veya götürü iş sağlayamayacak durumda bulunduğu veya işletme koşulları geçici olarak gerektirdiği takdirde işçiye, ücreti zaman esasına göre ödeyeceği, bu durumda, zamana göre ödenecek ücretin miktarı, hizmet ya da toplu iş sözleşmesinde belirlenmemişse yahut taraflar anlaşmamışsa, işverenin, işçiye daha önce aldığı ortalama ücrete eşdeğer bir ücret ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Maddenin son fıkrasına göre işveren işçiye parça başına, götürü usulde yahut zamana göre ücret ödeyemezse, işverenin iş görme edimini kabulde

¹⁸ EKMEKÇİ söz konusu ibareyi yerinde bulmayarak, ücretin belirlenmesinde işçinin objektif ve sübjektif nitelikleri, piyasanın genel gidişi, işverenin ekonomik gücü, üretim ve yatırım durumu gibi birçok faktörün rol oynadığını, bu sebeple aynı işi yapan kişilerin ücretleri arasında önemli farklılıklar bulunabileceğini ve bu hükmün ileride birçok ihtilafa yol açacağını belirtmiştir, (2009: 22).

temerrüdüne ilişkin m.408 hükmü uyarınca ödeyeceği ücreti ödemekle yükümlüdür

Yeni BK'da ayrıca, "birim ücreti" başlıklı yeni bir madde olan m.412 hükmünde işverenin, sözleşme gereğince parça başına veya götürü olarak çalışmayı üstlenen işçiye her işin başlamasından önce ona ödenecek birim ücretini bildirmekle yükümlü olduğu, bu bildirim yapmaması halinde, aynı veya benzer bir iş için belirlenmiş olan birim ücretini ödemekle yükümlü olacağı öngörülmüştür.

Yeni BK'da 4857 sayılı Kanunda düzenlenmeyen ek ücret türlerine de yer verilmiştir (Barlas vd., 2005: 208). "*İşin sonucundan pay alma*" başlığını taşıyan m. 403, kısmen 818 sayılı BK m.323/II'nin karşılığıdır. 818 sayılı BK m.323/II'de ücretle birlikte kardan hisse verilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda işverenin, işçiye ya da iki tarafın yahut hakimin tayin ettiği bilirkişiye kar ve zarar hakkında gerekli bilgileri vermek ve iş defterlerinin incelenmesine izin vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Yeni BK m.403'de işçinin sadece kardan pay alması değil, cirodan ve üretilenden pay alması da öngörülmüş, 818 sayılı BK'nın ilgili hükmünden farklı olarak, birinci fıkrada hesap dönemi sonunda bu payın, yasal hükümler veya genellikle kabul edilmiş ticari esaslar göz önünde tutularak belirleneceği ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, 818 sayılı BK m.323/II'ye paralel şekilde payın hesaplanmasında uyuşulamazsa işverenin, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunmak; kârdan bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, işveren işçiye, istemi üzerine ayrıca yılsonu kâr zarar cetvelini vermek zorunda olduğu belirtilmiştir. Türk usul hukukunda bilirkişinin, dava dışında taraflarca atanmasına ilişkin bir uygulama mevcut değildir. Bilirkişi mahkeme tarafından atanır ve taraflar da bilgi ve belgeleri bilirkişiye değil, mahkemeye sunarlar. Bu doğrultuda hukuk sistemimizle bağdaşmayan söz konusu ibarenin yerindeliği tartışmalıdır (Ekmekçi, 2009: 23). Hükümde dikkat çeken bir diğer husus işverenin bilgi vermek ve ilgili defterlerle belgeleri incelemeye sunma yükümlülüğünün, payın hesaplanmasında uyuşmazlık yaşanması koşuluna bağlı tutulmasıdır. Oysa 818 sayılı BK'da böyle bir koşul öngörülmemektedir. Ancak yeni BK'da işçinin kardan pay alması halinde işverenin kar zarar cetvelini verme yükümlülüğü de 818 sayılı BK'da yer almamaktadır.

Yeni BK m.405, bir diğer ek ücret türü olan ikramiyeyi düzenleyen yeni bir maddedir. Maddenin 1. fıkrasına göre, işveren, bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine özel ikramiye verebilir; ancak, işçilerin ikramiyeyi isteme hakları bu konuda anlaşmanın veya çalışma şartının ya da işverenin tek taraflı taahhüdünün varlığı hâlinde doğar. İkinci fıkrada Yargıtay içtihatları¹⁹ ve öğretilerdeki görüşler (Eyrenci vd., 2010: 126; Çelik, 2010: 148; Süzek, 2008: 313; aksi

¹⁹ Yarg. 9. HD. E. 2008/17167, K. 2010/3984, T. 18.02.2010, 9. HD E. 2006/12367, K. 2006/18963, T. 27.06.2006, 9. HD. E. 2004/13843, K. 2005/6313, T. 24.02.2005 (www.legalbank.net).

görüş için bkz. Ekmekçi, 2009: 23) dikkate alınarak iş sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermesi halinde, ikramiyenin işçinin çalıştığı süreye yansıyan bölümünün ödeneceği belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle işçiye çalıştığı süreyle orantılı olarak hak ettiği ikramiye ödenecektir.

818 sayılı BK'dan farklı olarak yeni BK'da işçinin belli işlerde aracılık yapması halinde hak edeceği ücret de ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. Yeni BK m.404/I ve II'de işçinin hak edeceği aracılık ücretinin ne zaman muaccel olacağı öngörülmüştür. Hükme göre, işçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin istem hakkı doğar; ancak borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret isteminin bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir. Hükümün düzenlenme şekliinden aracılık ücretinin ek ücret olarak öngörüldüğü sonucu çıkmaktadır. Zira maddenin 3. fıkrasında işçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmemezse, işçinin ücret istemine yönelik hakkının sona ereceği, kısmi ifa halinde ise ücretten orantılı olarak indirim yapılacağı ifade edilmiştir. Başka bir deyişle işçi aracılık edimini ifa ederek işveren ile üçüncü kişi arasında sözleşmenin kurulmasını sağlamasına rağmen, eğer üçüncü kişi veya kusuru olmaksızın işveren bu sözleşmeden doğan borçlarını ifa edemezse işçi ücrete hak kazanamayacaktır. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, işçinin iş görme borcunun karşısında yer alan işverenin ücret ödeme borcu, iş sözleşmesinin esaslı unsurları arasında yer alır (Eyrenci vd, 2010:, 56 vd.; Çelik, 2010: 78; Süzek, 2008: 212). Bu doğrultuda yeni BK m. 404'de düzenlenen aracılık ücretini temel ücret olarak değerlendirmek, maddenin üçüncü fıkrası karşısında bu ücretin dayanağını teşkil eden sözleşmenin iş sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirir. Hükümün m.403'te düzenlenen işin sonucundan pay alma ile m.405'de düzenlenen ikramiyeye ilişkin hükümler arasında yer alması da öngörülen aracılık ücretinin ek ücret olarak değerlendirildiğini göstermektedir. Kanımızca bu hususun maddede daha açık dile getirilmesi yerinde olacaktır.

Yeni BK m. 404'te ayrıca sözleşmeyle işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemiş, işverenin işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için, bu ücrete tabi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlü olduğu ifade edilerek işverenin hesap verme yükümlülüğü de öngörülmüştür. Maddenin son fıkrasında 818 sayılı BK m.323/II'ye paralel şekilde hesabı gözden geçirme ihtiyacı ortaya çıkarsa işverenin, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri onun incelemesine sunmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

b. Ücretin Ödenmesi

Yeni BK'da ücretin ödenmesi hususu “*ödeme süresi*” başlığıyla m.406'da ve “*ücretin korunması*” başlığıyla m.407'de düzenlenmektedir. Ödeme süresine ilişkin esaslar 818 sayılı BK'nın ilgili düzenlemesine göre tamamen değiştirilmiş ve İş Kanunu m.32/V'e paralel bir hüküm benimsenmiştir. 818 sayılı BK m.326'ya göre, sözleşmede veya adet ile daha kısa süreler tayin edilmemişse ücret, işçi ve işverenle birlikte yaşamayan hizmetçilere haftada bir, idarehane memurlarına, müstahdemlerine ve işverenle birlikte yaşayan hizmetçilere her ay ödenir; ancak her halükarda iş sözleşmesinin sona ermesi ile işçinin ücret alacağı muaccel olur. Yeni BK, 818 sayılı BK'da işçiler açısından yapılan bu ayrıma son vererek ödeme zamanlarını ücret türlerine göre benimsemiştir. Yeni BK m.406/I uyarınca aksine adet olmadıkça işçi ücreti her ayın sonunda ödenir; ancak iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile daha kısa süreler belirlenebilir. İş Kanunu m.32/V'te “*aksine adet olmadıkça*” ibaresine yer verilmemiş ve iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile bu sürenin bir haftaya kadar indirilebileceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda işçi ancak iş görme edimini ifa ettikten sonra ücrete hak kazanabilmektedir. Başka bir ifadeyle ifa sırası öncelikli olarak işçidedir. Bu husus, 4857 sayılı İş Kanunu m.34'te öngörülen ücretin ödenmemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının, yeni BK'ya da alınmaması sebebiyle sorun teşkil etmektedir. Zira işçi, 818 sayılı BK m.81 hükmünün karşılığı olan yeni BK m. 97 uyarınca ödemezlik def'i ileri sürerek de iş görme ediminin ifasından kaçınamayacaktır; çünkü söz konusu hükümde 818 sayılı BK m.81'de olduğu gibi ifa isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerektiği belirtilmektedir²⁰. Bu çerçevede ücret ödeme borcunu daha sonra ifa etme hakkına sahip olan işveren, kendi borcunu ifa etmeden de iş görme borcunun ifasını talep edebilecektir. Kanımızca 4857 sayılı Kanun m.34'te öngörülen işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin düzenleme yeni BK'da da benimsenmelidir.

Yeni BK m.406/II'ye göre, daha kısa bir ödeme süresi kararlaştırılmamışsa veya aksine âdet yoksa, aracılık ücreti her ayın sonunda ödenir; ancak, işlemlerin yapılması altı aydan daha uzun bir süre gerektirdiği takdirde, aracılık ücreti asıl ücrete ek olarak kararlaştırılmışsa, yazılı anlaşmayla ödeme daha ileri bir tarihe bırakılabilir. Yeni BK m.406/III'de ise işçinin iş sonucundan pay alması halinde ödeme süresi düzenlenmiş ve asıl ücrete ek olarak üretilenden pay verilmesi öngörülen hâllerde, ürün payı belirlenir belirlenmez, cirodan veya kârdan pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde ise payın, hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde belirlenerek ödenmesinin şart olduğu öngörülmüştür. Yeni BK

²⁰ Ücretini alamayan işçilerin 818 sayılı BK m.81'e dayanarak iş görmekten kaçınabileceklerine yahut işverenin bu durumda alacaklı temerrüdüne düştüğüne ilişkin görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. (Centel, 1988: 370 vd.; Sur, 2005: 399 vd.).

m.406/IV'de, 818 sayılı BK m.327'de düzenlenen işverenin avans verme yükümlülüğüne de, dilde sadeleştirilmeye gidilerek yer verilmiştir. Hükme göre, işveren, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür.

c. Ücretin Korunması

İşçinin kendisinin ve ailesinin geçiminin sağlanması bakımından yaşamsal olan ücret, sosyal devlet ilkesi gereği borç ilişkisinden doğan herhangi bir edim olarak ele alınmamakta ve özel olarak korunması gereken bir unsur olarak değerlendirilmektedir (Eyrenci vd., 2010: 137). Yeni BK'da çeşitli hükümlerle bu korumayı sağlamaya çalışmıştır. Bu doğrultuda 5754 sayılı Kanunla 2008 yılın 818 sayılı BK m.323 ve İş Kanunu m.32'de yapılan değişikliklerle getirilen işçi ücretlerinin bankaya yatırılmasına ilişkin esas Yeni BK m.407'de de korunmuştur. Bu maddede ayrıca 818 sayılı BK m.333'de öngörülen ücretin takas edilememesine ilişkin hükme de yer verilmiştir. 818 sayılı BK m.333'e göre, işçinin ve ailesinin geçimi için zorunlu bulunan ücret miktarı, işçinin işverene olan borçları için takas edilemez. Bunun dışında kalan kısmın takası mümkündür. Maddede bu kurala iki istisna getirilmiştir. Bunlar işçinin rıza göstermesi ve işçinin işverene kasten zarar vermesidir. İşverenin bu zarardan doğan alacağı işçinin ücretinden mahsup edilebilmektedir (Süzek, 2008: 337). Yeni BK m.407'de ücretin işçinin ve ailesinin geçimi için zorunlu bulunan miktarının takas edilemeyeceğine ilişkin ilke, ücretin tamamı için öngörülmüş ve isabetli olarak, işverenin işçinin rızası olmadıkça, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu takas edemeyeceği, işçinin kasten verdiği zararlar bakımından ise, bu hususun yargı kararıyla sabit olması halinde, ancak ücretin haczedilebilir kısmı kadar takasın gerçekleşebileceği hükme bağlanmıştır.

Yeni BK m.407'de ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olacağı da hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bunun sonucu olarak, işveren, ücret ödemesini, meselâ işçiye, belirli bir işyerinde veya kendi fabrikasında üretilen, satılan ya da dağıtım yapılan ürünleri satın alma koşuluna bağlayamaz. Bu hüküm de 818 sayılı BK ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almamaktadır.

Yeni BK'da ücretin korunmasına ilişkin olarak ücret alacağının haczi, devri ve rehnedilmesi de ele alınmıştır. 818 sayılı Kanunda düzenlenmeyen bu husus, 4857 sayılı İş Kanunu m.35'e paralel bir hükümlerle m.410'da düzenlenmiştir²¹.

²¹ 4857 sayılı İş Kanunu m.113 uyarınca işçi ücretlerinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceği, devir ve temlik edilemeyeceğine ilişkin m.35 hükmü, m.4'de kanunun kapsamı dışında bırakılan 50'den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ile 507 sayılı Kanun m.2'deki tarife uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde çalışan işçiler için de uygulanmaktadır. 6772 sayılı Kanun m.4'te de bu kanun uyarınca yapılan ilave tediyelerin haczedilemeyeceği belirtilmiştir. 2004 sayılı Kanun m.83'e göre ise işçi ücretleri işçinin ve ailesinin geçinmesi için icra memuru tarafından takdir edilecek miktarın tenzilinden sonra

Söz konusu hükme göre işçilerin ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, başkasına devredilemez ve rehnedilemez. Maddede alacaklının sıfatı ve borcun niteliğine ilişkin bir ayrıma gidilmemiş, ancak nafaka alacakları için bir istisna getirilerek, nafaka borçlarının ödenmesi için haciz sınırlandırılması öngörülmemiştir. Yine İş Kanunu m.35' paralel olarak hükümde işçinin bakmakla zorunlu olduğu aile üyeleri de korunmuş ve işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktarın ücretin haczedilebilir kısmına dahil olmadığı ifade edilmiştir. Bu doğrultuda söz konusu miktar ücretin haczedilemeyecek miktarına ayrıca eklenecektir (Süzek, 2008: 336). Yargıtay, İş Kanunu m.35'e ilişkin kararlarında toplu sözleşme farkı, nema ve ikramiyenin de ücret sayılacağını ve dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceğini, buna mukabil kıdem tazminatı ve ihbar tazminatının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir²².

d. İşçinin Çalışmadan Ücrete Hak Kazandığı Durumlar

Kural olarak işverenin ücret ödeme borcu, işçinin iş görme borcunun karşısında yer aldığı için, işçi ancak istisnai durumlardan çalışmadan ücrete hak kazanabilmektedir. Bu durumlardan biri de işverenin temerrüdüdür (Süzek, 2008: 344). 818 sayılı BK'da bu husus, alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümlerden ayrı olarak, özel bir hükümle m.325'de düzenlenmiştir. Bu maddenin muadili yeni BK'da m. 408'de yer almaktadır. 818 sayılı BK m.325'e göre işveren işi kabulde temerrüde düşmesi halinde, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın ücret talep edebileceği, ancak işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların ücretinden indirileceği hükme bağlanmıştır. Yeni BK m.408'de de aynı esaslar benimsenmiş, ancak işverenin edimi kabulde temerrüde düşmesinin yanı sıra "*iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellersé*" de işçinin ücret talep edebileceği belirtilmiştir. Madde gerekçesinde işverenin işin görülmesini kusuruyla engellemesi, o işin yapılmasından vazgeçmesi, işçinin yerine başkasını çalıştırması gibi sebeplere dayanabileceği açıklanmıştır. Doktrinde alacaklı temerrüdü, borçlu tarafından kendisine sunulan ifayı haklı sebep olmadan kabul etmemesi veya ifanın gerçekleşmesi için kendisinin yapacağı şeyleri yapmaması olarak tanımlanmaktadır (Oğuzman ve Öz, 2009: 280; Eren, 2008: 968). İşverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi de, işverenin haklı sebep olmaksızın işçinin iş görme edimine ilişkin ifasını kabul etmemesi yahut işçinin iş görme ediminin ifası için üzerine düşeni yapmaması olacaktır. Bu doğrultuda, yer alan işverenin iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi hali de alacaklı temerrüdü kapsamında yer alacağı için, bu

haczedilebilir. Öte yandan söz konusu hükümde haczedilecek kısmın ücretin dörtte birinden az olmayacağı öngörülmüştür. Yeni BK'nın yürürlüğe girmesi ile bu hükmün uygulanabilirliği kalmayacaktır.

²² Yarg. 9. HD E. 2002/ 17994, K. 2002/19301, T. 01.10.2002, (Taşkent vd., 2011: 229).

hususla maddede ayrıca yer verilmesinin gerekliliği tartışmalıdır. Yeni BK m.408’de, 818 sayılı BK’dan farklı olarak, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde işçiden edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceği de hükme bağlanmıştır.

İşçinin çalışmadan ücrete hak kazanabildiği istisnai durumlardan bir diğeri, yeni BK m.409’da düzenlenmektedir. 818 sayılı BK m.328’in karşılığı olan söz konusu hüküm uyarınca uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür. Görüldüğü gibi maddede sayılan durumlar işçinin iradesi dışında gerçekleşen ve onun şahsına ilişkin sebeplerdir (Centel, 1988: 238). 818 sayılı BK m.328’den farklı olarak maddede, işçinin çalışmadığı sürede başka yollarla gelir elde etmemesi koşulu getirilmiştir. Bu doğrultuda işçi Sosyal Güvenlik Kurumu’ndan geçici iş göremezlik ödeneği almaktaysa işverenin ücret ödeme borcu doğmayacaktır. Benzer bir hüküm 4857 sayılı İş Kanunu m.48’de de düzenlenmekte ve hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edileceği öngörülmektedir. Öte yandan bu hüküm yalnızca hastalık hali için ve 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışan bütün işçiler için öngörülmüşken, Kanımızca Yeni BK m.409 hükmü, lafzında yer alan “uzun süreli bir hizmet ilişkisinde” ibaresi sebebiyle yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerlidir. Uzun süre için öngörülen belirli süreli iş sözleşmelerinde de işçilerin bu hükümden yararlanabileceği iddia edilebilir. Ancak hükümde geçici ifa imkânsızlığı düzenlenmektedir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde iş görme edimi ancak sınırlı olan bu süre içerisinde yerine getirilebilmektedir. Başka bir ifadeyle işverenin edime ilişkin menfaati, belirlenen sürenin tümünde bu edimin ifa edilmesine bağlıdır ve edimin bir süre ifa edilmemesi halinde ifanın telafı olanağı yoktur (Süzek, 2008: 426). SÜZEK’in de belirttiği gibi, belirli süreli iş sözleşmesinde iş görme borcunun kusursuz olarak bir süre yerine getirilmemesi halinde, işçi bu süre için iş görme borcundan kurtulur, karşı edimi talep hakkını da yitirir (2008: 426). Bu çerçevede, Kanımızca, hükümde yer alan “uzun süreli bir hizmet ilişkisinde” ibaresi de dikkate alınarak maddenin belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulanabileceğini kabul etmek gerekir. Kanun koyucunun bu belirsizliği açık bir düzenlemeyle ortadan kaldırması yerinde olacaktır. Maddenin düzenlemesi genel olarak çok muğlaktır (Ekmekçi, 2009: 25).

2. İşverenin Araç ve Malzemeleri Sağlama Borcu

Yeni BK’da düzenlenen işverenin borçlarından biri de işçiye araç ve malzemelerin sağlanmasıdır. Bu husus da 4857 sayılı İş Kanunu’nda ele alınmamaktadır.

İşverenin işçiye araç ve malzemeleri sağlama yükümlülüğü yeni BK m. 413'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm 818 sayılı BK m.331'in dilinin sadeleştirilmiş halidir. İki hükümde de aksine anlaşma ya da adet yoksa işverenin işçiye iş içi gerekli araç ve gereçleri sağlamakla yükümlü olduğu, işçinin kendi araç ve malzemesiyle çalışması halinde işverenin uygun bir karşılık ödemesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla beraber 818 sayılı BK'da işçinin kendi araç ve gereçleriyle çalışmasına ilişkin işverenin karşılık ödeme yükümlülüğü mutlak olarak öngörülürken, yeni BK'da bu yükümlülüğün mevcudiyeti aksinin kararlaştırılmaması veya aksine adet olmamasına bağlanmıştır. Madde gerekçesine göre, hükümde bahsi geçen araç, işçinin işi yapması için gerekli olan makine, araba, torna, tezgâh, tamir takımı gibi iş âletlerini; malzeme ise, aracın kullanılması veya işin görülmesi için gerekli olan hammadde, yakıt, su, kömür, tohum ve benzerlerini ifade eder.

3. İşverenin Giderlerden Sorumluluğu

İşverenin giderlerden sorumluluğu 818 sayılı BK'da yer almayan yeni bir hükümdür. Yeni BK'da söz konusu husus, işverenin genel olarak giderlerden sorumluluğu, taşıma araçlarından sorumluluğu ve giderlerin ödenmesi şeklinde düzenlenmiştir.

Yeni BK m.414 uyarınca işveren, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işçiyi işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu olan harcamaları ödemekle yükümlüdür. Maddede yer alan "geçimi" ibaresi ile ne kastedildiği anlaşılammaktadır (Barlas vd., 2005: 212). Bunun yanı sıra maddede ücretin, işçinin dışarıda çalışacağı nazara alınarak belirlenmiş olması ihtimali dikkate alınmamıştır²³. Hükme göre ayrıca, yazılı olarak yapılmış bir hizmet sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde, bizzat işçi tarafından karşılanması kararlaştırılan harcamaların, işçiye götürü biçimde günlük, haftalık veya aylık olarak ödenmesi öngörülebilir. Ancak bu ödeme, zorunlu harcamaları karşılayacak miktardan az olamaz. Maddede ayrıca zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmaların geçersiz olacağı da emredici bir hükümle düzenlenmiştir.

Yeni BK m.415'de, m.414 hükmü ile paralel şekilde işverenin işin görülmesine için kullanılan taşıma araçlarına ilişkin giderlerden sorumluluğu öngörülmektedir. Madde taşıma aracının işveren tarafından sağlanabileceği gibi işçiye de ait olabileceği belirtilmiş, işçiye ait araçlar motorlu araçlar, diğer araçlar olarak ayrılmış, havyanlar da bu kapsam da değerlendirilmiştir. Bu doğrultuda işveren taşıtın işletilmesi ve bakımı için gerekli olağan giderlerden sorumlu olacak, sorumluluğun kapsamı da taşıtın hizmet için kullanıldığı ölçüde belirlenecektir.

²³ EKMEKÇİ, böyle bir yükümlülüğün mutlak olarak düzenlenmesini anlamanın mümkün olmadığını ifade etmiştir, (Ekmekçi, 2009: 26).

Madde uyarınca işçi işin görülmesinde kendi motorlu aracını kullanıyorsa, işveren ayrıca bu araçla ilgili vergiyi, zorunlu mali sorumluluk sigortası primini ve aracın yıpranması karşılığında uygun bir tazminatı ödemekle da yükümlüdür.

Yeni BK m.416'ya göre, işçinin yapmış olduğu giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa her defasında ücretle birlikte ödenir. Ancak işçi, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapıyorsa, kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verilir.

3. İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu

İş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran niteliği işçi açısından sadakat borcunu doğururken işvereni de işçiyi gözetmekle yükümlü kılar (Eyrenci vd., 2010: 144; Çelik, 2010: 177; Süzek, 2008: 346). Zira işçi, işverenin işyerinde iş görmekte, onun yönetim yetkisi doğrultusunda verdiği emir ve talimatlara uymaktadır (Eyrenci vd., 2010: 144). 818 sayılı BK'da ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin işçiyi gözetme borcu, işverenin borçları arasında genel olarak düzenlenmemiştir. İşverenin söz konusu borcu geniş kapsamlı bir borç olup bu borcun içeriğinde hangi hususların yer aldığını baştan belirlemek mümkün değildir. Ancak bunların başında işçinin kişiliği ile yaşamının ve vücut bütünlüğünün geldiğini belirtmek gerekir. Yeni BK "işçinin kişiliğinin korunması" başlığı altında bu hususlara yer vermiştir. Yeni BK m.417'de işçinin kişiliğinin korunması genel bir hükümle düzenlenmiş, m.418'de ev düzeni içinde çalışmada, m.419'da ise kişisel verilerin kullanılmasında işçinin kişiliğinin korunması ele alınmıştır; ancak Kanımızca kenar başlık olarak "*işverenin işçiyi gözetme borcu*"nun tercih edilmesi yerinde olacaktır. Zira esasen m.417'de işverenin işçinin kişiliğini koruma borcuna değil, bu borcu da kapsayan işçiyi gözetme borcuna değinilmiştir.

İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin, kişisel ve mesleki saygınlığının, özel yaşamının, ahlaki değerlerinin ve genel olarak özgürlüğünün korunması anlamına gelmekte olup, hakkında kanuni düzenleme bulunmasa dahi işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereği olduğu için bütün iş ilişkilerinde işverenin borçları arasında yer alır (Süzek, 2008: 347). Yeni BK m.417/P'de işverenin, iş ilişkisi boyunca işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu açıkça ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu düzenlenmiştir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu da işçiyi gözetme borcunun bir gereğidir (Eyrenci vd., 2010: 286; Süzek, 2008: 348) ve işverenin işçinin kişiliğini koruma borcundan bağımsız bir borçtur.

İşverenin söz konusu borcu 818 sayılı BK m. 332/I'de düzenlenmiştir. Bu hükümde işverenin iş sözleşmesi ve iş ilişkisinin niteliği gereği hakkaniyet çerçevesinde kendisinden istenebilecek önlemleri alması gerektiği öngörülmüştür. Konu, tasarıda da 818 sayılı BK'nın bu hükmüne benzer bir hükümlerle düzenlenmiş ve işverenin, iş ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmiş, adeta işverenin bu borcuna belirli sınırlar çizilmiştir. Oysa konuya ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun m.77/I hükmü "*İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar.*" şeklindedir. Yargıtay da yerleşik içtihatlarında bu hükümden yola çıkarak iş kazasına ilişkin kararlarında anılan düzenlemenin, işçiyi gözetim ödevi ve insan yaşamının üstün değer olarak korunması gereğinden hareketle; salt mevzuatta öngörülen önlemlerle yetinilmeyip, bilimsel ve teknolojik gelişimin ulaştığı aşama uyarınca alınması gereken önlemlerin de işveren tarafından alınmasını zorunlu kıldığını ifade etmektedir²⁴. Yargıtay'a göre;

*"İşçinin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, bu tedbirin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve tekniğin böyle bir tedbirin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlardır. Bu itibarla işveren, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekemeyeceği gibi bir düşünce ile almaktan çekinemeyecektir. (...)Çalışma hayatında süre gelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı, işverenin önlem alma ödevini etkilemez. İşveren, çalıştırdığı sigortalının beden ve ruh tamlığını korumak için yararlı her önlemi, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulatmakla yükümlüdür"*²⁵.

İsabetli olarak tasarının kanunlaşma aşamasında işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğüne ilişkin mevcut hüküm değiştirilmiş, 4857 sayılı İş Kanunu m.77/II hükmü benimsenmiş ve işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak; işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay'ın İş Kanunu'nda yer alan bu hükümden yola çıkarak verdiği kararlar BK hükümlerine tabi işçiler açısından da geçerli olacaktır. BK ve 4857 sayılı İş Kanunu arasında işçi

²⁴ Yarg. 10 HD. E. 1974/4328, K. 1974/6363, T. 01.11.1974, 10 HD. E. 1974/1958, K. 1974/2948, T. 28.03.1974, HGK. E.2004/21-365, K. 2004/369, T. 16.06.2004, 10 HD. E. 2008/2626, K. 2008/7283, T. 27.05.2008 (www.legalbank.net).

²⁵ Yarg. 10 HD. E. 2003/5697, K. 2003/6251, T.29.09.2003, 10 HD. E. 2007/6310, K. 2008/2821, T. 04.03.2008 (www.legalbank.net).

sağlığı ve güvenliği, insan yaşamı ve vücut bütünlüğü gibi en temel haklara ilişkin bir konuda yer alan farklılığın ortadan kaldırılması ve tasarıdaki hükmün kanuna alınmaması yerinde olmuştur²⁶.

İşverenin m.417/I'de öngörülen işçinin kişiliğini koruma borcu ile m.417/II'de öngörülen iş sağlığı ve güvenliğini koruma borcunu ihlal etmesinin sonuçları maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir. Benzer bir düzenleme 818 sayılı BK m.332/II'de de mevcuttur. Ancak söz konusu maddede işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyebilecekleri tazminatın sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere tabi olacağı öngörülmüştür. Tasarıda da önce 818 sayılı BK'nın ilgili hükmü dilde sadeleştirilmeye gidilerek benimsenmiş, kanunlaşma aşamasında isabetli olarak işçinin vücut bütünlüğünün zedelenmesi ve kişilik haklarının ihlaline bağlı zararlar da hükmün kapsamına alınmıştır. Böylelikle bu zararlara ilişkin tazminat davalarının sözleşmeye aykırılık hükümlerine tabi olması sonucu zamanaşımı süresi 10 yıl olacak ve işçi yahut onun desteğinden yoksun kalanlar işverenin kusurunu ispatlama külfetinden kurtulacaklardır (Tandoğan, 2010: 532-533).

İşçinin kişiliğinin korunması başlığı altında ele alınan bir diğer düzenleme işverenle birlikte ev düzeni içerisinde yaşayan işçilere ilişkindir. Yeni BK m. 418 hükmü ile işçinin işverenle aynı ev düzeni içerisinde çalışması halinde işveren için iki sorumluluk öngörülmüştür. İşveren öncelikle işçiye yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür. 818 sayılı BK'da bu husus öngörülmekte; ancak aksine anlaşma ya da adet yoksa gıda ve konutun işçinin ücretinin bir bölümünü oluşturduğu ifade edilmektedir. Tasarıda gıda ve barınmanın, aksine sözleşme ve

²⁶ İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında öğretilerde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar ve Yargıtay işverenin sorumluluğunda kusursuz sorumluluk ilkesinin geçerli olduğunu savunurken, bazı yazarlar da bu sorumluluğun kusura dayandığını belirtmektedir. Kusur sorumluluğu görüşünü benimseyen yazarların gerekçeleri arasında 818 sayılı BK m.332 hükmünün işverenden "*hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebilecek derecede*" gereken önlemleri alma zorunluluğu getirdiği için bu maddeyle kusur sorumluluğu esasının benimsendiği belirtilmektedir. Benzer şekilde kusursuz sorumluluk görüşünü benimseyen yazarların gerekçelerinden biri de 4857 sayılı İş Kanunu m.77 hükmünün lafzıdır. İki hüküm arasındaki farklılık yeni BK düzenlemesi ile giderildiği için bu konudaki tartışmaların tekrar gündeme gelmesi söz konusu olacaktır. İşverenin sorumluluğunun kusura dayandığına ilişkin görüş için bkz. (Tekinay, 1968: 91; Oğuzman, 1969: 337 vd.; Tandoğan, 1981: 44 vd.; Eyrenci vd., 2010: 303-304; Süzek, 2008: 352 vd.; Seratlı, 2003: 54 vd.; Akın, 2001: 97vd.) İşverenin sorumluluğunda kusursuz sorumluluk ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin görüş için bkz. (Eren, 1974: 90 vd.; Tunçomağ, 1986: 268 vd.; Çenberci, 1986: 972 vd.).

adet olmaması halinde ücretin bir bölümünü oluşturacağına ilişkin bir düzenleme ücretin genel olarak düzenlendiği Yeni BK m.401'i karşılayan tasarının 400. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş; ancak isabetli olarak bu fıkra daha sonra kanuna alınmamıştır. Bu doğrultuda işçinin işveren ile birlikte yaşaması halinde, işveren tarafından karşılanan gıda ve barınması ücretine dahil olmayacaktır.

Yeni BK m. 418'de işveren için öngörülen ikinci yükümlülük, işçinin hastalık veya kaza gibi sebeplerle iş görme edimini yerine getirememesi halinde işçinin bakımının ve tedavisinin sağlanmasıdır. Kanun bu yükümlülüğün doğumunu çeşitli şartların varlığına bağlı kılmış ve süreye ilişkin sınırlandırma öngörmüştür. Hükme göre işverenin bakım ve tedavi yükümlülüğünden bahsedebilmek için, işçinin iş görme edimini ifa edememesinde kusuru olmamalı, sosyal sigorta yardımlarından²⁷ yararlanmamalıdır. İşveren kıdemli bir yıla kadar olan işçinin bakım ve tedavisini iki hafta, kıdemli bir yıldan fazla olan işçinin ise dört haftayı aşmamak üzere, bir yılı aşan her hizmet yılı için bu süreye iki gün eklenmesi suretiyle bulunacak süre boyunca sağlamalıdır. Maddenin son fıkrasında işverenin gebelik ve doğum halinde de aynı edimleri yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. 818 sayılı BK'da benzer bir düzenleme m. 337/II'de yer almaktadır. Ancak burada sadece işçinin kusursuz olması gerektiği ifade edilmiş ve işverenin yükümlülüğü belli bir süreyle sınırlandırılmamıştır.

Yeni BK'da işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu başlığı altında son olarak kişisel verilerin kullanılmasında işçinin kişiliğinin korunması ele alınmaktadır. Yeni BK m. 419'a göre, işverenin, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceği ve özel kanun hükümlerinin saklı olduğu öngörülmüştür. Benzer bir düzenleme 818 sayılı BK'da ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almamaktadır.

VII. İş Sözleşmesinde Öngörülen Cezai Şart ve İbraname

Yeni BK m. 420'de "ceza koşulu ve ibra" başlığı altında iş sözleşmesinde öngörülen cezai şart ile ibranamelere yer verilmektedir. Kanımızca bu iki hususun aynı madde altında düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Özellikle ibranamelere ilişkin düzenlemenin kanunda "sözleşmenin sona ermesinin sonuçları" üst başlığı altında borçların muaccel olmasına (m.442) ve geri verme yükümlülüğüne (m.443) ilişkin hükümlerden sonra yer alması isabetli olacaktır.

1. İş Sözleşmesinde Öngörülen Cezai Şart

İş sözleşmelerinde öngörülen cezai şarta ilişkin ne 818 sayılı BK'da ne de 4857 sayılı İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamakta olup, 818 sayılı BK

²⁷ İşçinin söz konusu hükümden yararlanabilmesi için 5510 sayılı Kanun m.18 uyarınca geçici iş göremezlik ödeneği yahut m.19 uyarınca sürekli iş göremezlik geliri almaması gerekmektedir.

m.158 vd. maddelerinde bulunan genel hüküm niteliğindeki düzenlemeler iş sözleşmelerinde yer alan cezai şartlar için de uygulanmaktadır. Bununla beraber, işçinin ekonomik yönden güçsüz durumda bulunması ve iş bulma kaygısı içerisinde olması sebebiyle iş sözleşmesinin kurulması esnasında pazarlık olanağından yoksun olması korunmasını gerektirmektedir (Süzek, 2008: 677). Bu olguyu nazara alan Yargıtay, iş hukukunda işçi yararına yorum ilkesinin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümlerinin geçersiz olduğunu ifade etmiştir²⁸. Yüksek Mahkeme'nin içtihatlarıyla ortaya konan bu husus, yeni BK m.420/I'de "*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*" hükmüyle kanuni dayanak kazanmıştır. Görüldüğü gibi yeni BK'da cezai şart kavramı terk edilerek "ceza koşulu" kavramı benimsenmiştir. 818 sayılı BK m.161'de öngörülen fahiş cezai şartın indirilmesine ilişkin düzenleme yeni BK m.182'de de benimsendiği için Yargıtay'ın iş sözleşmesinde öngörülen cezai şarttan indirim yapılmasına dair içtihatları²⁹ yeni BK döneminde de devam edecektir.

2. İbraname

Yeni BK m.420'nin diğer fıkralarında işçi ve işveren arasında düzenlenen ibra sözleşmeleri hükme bağlanmıştır³⁰. İbra, doktrinde alacaklının borçlu ile yaptığı bir sözleşme ile alacağından vazgeçerek borçluyu borçtan kurtarması şeklinde tanımlanmaktadır (Oğuzman ve Öz, 2009: 431; Eren, 2008: 1221, Sevimli, 2009: 85). İş hukuku açısından ise ibra sözleşmesi alacaklı konumundaki işçinin borçlu konumundaki işverene karşı sahip olduğu alacakların tamamını yahut bir kısmını ortadan kaldıran bir sözleşmedir (Çelik, 2010: 297; Süzek, 2008: 721).

İbra sözleşmeleri İsviçre Borçlar Kanunu m.115'de düzenlenmekle birlikte, 818 sayılı BK'da söz konusu hüküm yer almamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda da ibranamelere ilişkin düzenleme mevcut değildir. Ancak, hukukumuzda alacaklı ile borçlunun ibra sözleşmesi yapmak üzere anlaşmalarına engel teşkil eden bir

²⁸ Aynı kararlarında Yargıtay, cezai şart iki taraf için öngörülse dahi işçi aleyhine olan şart miktarının ve koşullarının işverenin sorumluluğunu geçemeyeceğini, bu durumda cezai şart hükmünün tamamen geçersiz olmayacağını ancak eşitsizlik yaratan kısmının geçersiz kabul edileceğini belirtmektedir. Yüksek Mahkeme ayrıca işçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şartın tek taraflı olarak değerlendirilemeyeceğini de ifade etmektedir. Yarg. 9. HD. E. 2008/16955, K. 2010/6580, T. 11.03.2010, 9. HD E. 2008/18992, K. 2010/4977, T. 25.02.2010, 9. HD E. 2009/46225, K. 2010/604, T. 21.01.2010 (www.legalbank.net), 9. HD E. 2008/14692, K. 2010/1523, T. 28.01.2010, (TAŞKENT vd., 2011: 226).

²⁹ Yarg. 9. HD. E. 2009/44690, K. 2010/12659, T. 11.05.2010 (www.legalbank.net).

³⁰ Yeni BK m.132'de ibra sözleşmelerine ilişkin genel düzenlemeye yer verilmiş ve borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borcun, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabileceğini öngörülmüştür.

husus yoktur (Oğuzman ve Öz, 2009: 431; Eren, 2008: 1221). Bununla beraber, ibranamenin işçinin İş Kanunu'ndan doğan alacak haklarını ortadan kaldırması ve işverenlerin iş ilişkisi kurulurken ya da devamı esnasında çeşitli baskılarla işçilerden ibraname alma yoluna gitmelerinin rastlanan bir olgu olması, ibranamelerin iş hukuku açısından özel olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir (Süzek, 2008: 722; Çil, 2004: 147; Sevimli, 2009: 90). Bu husustan yola çıkan Yargıtay yerleşik içtihatlarında³¹ işçinin, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin ettiğini, bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesinin hayatın olağan akışına uygun düşmediğini belirtmekte ve iş hukukunda ibra sözleşmelerinin dar yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı içtihatlarında Yüksek Mahkeme, iş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmelerinin geçerli olmadığını³², varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona erdirilemeyeceğini, savunma ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğunu dile getirmiştir. Yargıtay'a göre ibraname miktar içeriyorsa ve kısmi ödeme söz konusu ise ibranameye dayanılarak borcun tamamen sona erdiğinden bahsedilemez ve ibranamenin içerdiği alacaklar bakımından makbuz niteliğinde olduğu kabul edilir. Yargıtay ayrıca ibranamenin salt miktar içermediği için geçersiz kabul edilemeyeceğini; ancak miktar içermeyen ibranamelerde geçerlilik sorununun titizlikle incelenmesi gerektiğini dile getirmektedir³³. Yüksek Mahkeme aynı zamanda kendi içinde veya savunmayla çelişen ibranamelerin geçersiz olduğunu³⁴, benzer şekilde işçinin istifa dilekçesi ile ibranamenin çelişmesi halinde de ibranamenin geçerli kabul edilemeyeceğini³⁵ ifade etmekte, ibranamede "bütün yasal haklarımı aldım" şeklinde ibarelerin yer alması durumunda da ibranameye itibar edilemeyeceğini açıklamaktadır³⁶.

Yeni BK m.420'de işçilik alacaklarına dair ibra sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin içtihatlarda ileri sürülen koşullar dikkate alınmış, bunun ötesine geçilerek

³¹ Yarg. 9. HD E. 2009/21161, K. 2010/1029, T. 25.01.2010, 9. HD. E. 2009/21164, K. 2010/1029, T. 25.01.2010, 9. HD. E. 2009/21166, K. 2010/1031, T. 25.01.2010, 9. HD. E. 2010/6257, K. 2010/6573, T. 11.03.2010, 9. HD. E. 2008/16324, K. 2010/1547, T. 29.01.2010, 9. HD. E. 2008/21686, K. 2010/24117, T. 15.07.2010, 9. HD. E. 2008/27709, K. 2010/21579, T. 02.07.2010, 9. HD. E. 2008/33748, K. 2010/20389, T. 24.06.2010, 9. HD. E. 2008/28994, K. 2010/18172, T. 14.06.2010 (www.legalbank.net), 9. HD. E. 2008/33618, K. 2010/22083, T. 05.07.2010, (TAŞKENT vd., 2011: 224).

³² Söz konusu içtihatla ibranamenin dar yorumlanması prensibinde aşırıya kaçıldığına ilişkin bkz. (Çil, 2004: 138).

³³ Yarg. 9. HD E. 2009/21161, K. 2010/1029, T. 25.01.2010, 9. HD. E. 2009/21164, K. 2010/1029, T. 25.01.2010, 9. HD. E. 2009/21166, K. 2010/1031, T. 25.01.2010 (www.legalbank.net).

³⁴ Yarg. 9. HD. E. 2008/16324, K. 2010/1547, T. 29.01.2010 (www.legalbank.net).

³⁵ Yarg. 9. HD. E. 2008/33618, K. 2010/22083, T. 05.07.2010, (Taşkent vd., 2011: 224).

³⁶ Yarg. 9. HD. E. 2008/21802, K. 2010/6801, T. 15.03.2010 (www.legalbank.net).

ibranamelerin geçerliliği daha sıkı şartların varlığına bağlanmıştır. Yeni BK m.420/II'de işçi alacaklarına ilişkin ibra sözleşmelerinin geçerli olması için 5 şart öngörülmüş, kanun bu şartların kümülatif olarak bir arada olmasını aramıştır. Söz konusu hükme göre iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren 1 ay geçmeden önce yapılan ibranameler geçersiz olacaktır. Başka bir ifadeye Yargıtay'ın iş sözleşmesi sona ermeden önce yapılan ibra sözleşmelerinin geçersiz olacağı yönündeki içtihadı bir adım öteye götürülerek, ibranamelerin ancak iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren 1 ay sonra yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra hükümde ibra sözleşmelerinin mutlaka yazılı yapılması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması gerektiği de ifade edilmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay içtihatlarından farklı olarak ibranamenin salt miktar içermemesi dahi ibranameyi geçersiz kılacaktır. Yeni BK m.420/III'de kısmi ödeme hali de düzenlenmiş, bu konuda da Yargıtay'ın içtihadı benimsenerek, işçinin bütün alacaklarını içermeyen ibra sözleşmelerinin içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmünde olacakları ifade edilmiştir. Ancak kanun bu hâlde dahi ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olmasının zorunlu olacağını da belirtmiştir. Böylelikle uygulamada sık rastlanan bir olgu olan ibraname içeriği alacakların ödendiğinin ispatına ilişkin sorunlara kesin bir çözüm getirilmiştir. Banka aracılığıyla ödeme zorunluluğu ve kısmi ödemenin varlığı halinde ibranamenin makbuz hükmünde olacağına ilişkin düzenlemeler tasarıda yer almamakta olup, tasarının kanunlaşma aşamasında maddeye eklenmiştir. Öte yandan tasarıda son fıkrada yer alan “*İşçinin haklarını yeterince korumadığı veya aşırı ölçüde sınırladığı açıkça belli olan ibra sözleşmelerinin, hizmet ilişkisinin sona erdiği tarihten başlayarak iki yıl içinde iptali istenebilir*” şeklindeki düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir. İşçi ibra sözleşmesinin hata, hile veya ikrah ile yapıldığını ileri sürerek iptalini isteyebilir; ancak bu hüküm ile ibra sözleşmesinin iptali konusu özel olarak düzenlenmemekte ve iptal başvuru için öngörülen süre iki yıl olarak belirlenmektedir (Barlas vd., 2005: 215). Bununla beraber, kanunda ibranamenin geçerliliği için öngörülen koşullar dikkate alındığında, söz konusu düzenlemenin kanunda yer almasına gerek olmadığı da rahatlıkla ifade dileyebilir. Zira ibra sözleşmesi, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren 1 aylık süre geçmeden yapılırsa, yazılı olmaz, miktar ile alacağın türünü açıkça içermezse ve ödeme banka aracılığıyla yapılmazsa geçersiz sayılacak, en önemlisi ödemelerin kısmi yapılması halinde ise ibraname olarak değerlendirilmeyecek ve makbuz hükmünde kabul edilecektir. Bu koşullar altında işçi haklarının yeterince korunmadığı veya aşırı sınırlandırıldığı bir ibra sözleşmesinden mevcut olabileceğinden bahsetmek mümkün görünmemektedir.

Yeni BK m.420'nin son fıkrasında tasarıda bulunmayan bir hüküm öngörülerek maddede ibranameye ilişkin hükümlerin destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, iş sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına uygulanacağı da belirtilmiştir.

VIII. Dinlenme Süreleri

1. Hafta Tatili

Mevzuatımızda hafta tatiline ilişkin hükümler İş Kanununda, Basın İş Kanununda, Hafta Tatili Hakkında Kanunda ve Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda yer almıştır. Hafta Tatili Hakkında Kanunda, kişinin haftanın 6 gününden fazla çalıştırılmasının yasak olduğu; Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda, hafta tatil günün pazar günü olduğu belirtilmiştir. İş Kanunu'nun 46. maddesinde yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verileceği düzenlenmiştir³⁷. 818 Sayılı Borçlar Kanununda işverenin işçinin dinlenmesi için uygun olan günde izin vermesi gerektiği hükmüne bağlanmıştır³⁸ (m. 334).

Yeni Borçlar Kanununda konunun 421. maddede düzenlendiği görülmektedir³⁹. Söz konusu düzenlemeyle hafta tatil gününün kural olarak pazar günü olduğu, durum ve koşulların gerekli kılması halinde başka bir günde de izin (hafta tatili) verilebileceği belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle, gerekçede de belirtildiği üzere, durum ve koşulların hafta tatilinin pazar gününde verilmesini olanaksız kılması halinde pazar günü dışındaki başka bir günde hafta tatili verilebilecektir. Hafta tatiline hak kazanma koşullarından hiç bahsedilmemiştir⁴⁰.

Önemle belirtmek gerekir ki, “*İşveren, işçiye her hafta, kural olarak pazar günü veya durum ve koşullar buna imkân vermezse, bir tam çalışma günü tatil vermekle yükümlüdür*” şeklinde düzenlenmiş olan birinci fıkranın kaleme alınış şeklinin başarısız olduğu dikkat çekmektedir. Cümledeki anlam bozukluğunun düzeltilmesi için “vermezse” ibaresinden sonra “başka bir gün” ifadesi eklenmelidir.

2. Ara Dinlenme

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 334. maddesinde “*iş sabibi işçinin istirahatı için mutat olan saat ve günlerde müsaade vermekle mükelleftir.*” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemenin ve Anayasanın 50. maddesinde yer alan dinlenme hakkının gereği olarak, işveren işçiye ara dinlenmesini kullandırmak zorundadır.

³⁷ İş Kanununda düzenlenmiş olan hafta tatiline ilişkin açıklamalar için bkz. (Eyrenci vd., 2010: 256 vd.; Süzek, 2008: 764 vd.; Çelik, 2010: 357).

³⁸ 818 sayılı 334. maddesinin kenar başlığında kullanılan “istirahat zamanları” şeklindeki ifade, “Tatil ve İzinler/1. Hafta tatili ve iş arama izni” olarak değiştirilmiştir.

³⁹ Tatil ve izin hakları yönünden kaynak kanuna paralel ve mevcut yasaya göre oldukça ileri düzenlemeler getirildiği ileri sürülmüştür, bkz. (Soyer, 2008: 160). Ayrıca maddenin değerlendirilmesi için bkz. (Barlas vd., 2005: 216).

⁴⁰ Hak kazanma şartlarından hiç bahsedilmemesi isabetli bulunmamıştır, bkz. (Soyer, 2008: 160).

Bununla birlikte, yeni Kanunda ara dinlenmeye ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ara dinlenmeye ilişkin hakkın Kanunda açıkça yer almaması, Borçlar Kanuna tabi olan işçilerin, bu haktan yoksun bırakıldığı anlamına gelmemektedir. Aksi yorum Anayasaya aykırı olacaktır. Dolayısıyla, işveren Borçlar Kanuna tabi olan işçiyi anayasal hakkını kullandırmak zorundadır.

Ara dinlenmeye ilişkin boşluğun, İş Kanunu'nun 68. maddesi dikkate alınarak doldurulabileceği kanısındayız. Buna göre işveren, işyerinin ve işçinin haklı menfaatlerini göz önünde tutarak, günlük çalışma süresine göre on beş dakika, yarım saat ya da bir saat ara dinlenmesi vermek zorundadır. İş Kanununda, dört saat veya daha kısa süreli işlerde onbeş dakika; dört saatten fazla ve yedibuçuk saate kadar süreli işlerde yarım saat; yedibuçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat ara dinlenme verileceği belirtilmiştir⁴¹. Buna mukabil, Yargıtay 10 saati aşan çalışmalardan 1,5 saatlik ara dinlenme tenzilini uygun görmektedir⁴². Aynı uygulamanın ve İş Kanununda yer alan düzenlemenin, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da geçerli olacağı kanısındayız. Hiç kuşku yok ki, taraflar anlaşarak söz konusu sürelerden daha fazla ara dinlenme süresi kararlaştırabilirler.

3. Yıllık Ücretli izin

a. Hak Kazanma Koşulları ve Süresi

Anayasanın 50. maddesinde çalışanların dinlenme hakkı güvence altına alınmış ve yıllık ücretli izin hakkının kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. 818 sayılı Kanunda yıllık ücretli izin hakkı açıkça düzenlenmemiş olup sadece yukarıda aktardığımız 334. maddede genel ifadelerle izin hakkı hükme bağlanmıştır. Yeni Borçlar Kanunu'nun "süresi" başlıklı 422. maddesinde ise, "yıllık ücretli izin hakkı" İş Kanununda olduğu gibi açıkça düzenlenmiştir⁴³. Maddenin başlığından hükümde sadece yıllık iznin süresinin düzenlendiği gibi sonuç çıkmaktaysa da, süre yanında izne hak kazanma koşulu da düzenlenmiştir. Dolayısıyla, maddenin başlığının, hak kazanma koşulunu da içerecek biçimde ve İş Kanununda olduğu şekilde "Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve İzin Süreleri" olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır düşüncesindeyiz.

Yıllık ücretli izne hak kazanma hizmet süresi yönünden şarta bağlı kılınmıştır. Buna göre, yıllık ücretli izne hak kazanmak için en az 1 yıl⁴⁴ çalışmış

⁴¹ İş Kanunundaki düzenlemeye yönelik yapılan açıklamalar için bkz. (Eyrenci vd., 2010: 254; Süzek, 2008: 762 vd.; Çelik, 2010: 355 vd.).

⁴² Yarg. 9.HD. E. 2008/21992, K. 2009/17103, T. 22.06.2009 (www.hukukturk.com).

⁴³ Yeni kanunda yıllık izin hakkının düzenlenmesiyle önemli bir eksikliğin giderildiği ileri sürülmüştür, bkz. (Barlas vd., 2005: 216).

⁴⁴ Bir yıllık çalışma süresinin hesaplanmasında, aynı işverene ait farklı işyerlerinde sürekli geçen ya da aynı işverene ait aynı veya farklı işyerlerinde aralıklı geçen sürelerin dikkate

olmak gerekmektedir⁴⁵ (m.422). İş Kanununa tabi işçiler için de aynı yöndeki şart söz konusudur (İşK.m. 53) (Eyrenci vd., 2010: 262; Süzek, 2008: 773; Çelik, 2010: 367).

Buna mukabil, İş Kanunundan farklı şekilde çalışma süresi (kıdem) esas alınarak yıllık ücretli izin sürelerinin belirlenmediği dikkat çekmektedir (Barlas vd., 2005: 216). Başka bir ifadeyle, çalışma süresi esas alınarak, hak edilen yıllık ücretli izin gün sayısı kademeli biçimde artırılmamıştır. Dolayısıyla, işçinin hizmet süresinin uzunluğu ne kadar olursa olsun, işçi çalıştığı süre boyunca her yıl sonunda en az 2 hafta izne hak kazanacaktır⁴⁶ (m. 422). Ancak, taraflar 2 haftalık alt sınıra tabi kalmak koşuluyla yıllık ücretli izin süresinin, hizmetin uzunluğuna göre kademeli şekilde artırılmasını kararlaştırılabilir⁴⁷.

Diğer taraftan, İş Kanununda olduğu gibi maddede yıllık izin süresinin “işçilerin yaşı” esas alınarak farklı belirlendiği görülmektedir. Buna göre, en az bir yıl çalışmış olan 18 yaşından küçük işçilere, elli yaşından büyük işçilere en az 3 haftalık yıllık ücretli izin verilmesi gerekmektedir. İş Kanununda da aynı yaşlar sınırı olarak belirlenmiş ve bu yaştaki kişilere verilecek yıllık ücretli izin süresinin 20 günden az olamayacağı öngörülmüştür (İşK.m.53).

Yıllık ücretli izin süresinin kural olarak aralıksız kullanılması gerektiği, ancak tarafların anlaşması ile istisnaen ikiye bölünerek kullanılabilmesi belirtilmiştir (m. 424). Bu hükmün gereği olarak, yıllık izin süresinin ikiden daha fazlaya bölünmesi mümkün değildir.

İkiye bölünerek iznin kullanılabilmesi halinde, bir kerede verilecek izin süresinin en az kaç gün olması gerektiği açıklanmamıştır. Buna göre örneğin,

alınıp alınmayacağı konusunda düzenleme yer almamaktadır. İş Kanununda işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı belirtilmiştir (İşK. m. 54). Söz konusu hükmün kıyasen Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler için de uygulanabileceği kanısındayız.

⁴⁵ Yeni Borçlar Kanunu'nun 424. maddesinde, “*İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücretini, ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermekle yükümlüdür*” düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı düzenlemenin İş Kanunu'nun 57. maddesinde yer aldığı görülmektedir. Farklı kanun kapsamındaki işçiler bakımından aynı konuda benzer düzenlemenin yapılması yerinde olmuştur. Buna mukabil, İş Kanunundan farklı olarak, yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin bu süre içinde ücret karşılığı bir işte çalışmasının anlaşılması durumunda, işverenin izin süresi için ödediği ücreti geri alabileceği belirtilmemiştir. Başka bir ifadeyle, İş Kanunu'nun 58. maddesindeki düzenlemeye benzer düzenleme Borçlar Kanununda yer almamıştır.

⁴⁶ İş Kanunu'nun 53. maddesinde, çalışma süresi bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara on dört günden; beş yıldan fazla on beş yıldan az olanlara yirmi günden; on beş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmi altı günden daha az süre de izin verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. İş Kanunundaki düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. (Eyrenci vd., 2010: 267; Süzek, 2008: 779; Çelik, 2010: 371 vd.).

⁴⁷ İş Kanunu kapsamında olan işçiler için öngörülen yıllık izin süreleri de “asgari” nitelik taşıdığından, taraflar anlaşarak daha fazla izin süresi kararlaştırabileceklerdir (İşK. m. 53).

tarafların anlaşması halinde işçi 2 haftalık yıllık izin süresini 3 gün ve 11 gün olarak 2'ye bölerek kullanabilecektir. İş Kanunu'nun 56. maddesinde ise, izin sürelerinin tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebileceği belirtilmiştir.

b. Yıllık Ücretli İzin Kullanılmasında “Zorunluluk İlkesi”

Yukarıda da değindiğimiz üzere, yıllık ücretli izin hakkı anayasal haktır. Söz konusu hak işçinin sağlığı, sosyal yaşamı için kabul edilmiştir. Hangi amaçla olursa olsun bu hakkın kullanılmaması her şeyden önce işçinin sağlığını olumsuz etkileyecektir. Dolayısıyla, konuya ilişkin düzenlemelerin bu amaca uygun yapılması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, bu hakkın kullanılmasını engelleyen düzenlemelere yer verilmemelidir.

Bu anlayış doğrultusunda, işçinin yıllık izne hak kazanması halinde, işverenin yıllık izin hakkının kullandırılmasıyla yükümlü olduğu benimsenmiştir (m. 422). Buna göre, işveren yıllık ücretli izin yerine ücretin ödenmesini teklif edemez. Aynı şekilde, işçi de bu hakkın yerine ücret verilmesini talep edemez⁴⁸. Başka bir ifadeyle, işçi bu hakkından feragat edemez (m. 425). Dolayısıyla, İş Kanununda olduğu gibi, yeni Borçlar Kanununda da -Anayasada benimsenen anlayışa uygun şekilde- yıllık iznin kullanılmasında “zorunluluk ilkesinin” benimsendiği ortaya çıkmaktadır⁴⁹.

Her ne kadar iş ilişkisi devam ederken çalışanların yıllık ücretli izin haklarını kullanmaları kanun koyucu tarafından Anayasa ve özel kanunlarla mutlak biçimde sağlanmak istenmişse de, uygulamada işçilerin her zaman bu haklarını kullanamadıkları da bilinmektedir. Hakların kullanılmadan, iş sözleşmesinin sona ermesi de her zaman ihtimal dahilindedir. Kanun koyucu bu olasılığı dikkate alarak, 425. maddenin son fıkrasında iş sözleşmesinin sona ermesi halinde kullanılmamış olan yıllık ücretli izin sürelerinin ücret alacağına dönüşeceği hükme bağlamıştır. Söz konusu ücrete ilişkin zamanaşımı süresi, İş Kanununda olduğu gibi, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlar. İş ilişkisi devam ederken yıllık ücretli izin hakkının, ücret alacağına dönüşmemesi yönündeki hüküm kadar; sözleşmenin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde kullandırılmayan izin haklarının ücret alacağına dönüşmesini öngören düzenleme de aynı derecede isabetli olmuştur. Belirtelim ki, söz konusu hükmün aynısı İş Kanununun 58. maddesinde yer almaktadır (Eyrenci vd., 2010: 269; Süzek, 2008: 782; Çelik, 2010: 376).

Son olarak değinmek gerekir ki, yeni Borçlar Kanununda yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümlerin bir kısmında “yıllık ücretli izin” bir kısmında “ücretli yıllık izin” ifadesine yer verilmiştir. Gerek Kanunun kendi içinde gerekse İş

⁴⁸ Söz konusu durum Anayasanın 53. maddesinin 2. fıkrasında “yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez” şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

⁴⁹ İş Kanununda da emredici hükümlerle işçinin her yıl belirli süre dinlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir, bkz. (Süzek, 2008: 773).

Kanunu ile terminolojik açıdan birliğin sağlanması açısından sadece “yıllık ücretli izin” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı kanısındayız.

c. Mevzuatımızda Yenilik: Yıllık Ücretli İzin Süresinden İndirim Yapma Hakkı

818 sayılı Borçlar Kanununda ve İş Kanununda, işverenin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapmasını sağlayan hüküm bulunmamaktadır. Yeni Borçlar Kanununda ise, işverenin işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapabilmesi belirli şartlar altında mümkün hale getirilmiştir (m. 423). İşverenin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapma hakkının doğması için, işçinin bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun süre ile iş görme borcunu yerine getirmemesi gerekmektedir (Barlas vd., 2005: 217). Dikkat edilirse, kusur nedeniyle borcun ifa edilemediği toplam bir aylık süre, “takvim yılı” içinde değil, “hizmet yılı” içinde söz konusu olmalıdır. Belirtilen süre içinde işçinin aralıklı olarak ya da bir seferde işini bir aydan daha uzun süre yerine getirmemesi hakkın doğması için yeterlidir. Zira, maddede “toplam bir ay” ifadesine yer verilmiştir.

İndirim yapılabilecek süre, her tam ay için bir güne sınırlandırılmıştır (m. 423). Maddenin kaleme alınış şekli tamamlanmayan aylar için oranlama yapılmasını mümkün kılmamaktadır. Örneğin, kusuru nedeniyle bir hizmet yılı içinde toplam 2,5 ay iş görme borcunu ifa edemeyen işçinin yıllık ücretli izin süresinden 2,5 gün değil, 2 gün indirim yapılabilir. Son olarak belirtmek gerekir ki, söz konusu şartlar gerçekleştiğinde işveren indirim yapmak zorunda değildir; maddede yer alan “indirim yapabilir” şeklindeki ifade bu konuda seçimlik hakkı olduğunu göstermektedir.

İşçinin “kusuru olmaksızın” belirli süre iş görme borcunu yerine getirememesi halinde de, işverenin indirim yapabileceği aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak fıkranın kaleme alınış şeklinin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Gerçekten, fıkrada “...kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getiremediği takdirde...” ifadesine yer verilmiştir. Böylece, yasal bir yükümlülük, kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğe bağlı sebeplerin, kusuru olmaksızın ifadesiyle ilişkilendirildiği şeklinde sonuç çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, kusursuzluk hallerinden birinin de sanki kişiliğe bağlı nedenler olduğu anlaşılmaktadır. Kanımızca, maddede sadece kusura dayalı olmayan durumlarda değil, kişiliğe bağlı nedenlerle iş görme borcunun yerine getirilmemesi hallerinde de indirimin nasıl yapılacağı düzenlenmek istenmiştir. Yoksa kişiliğe bağlı nedenlerin kusurla herhangi bir ilişkisi yoktur. Kusursuz olarak işin yerine getirilmemesi hallerine örnek olarak hastalık, kaza; kişiliğe bağlı nedenlere ise yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi sayılmıştır. Cümledeki anlatım bozukluğunun giderilmesi için “kaza” ifadesinden sonra, “yasal” ifadesinden önce “ya da” bağlacının eklenmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Kusura dayanmayan belirtilen hallere dayanılarak indirim yapılabilmesi için borcun üç aydan fazla süre ile yerine getirilememesi gerekmektedir. Dolayısıyla, işçi kusursuz olarak dört ay iş görme borcunu ifa edemezse, bir aylık süre için bir tam gün indirim yapılabilir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, gebelik ve doğum nedeniyle iş görme ediminin en çok üç ay süreyle yerine getirilmemesi durumunda indirim yapılamayacağı belirtilmiştir. İkinci fıkrada olduğu gibi, bu düzenlemenin de zıt anlamından (mefhumu muhalifinden) doğum ve gebelik nedeniyle 3 aydan fazla çalışamayan kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. İş Kanunu'nun 74. maddesinde kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere çalıştırılmamalarının esas olduğu hükme bağlanmıştır. İşK. m. 55/b hükmünde kadın işçilerin doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları bu günlerin yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılması gerektiği belirtilmiştir. O halde, İş Kanununa tabi olan kadın işçiler 16 hafta, çoğul gebelik halinde 18 hafta yıllık ücretli izin açısından çalışılmış sayılırken, Borçlar Kanununa tabi kadın işçi doğumdan önce ve sonra toplam 16 hafta (4 ay) çalışmazsa yıllık izin süresinden bir gün, 18 hafta (4,5 ay) çalışmazsa – tamamlanmayan aylar için oranlama söz konusu olmayacağından- aynı şekilde yine bir gün indirim yapılabilir⁵⁰.

İkinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin işçi aleyhine aksinin kararlaştırılmayacağı belirtildiğinden söz konusu düzenlemelerin nispi emredici nitelikte olduğu sonucu çıkmaktadır. Maddenin birinci fıkrasının aksinin işçi aleyhine kararlaştırılmayacağı belirtilmemiştir. O halde, taraflar anlaşarak işçinin sadece *kusuruyla* işe gelmemesine özgü olarak indirim süresinin miktarını artırebileceklerdir.

IX. İş İlişkisinin Devri

1. İşyeri Devri

“Hizmet ilişkisinin devri” başlığı altında ilk olarak -818 sayılı Kanunda olmayan- “işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri” düzenlenmiştir (m.428). Dolayısıyla, düzenleme Borçlar Kanununa tabi işçiler için “yenilik” teşkil etmektedir. Söz konusu düzenleme gereği, işyerinin tamamının ya da bir bölümünün hukuki bir işlemle devri halinde, iş sözleşmesi bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçecek ve hizmet süresinin esas alındığı haklarda devreden işveren yanında işe başlanan tarih esas alınacaktır.

Devir halinde işçilik alacaklarından işverenlerin ne şekilde sorumlu olacağı da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde

⁵⁰ Borçlar Kanunundaki düzenlemeyle İşK. m. 55/b hükmüne ters düşen anlayışın benimsendiği belirtilmiştir, bkz. (Barlas vd., 2005: 217).

ödenmesi gereken haklardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumlu olacak, fakat devreden işverenin sorumluluğu iki yılla sınırlı olacaktır (m. 428/III).

Hükümün İş Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan işyerinin devrine ilişkin düzenlemeyle paralel olduğu açıkça görülmektedir⁵¹. Buna mukabil, devir ile sözleşmenin feshi arasındaki ilişki İş Kanunundan farklı olarak açıkça düzenlenmemiştir⁵². Ancak aşağıda değinilecek olan sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında, işyeri devrinin haklı nedenle fesih nedeni oluşturmayacağı tartışmaya yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, Kanunun 435. maddesinde, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılır, şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan düzenleme karşısında, işyeri devrinin haklı nedenle fesih sebebi teşkil etmesi mümkün değildir. Söz konusu durum, İş Kanununun 6. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden haklı fesih nedeni oluşturmaz (Özkaraca, 2008: 261 vd.).

2. Sözleşmenin Devri

Hizmet ilişkisinin devri başlığı altında ikinci olarak “sözleşmenin devri” (m. 429) düzenlenmiştir. 818 sayılı Kanunda açıkça sözleşmenin devri düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, anılan Kanunun 320. maddesinin ikinci fıkrasında “*İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden işverenin iş görme edimini talep hakkını sözleşme ile devredeceği sonucu çıkmaktadır. İş Kanununda ise, konu düzenlenmemiştir⁵³.

Gerek 818 sayılı Kanunda açıkça yer almayan gerekse İş Kanununda hiçbir şekilde bulunmayan konu yeni kanunla açıkça düzenlenmiş olunmaktadır (m.429). Maddede iş sözleşmesinin sürekli şekilde devri düzenlenmiş olup, İş Kanununda

⁵¹ İşyeri devrine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. (Eyrenci vd., 2010: 111 vd.; Süzek, 2008: 183 vd.; Çelik, 2010: 61 vd. Özkaraca, 2008: 137 vd.).

⁵² İş Kanunu'nun 6. maddesinde konuya ilişkin olarak “*Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır*” düzenlemesine yer verilmiştir.

⁵³ Buna mukabil, iş sözleşmelerinin hak ve borçlarıyla başka bir işverene sürekli ve kesin bir şekilde devri İş Kanunu hazırlamakla görevli bilim kurulu taslağında “*Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını sürekli olarak başka bir işverene devredebilir. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona ere ve devralan işveren bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı sıfatını kazanır*” şeklinde düzenlenmişti, bkz. (Süzek, 2008: 295; Barlas vd., 2005: 219.).

bulunan geçici devir yer almamıştır. Sözleşmenin sürekli şekilde devri için aranan tek şart “işçinin yazılı rızasının” alınmasıdır. Rızanın ne zaman alınması gerektiği maddede açıkça belirtilmemişse de, rızanın sözleşmenin devrinden önce alınması gerektiği düşüncesindeyiz. Rızanın açıkça yazılı alınmasının belirtilmesi karşısında örtülü onayın kabul edilemeyeceği kanısındayız.

İş sözleşmesinin devrine bağlanan sonuçlar, maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre,

işyeri devrinde olduğu gibi iş sözleşmesinin devri halinde de, iş sözleşmesine ilişkin bütün hak ve borçlar devralan işverene geçer ve kıdeme bağlı haklar bakımından işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. Bu düzenlemenin sonucu olarak –işyeri devrinde olduğu gibi- devreden işveren iş sözleşmesinin tarafı sıfatını kaybeder ve onun yerine devralan işveren geçer⁵⁴.

Buna mukabil, iş sözleşmesinin devri halinde –işyeri devrinden farklı olarak- devreden işverenin sorumlu olup olmayacağı açıklığa kavuşturulmamıştır. İşyeri ve iş sözleşmesinin devrinin sonuçlarının aynı olduğu dikkate alınır, sözleşmenin devri halinde de devreden işverenin devir tarihinden itibaren iki yıl sorumlu olduğu sonucunu benimsemek yerinde olacaktır. Benzer hukuki kurumlara aynı hukuki sonuçların bağlanmış olması karşısında, sorumluluk açısından farklı bir anlayışın benimsenmesini gerektirecek makul neden yoktur.

X. Sözleşmenin sona ermesi

1. Belirli sürenin Sona Ermesi

Belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin esaslar 430. maddede yer almıştır. Maddenin birinci fıkrasında -818 sayılı Kanunda olduğu gibi- taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa belirli süreli iş sözleşmesinin “kural olarak” fesih bildirimine gerek olmaksızın sürenin sonunda sona ereceği belirtilmiştir⁵⁵. Hükmün zıt anlamından taraflarca aksinin kararlaştırılması durumunda, belirli süreli iş sözleşmelerinin fesih bildirimine bağlı olarak sona erdirilmesinin mümkün kılındığı anlaşılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, süreli fesih bildirimini niteliği itibarıyla sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olabilir (Süzek, 2008: 453). Nitekim, Kanunun 431. ve 432. maddelerinde bu esas süreli fesih bildirimini bakımından yer almıştır. Aynı durum İş Kanununda benimsenen sistem açısından da söz konusudur (Eyrenci vd., 2010: 156; Süzek, 2008: 456 vd.; Çelik, 2010: 193 vd.).

⁵⁴ İşyeri devrinin iş sözleşmesi devriyle karşılaştırılması bakımından bkz. (Özkaraca, 2008: 113 vd.).

⁵⁵ 818 sayılı Kanunun 338. maddesinin kenar başlığında kullanılan “D. Hitamı/I. Müddetin Müruru” ve 339. maddesinde kullanılan “II. Sükut ile tecdit” şeklindeki ibareler “G. Sözleşmenin Sona Ermesi/I. Belirli Süreli Sözleşmede” şeklinde değiştirilmiştir.

Sonuç olarak, belirli süreli iş sözleşmelerinde “fesih bildiriminin” öngörülmesi teknik açıdan mümkün değildir. Sadece tarafların belirli süreli iş sözleşmesini, sürenin sonunda yenilemeyeceklerini önceden haber verme yükümlülüğü sözleşmelerde öngörülebilir. Fakat bu teknik anlamda “fesih bildirimini” değil, sözleşmenin yenilenmeyeceği konusunda bilgilendirme niteliğindedir (Süzek, 2008: 453).

Maddenin üçüncü fıkrasında, 10 yılı aşkın süredir devam eden iş sözleşmesini taraflardan her birinin 6 aylık ihbar süresi vererek sona erdirebileceği öngörülmüştür. İş Kanununda buna benzer hüküm yer almamaktadır. Buna mukabil, aynı konu farklı biçimde 818 sayılı Kanunun 343. maddesinde de bulunmaktadır. Adı geçen madde “*Bir hizmet akdi, bir tarafın yaşadığı müddetçe yahut on seneden fazla için yapılmış ise işçi, bunu on sene geçtikten sonra her zaman ve bir aylık ihbar müddetine riayet şartı ile tazminat dahi vermeksizin feshedebilir*” şeklindedir. Görüldüğü üzere, iki Kanun arasında aynı konuya ilişkin önemli farklılıklar dikkat çekmektedir. Gerçekten, yeni Kanunda sözleşmenin süresinin 10 yılı⁵⁶ aşması halinde -818 sayılı Kanundan farklı olarak- sadece işçi değil, işveren de sözleşmeyi sona erdirebilecektir⁵⁷. Ayrıca 1 aylık ihbar süresi 6 ay olarak kabul edilmiştir⁵⁸.

2. Ölüm

a. İşçinin Ölümü

Kanunun 440. maddesinde işçinin ölümüyle sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği belirtilmiştir. İşçinin ölümü halinde, işveren belirli miktar ödeme yapmakla yükümlü kılınmıştır. Hükme göre işveren, ölen işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere bir aylık ücret tutarında ödeme yapmak zorundadır⁵⁹. Maddede hizmet ilişkisinin süresine göre tazminat miktarının artırıldığı görülmektedir. Ancak ödemeye hak kazanmak için asgari bir çalışma süresi öngörülmemiştir. Gerçekten, işçinin kıdemi 5 yıldan fazla ise, iki aylık; 5 yıldan az ise bir aylık ücret tutarında ödeme yapılması gerekecektir. Hizmet ilişkisinin işverenin aynı işyerinde sürekli şekilde geçmesi gerektiği açıkça belirtilmediğinden, aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde sürekli veya aralıklı geçen sürelerin birleştirilebileceği kanısındayız. İşyeri ve iş sözleşmesinin devri halinde de farklı işveren nezdinde geçen süreler 428. ve 429. madde gereği toplanacaktır. Devreden işveren devirden önce doğmuş olan alacaklardan

⁵⁶ 10 yıllık sürenin uzun olduğu Alman Medeni Kanununda olduğu gibi sürenin 5 yıla indirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür, bkz. (Soyer, 2008: 161).

⁵⁷ Fesih hakkının işverene de tanınmış olması isabetli bulunmamıştır, bkz. (Soyer, 2008: 161).

⁵⁸ Sürenin artırılmasının isabetli olmadığı ileri sürülmüştür, bkz. (Soyer, 2008: 161).

⁵⁹ Maddenin kaynak kanundaki hükmün (Art. 338 Abs. 2 OR) aynen tercüme edilmesi suretiyle kaleme alındığı belirtilmiştir, bkz. (Soyer, 2008: 165).

müteselsil sorumlu olduğundan, devirden sonra ölüme bağlı olarak ortaya çıkan bir ya da iki aylık ücretten sadece devralan işveren sorumlu olacaktır.

Hükümde “sağ kalan eşine” ödeme yapmaktan bahsedilmiştir. Sağ olmayan eşe ödeme yapılması mümkün olmayacağından “sağ kalan” ifadesinin maddeden çıkartılması gerekmektedir. İşçinin eşi ve ergin olmayan çocukları yoksa, bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödeme yapılacaktır.

818 sayılı Kanunda iş sözleşmesinin işçinin ölümüyle sona ereceği belirtilmiş, ancak herhangi bir tazminat ödenmesi kabul edilmemiştir (m. 347). Bu bakımdan düzenleme işçinin ölümü halinde tazminat ödenmesini öngördüğünden “yenilik” teşkil etmektedir (Barlas vd., 2005: 223). İş Kanununa tabi işçilerin iş sözleşmesi de, iş ilişkisinin niteliği gereği kendilerinin ölümüyle sona erecektir. Bu durumda, işçinin mirasçıları 1475 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan 14. maddesi gereği kıdem tazminatına hak kazanabileceklerdir. Daha net bir ifadeyle, anılan düzenleme gereği iş sözleşmesinin “en az bir yıl” devam etmiş olması koşuluyla, işçinin mirasçıları “en az bir aylık ücret” tutarında kıdem tazminatına hak kazanacaklardır. Buna mukabil, tazminatın miktarında herhangi bir üst sınır söz konusu değildir⁶⁰. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Borçlar Kanuna tabi işçinin ölümü halinde ise, ödemenin yapılabilmesi için asgari çalışma süresi öngörülmemiş; fakat ödemenin miktarına ilişkin aksi kararlaştırılabilen azami sınır getirilmiştir. Kısacası, İş Kanunu ve yeni Borçlar Kanunu arasında ödemenin niteliği, hak kazanma koşulları ve miktarı bakımından önemli farklılıklar yaratılmıştır.

b. İşverenin Ölümü

İşverenin ölümünün iş sözleşmesine etkisi Kanunun 441. maddesinde belirtilmiştir. Hükümde, işverenin ölümünün iş ilişkisini kural olarak sona erdirmeyeceği, iş ilişkisinin mirasçılarla devam edeceği, ancak istisnaen işverenin kişiliğinin dikkate alınarak yapıldığı iş sözleşmelerinin ise işverenin ölümüyle sona ereceği açıklanmıştır. İşverenin ölümü nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda işçi, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun tazminat talebinde bulunabilecektir (m. 441/II). 818 sayılı Kanunda da benzer düzenleme yer almaktadır⁶¹.

⁶⁰ Her ne kadar kıdem tazminatının toplam miktarında üst sınır getirilmemişse de, kıdem tazminatının hesaplanmasına esas teşkil eden giydirilmiş brüt ücret için üst sınır kabul edilmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan 14. maddesinde yer alan “*Toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı TC Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez*” düzenlemesi, tazminata esas ücret konusundaki sınırı yansıtmaktadır. 01.01.2011-30.06.2011 dönemi için üst sınır 2.623,23 TL. dir.

⁶¹ 818 sayılı Kanunun 347. maddesinin 2. fıkrasında “*İş sahibi öldüğü takdirde, akit, başlıca onun şahsı nazara alınarak yapılmış ise nihayet bulur*”, aynı maddenin 3. fıkrasında “*Bu ikinci balde işçi akdin vaktinden evvel nihayet bulması hasebiyle duçar olduğu zarar için hakkaniyet dairesinde bir*

Diğer taraftan, 818 sayılı Kanunda olmayan, fakat yeni Kanunda yer alan düzenleme dikkat çekmektedir. Buna göre, yeni Kanunda, iş ilişkisinin mirasçılarla devam etmesi halinde işyerinin devrine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır (m. 441/I). Dolayısıyla, ölen işverenle yapılmış olan iş sözleşmesi bütün hak ve borçlarıyla birlikte mirasçılara geçecek ve hizmet süresine bağlı haklar bakımından onun ölen işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır. Hiç kuşku yok ki, devreden işverenin ölmüş olması karşısında müteselsil sorumluluğun uygulanması fiilen imkansızdır.

İş Kanununda işverenin ölümüne bağlanan sonuçlar açıkça düzenlenmemiştir. Buna mukabil, işverenin ölümünün, sözleşmenin sona ermesine etkisi Borçlar Kanununda olduğu gibi kabul edilmektedir (Süzek, 2008: 454; Çelik, 2010: 186).

3. Fesih

a. Süreli Fesih

aa. *Bildirim Süreleri*

Taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı olduğu açıklanmıştır (m. 431). Maddede “fesih süreleri” ifadesiyle anlatılmak istenen bildirim süreleridir. “Fesih süresi” yerine “bildirim süresi” ifadesinin kullanılmasının yerinde olacağı kanısındayız. Söz konusu maddeden anlaşıldığı üzere, İş Kanununda olduğu gibi bildirimli fesih hakkı her iki tarafa da tanınmıştır.

“Fesih bildirim süresi” başlığı altında ayrı bir maddede ise, bildirim süreleri düzenlenmiştir (m. 432). Kanımızca, söz konusu düzenlemelerin (m. 431 ve m. 432) iki ayrı madde altında yapılmasına gerek yoktur. Dolayısıyla, 431. ve 432. maddelerin tek bir madde altında toplanmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Yeni Kanunda bildirim sürelerinin, İş Kanununda olduğu gibi “hizmet süreleri” esas alınmak suretiyle belirlendiği görülmektedir⁶². Başka bir ifadeyle, işçinin kıdemine göre değişen ihbar süreleri öngörülmüştür (Soyer, 2008: 161). Bununla birlikte ihbar sürelerinin, İş Kanunundan ayrık şekilde farklı hizmet süreleri esas alınarak ve farklı uzunlukta belirlendiği anlaşılmaktadır. Buna göre bildirim süreleri, iş sözleşmesi bir yıla kadar sürmüş olan işçiler için iki hafta; bir

taẓminat isteyebilir” düzenlemeleri yer almaktadır. Bahsi geçen maddenin kenar başlığında kullanılan “V. Ölüm” şeklindeki ibare, yeni Kanunda “2. İşverenin Ölümü” şeklinde değiştirilmiştir.

⁶² Buna mukabil, 818 sayılı Kanunda “hizmet süresi” değil, “işin niteliği” dikkate alınarak bildirim süreleri oldukça kısa şekilde düzenlenmiştir. Adı geçen kanunun 340. maddesinin ikinci fıkrasında “...amele hakkında ibbardan sonra girecek hafta nihayeti için, idarehane memur ve müstahdemleri hakkında ibbardan sonra girecek ikinci hafta ve diğer hizmet akitlerinde ibbardan sonra girecek keza hafta nihayeti için akit fesih olunabilir.” düzenlemesi yer almaktadır.

yıldan beş yıla kadar sürmüştür olan işçiler için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüştür olan işçi için altı haftadır (m.432/II). Görüldüğü üzere, işçinin hizmet süresine göre ihbar süresi 2, 4 ya da 6 hafta olabilecektir⁶³. İş sözleşmelerinin askıya alındığı durumlarda fesih bildirim sürelerinin işlemeceği belirtilmiştir⁶⁴ (m. 432/son).

Söz konusu bildirim sürelerinin İş Kanununda olduğu gibi asgari olduğu⁶⁵ ve sözleşmelerle artırılacağı de öngörülmüştür (m.432/III). Buna mukabil, iş hukuku öğretisinde işçi ve işveren bakımından farklı bildirim sürelerinin öngörülüp öngörülemeyeceği tartışılmayken (Süzek, 2008: 40 ve d.n 40 ve d.n 41'deki yazarlar); Borçlar Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri için -818 sayılı Kanunda olduğu gibi- fesih bildirim sürelerinin taraflar için aynı olması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır⁶⁶ (m. 432/V). Ancak 818 sayılı Kanundan farklı olarak, yeni Kanunda sözleşme ile taraflar için farklı sürelerin öngörülmesi halinde her iki tarafa da en uzun sürenin uygulanması gerektiği açıklanmıştır⁶⁷.

818 sayılı Kanunda olmayan, İş Kanununda yer alan “peşin ödeme suretiyle fesih” yeni Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup İş Kanununda olduğu gibi söz konusu hak sadece işverene tanınmıştır (m.432/IV) (Soyer, 2008: 163). Buna göre, işveren fesih bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmesini feshedebilir⁶⁸.

⁶³ İş Kanunu kapsamında olanlar için aynı konu, adı geçen kanunun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “iş sözleşmeleri; işi altı aydan az sürmüştür olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüştür olan işçi için bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüştür olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, işi üç yıldan fazla sürmüştür işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır” hükmü yer almıştır. Dolayısıyla, İş Kanunu’ndaki ihbar süreleri 2, 4, 6, 8 hafta olarak belirlenmiştir.

⁶⁴ Maddenin gerekçesinde, iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerle işçinin askerlik, ağır hastalık, ücretsiz izin ve buna benzer sebeplerle iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin ifasının istenemeyeceği durumların kastedildiği belirtilmiştir.

⁶⁵ Kaynak kanunun ekonomik nedenlerle yapılan fesihlerde, yasal önelerden daha kısa önel kararlaştırılmasına olanak sağlayan hükmünün (Art. 335 a Abs. 2) kanuna alınmadığı belirtilmiştir, bkz. (Soyer, 2008: 162). Dolayısıyla, hukukumuzda, kaynak kanundan farklı olarak, ihbar sürelerinin daha az kararlaştırılmasının herhangi bir istisnasının kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

⁶⁶ Her ne kadar sürelerin aynı olup olmaması gerektiği konusunda kanunun açıklığı karşısında tartışma yapılamayacaksa da, düzenlemenin yerindeliği tartışılabilir. Nitekim öğretilerde Soyer, Alman Medeni Kanununda olduğu gibi, işçiyi kısa önelle bağlı tutma olanağının açık bırakılmasının yerinde olacağını, işçi için kısa; işveren için uzun önel kararlaştırılan hallerde işçi tarafından yapılan feshi uzun ihbar süresine tabi tutmanın savunulabilir tarafı olmadığını belirtmiştir, bkz. (2008: 162).

⁶⁷ Söz konusu düzenlemenin kaynak kanuna paralel olduğu belirtilmiştir, bkz. (Soyer, 2008: 162).

⁶⁸ “Peşin ödeme suretiyle” feshe ilişkin açıklamalar için bkz. (Eyrenci vd., 2010: 157; Süzek, 2010: 466).

İhbar süresine riayet edilmemesi halinde -fesih için haklı neden teşkil eden durum da söz konusu değilse- işçi fesih bildirim süresine ilişkin miktarı tazminat olarak talep edebilecektir (m. 438). İşçinin haklı nedeni yokken, kanunda ifade edildiği şekilde “aniden işi bırakması” halinde ise, işveren aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir (m. 439/I). Ancak işveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hakim tazminat miktarını indirebilir. İş Kanununda kabul edildiği şekilde ve Borçlar Kanununda işçi için benimsendiği üzere, ihbar tazminatı ya da bu nitelikteki tazminatlar kusur ve zarardan bağımsız olarak maktu biçimde belirlenmektedir. Buna rağmen İş Kanunu’ndaki düzenlemeden farklı olarak, işçinin ihbar süresine uymaması halinde işverenler bakımından farklı bir çözümün benimsenmiş olmasının (m. 439/I) yerinde olmadığı haklı olarak belirtilmiştir⁶⁹.

bb. Süreli Fesih Bildirimine Bağlanan Sonuç: Yeni İş Arama İzni

Yeni iş arama izni, “hafta tatili ve iş arama izni” başlıklı 421. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde, işveren bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın “yeni iş arama izni” vermekle yükümlü kılınmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yeni iş arama iznine ilişkin hükmün sözleşmenin sona ermesi ve fesih bildirim süresi başlıkları altında ele alınması daha uygun olurdu⁷⁰. Zira, yeni iş arama izninin niteliği ve izne hak kazanma şartları, gerek hafta tatil izninden gerekse yıllık ücretli izinden farklıdır. Diğer izinler işçinin sosyal açıdan kendini geliştirmesi ve dinlenmesi için verilirken; yeni iş arama izni, adından da anlaşıldığı üzere işçinin kendisine iş bulması için verilmektedir. Ayrıca, diğer izinler işçinin işyerinde belirli süre çalışmasına bağlı olarak verilirken, yeni iş arama izni tamamen feshе bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

Yeni iş arama iznine hak kazanılması “sözleşmeyi fesheden taraf” ve “feshin türü” bakımından şartlara bağlı kılınmıştır. Gerçekten, yeni iş arama izni, sözleşmenin *işveren tarafından bildirimli fesih yoluyla* sona erdirilmesi halinde söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, sözleşmenin işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesi halinde ya da işçi tarafından herhangi bir şekilde sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda yeni iş arama izni söz konusu olmayacaktır. Her ne kadar düzenlemede açıkça sözleşmenin belirsiz süreli niteliğine vurgu yapılmışsa da, buna gerek olmadığı düşüncesindeyiz. Zira, bildirimli fesih sadece belirsiz süreli sözleşmelerde söz konusu olmaktadır. Nitekim, aynı konunun benzer şekilde düzenlendiği İş Kanunu’nun 27. maddesinde açıkça belirsiz süreli iş

⁶⁹ Tasarının değerlendirilmesinde, ihbar süresine işçinin riayet etmemesi ile ilgili olarak İş Kanunundaki düzenlemeden farklı bir çözüm tarzının benimsenmiş olmasının tartışmaya açık olduğu belirtilmiştir, bkz. (Soyer, 2008: 161).

⁷⁰ Hafta tatili ve yeni iş arama izni konularının farklı maddelerde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir, bkz. (Barlas vd., 2005: 216).

sözleşmesinden bahsedilmemiş, sadece bildirim süreleri ifadesine yer verilmiştir.

Benzer düzenleme, 818 sayılı Kanunun 334. maddesinde “*iş sahibi, mukavelenin feshi ibhar olunduktan sonra başka bir iş araması için işçiye münasip bir zaman vermek mecburiyetindedir*” şeklinde yer almaktadır. Buna mukabil -818 sayılı Kanundan farklı olarak, İş Kanunu’nda yer aldığı gibi- yeni iş arama izninin şartlarının düzenlendiği fıkrada, izin süresi ve iznin ücrete etkisi de açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, yeni iş arama izni günde iki saatten az olamayacak ve ücretten herhangi bir kesinti yapılmayacaktır. Burada bir iş karşılığı olmaksızın ücretin verilmesi öngörüldüğünden söz konusu ücret “sosyal ücret” niteliğindedir.

Bunun yanında, İş Kanununda yer alan yeni iş arama izinlerinin topluca kullanılmasının mümkün olmasına ilişkin hüküm, Borçlar Kanununda yer almamıştır. İş Kanununda, işçinin istemesi halinde iş arama izin saatlerinin birleştirilerek topluca kullanılması mümkün kılınmıştır. Esasen, Borçlar Kanununa tabi olan işçi de yeni iş arama iznini topluca kullanmayı talep edebilir. Buna engel düzenleme yoktur. Fakat bu durumda İş Kanunundaki düzenlemeden farklı olarak, işverenin talebi kabul etme zorunluluğu yoktur.

b. Derhal Fesih

aa. Derhal Fesih Nedenleri

Kanunun “Haklı Sebepler” başlıklı 435. maddesinde, tarafların sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği belirtilmiştir. Hükümde -bildirimli feshi düzenleyen maddeden farklı olarak-sözleşmenin türüne göre herhangi bir ayırım yapılmadan derhal fesih hakkı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, derhal fesih hakkının doğabilmesi için sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasının önemi bulunmamaktadır. İş Kanununda da haklı nedenle derhal fesih hakkının doğumu, sözleşmenin niteliğinden bağımsız olarak taraflara tanınmıştır⁷¹.

Buna mukabil, İş Kanunundan farklı olarak haklı fesih nedenleri Borçlar Kanununda sayılmamış, sadece haklı neden oluşturacak haller genel bir biçimde tanımlanmıştır⁷². Gerçekten, İş Kanununun 24. ve 25. maddelerinde taraflar için haklı sebep oluşturacak haller, “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”, “zorlayıcı nedenler” başlıkları altında sınıflandırılarak

⁷¹ İş Kanunu’nda haklı nedenle derhal fesih nedenleri işçiler için İşK. m. 24’de; işverenler içinse İşK.m. 25’de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere yönelik yapılan açıklamalar için bkz. (Eyrenci vd., 2010: 187 vd.; Süzek, 2008: 632 vd.; Çelik, 2010: 256 vd.).

⁷² Maddenin gerekçesinde, iş ilişkisini sürdürmenin dürüstlük kurallarına göre mümkün olup olmadığının her somut olaya göre değerlendirileceği, bu konuda İşK.m. 24 ve m.25’de yer alan haklı neden örneklerinden ve İşK. m. 18’de yer alan geçerli neden örneklerinden yararlanılabileceği belirtilmiştir. Gerekçedeki bu ifadelerin yersiz olduğu, maddede haklı nedenle derhal fesih hakkının düzenlendiği, süreli fesihle ilgili hükme (İşK. m.18) atf yapılmasının yanlış olduğu, süreli fesih ile derhal feshin iki ayrı fesih türü olduğu belirtilmiştir, bkz. (Barlas vd., 2005: 221).

sayılmıştır. Oysa, yeni Borçlar Kanununda konu genel biçimde düzenlenerek, dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisinin sürdürülmesinin beklenilmediği bütün durum ve koşulların haklı neden teşkil edeceği hükme bağlanmıştır⁷³.

Haklı fesih nedenleri Kanunda sayılmamış olmakla birlikte, sadece 436. maddede haklı fesih nedeni oluşturacak bir hal, 818 sayılı Kanunda olduğu gibi belirtilmiştir⁷⁴. Buna göre, işverenin ödeme güçsüzlüğüne⁷⁵ düşmesi halinde, alacakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye alınmayan işçi sözleşmeyi derhal feshedebilecektir. Görüldüğü üzere, işverenin ödeme güçsüzlüğü içinde olması halinde, derhal fesih hakkının doğumu alacakların belirli bir süre içinde güvence altına alınıp alınmaması şartına bağlı kılınmıştır. Dikkate edilirse, alacakların belirli süre içinde ödenme şartı değil, güvenceye alınması şartı getirilmiştir. Dolayısıyla, işveren alacakları ödemez ancak makul süre içinde güvenceye alırsa işçi sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedemeyecektir. Hiç kuşku yok ki, işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmeden ve herhangi bir mücbir neden yokken ücret vb. alacakları makul süre geçmesine rağmen ödememesi 435. maddeye göre işçiye sözleşmeyi haklı nedenle feshetme hakkı tanır⁷⁶.

bb. Derhal Fesihte Usul

Derhal fesihlerde yazılı bildirim şartı getirilmiştir. Sözleşmeyi fesheden tarafın fesih nedenini yazılı olarak bildirmek zorunda olduğu açıkça hükme bağlanmıştır (m. 435). Hükmün lafzı, bunun bir geçerlilik koşulu olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin derhal feshinde, fesih nedeninin yazılı olarak bildirilmemesi halinde, fesih haksız nitelik taşıyacaktır. Haklı nedenle feshi, yazılı bildirme bağlamak yerinde olmuştur. Bu şekilde, işveren dava sırasında fesih

⁷³ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinin birinci fıkrasında “*Ezçümle ablaka müteallik sebeplerden dolayı, yahut hüsnüniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, mübik bir sebep teşkil eder.*” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, iyiniyet kuralları bakımından iki taraftan birinin sözleşmeyi yerine getirmemesini haklı gösteren her durum, haklı nedenle feshi gerekli kılacak önemde sayılmıştır.

⁷⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 346. maddesinde “*İş sahibi borcu ödemekten aciz olduğu takdirde, işçi, talebi üzerine münasip bir müddet zarfında ücreti için teminat verilmezse akıttan rücuu salahiyyettar olur.*” hükmü bulunmaktadır. Bu hükme dayanarak teminat gösterilinceye kadar işçinin işi yapmaktan kaçınma hakkı ve teminat gösterilmemesi halinde de sözleşmeyi derhal fesih hakkı söz konusudur.

⁷⁵ Maddede geçen ödeme güçsüzlüğü ifadesinin yerinde olmadığı, 818 sayılı Kanunda yer aldığı şekilde “borcu ödemekten aciz olma” ifadesinin korunmasının yerinde olacağı belirtilmiştir, bkz. (Barlas vd., 2005: 222).

⁷⁶ İş Kanunu'nun 24. maddesinde, işveren tarafından işçinin ücretinin kanun hükümlerine veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmemesi veya ödenmemesi halinde işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği belirtilmiştir. Aynı kanunun 34. maddesinde ise, ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceği hükme bağlanmıştır.

nedenini değiştiremeyecek ve fesih nedeniyle bağlı olup bunu ispat etmek zorunda kalacaktır.

İş Kanununda, işçinin iş güvencesi kapsamında olması halinde fesih bildiriminde fesih nedeninin açık ve kesin şekilde belirtilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır (İşK. m.19). Bunun dışında, iş güvencesi kapsamında olsun ya da olmasın genel olarak bütün bildirimlerin yazılı yapılması gerektiği İş Kanunu'nun 109. maddesinde belirtilmiştir. Her ne kadar iş güvencesi kapsamındaki işçiler için, bildirim açık ve kesin şekilde yapılması geçerlilik koşuluysa da, kapsamda olmayan işçiler için 109. madde gereği yapılması gereken bildirim geçerlilik koşulu değil, ispat koşulu olduğu belirtilmektedir (Süzek, 2008: 459 ve d.n 31'deki yazarlar).

cc. Haklı Nedenle Feshe Bağlanan Sonuçlar

Kanunun 437. maddesinde, haklı feshin söz konusu olduğu durumlarda tazminat talep edilebileceği 818 sayılı Kanunun 345. maddesine benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, haklı fesih nedeni taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışından doğmuşsa, sözleşmeyi ihlal eden taraf iş ilişkisine dayanan bütün hakları göz önünde bulundurarak zararı tamamen gidermekle yükümlü tutulmuştur.

Maddenin ikinci fıkrasında, “diğer durumlarda” bütün durum ve koşullar dikkate alınarak haklı feshin maddi sonuçlarının hakim tarafından değerlendirileceği belirtilmiştir. Maddenin bütünüyle değerlendirilmesi neticesinde, düzenlemede yer alan “diğer durumlarda” ifadesiyle, sözleşmeye uyulmaması dışındaki hallerin kast edildiği anlaşılmaktadır. Sağlık nedenleri, zorlayıcı nedenler dolayısıyla sözleşmenin haklı feshedilmesi halinde, hakim haklı sebeple feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirerek zararın belirli ölçüde giderilmesine karar verebilecektir.

dd. Haksız Feshe Bağlanan Sonuçlar

Feshin haksız nitelik taşınması halinde, tarafların hakları Kanunun 438. ve 439. maddelerinde işçi ve işveren için sözleşmenin niteliği dikkate alınarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. İşverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız feshetmesi halinde, işçi fesih bildirim süresine ilişkin ücreti tazminat olarak talep edebilecektir (m. 438). İş Kanununda feshin haksız nitelik taşınması halinde koşulları varsa, işçi iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilecek veya ihbar ile kıdem tazminatlarını talep edebilecektir. (Eyrenci vd., 2010: 191 vd.; Süzek, 2008: 664). Borçlar Kanununda bildirim süresine ilişkin ücretin tazminat olarak istenebileceğinin belirtilmesiyle, bunun iş hukukundaki “ihbar tazminatı” niteliğinde olduğu söylenebilecektir (Soyer, 2008: 161). Dolayısıyla, Borçlar Kanunu kapsamında olan işçi –maddenin son fıkrası gereği hakim tarafından takdir edilebilecek olan tazminat hariç- sadece ihbar tazminatı niteliğindeki tazminatı talep edebilecektir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshinde ise, sözleşme süresine uyulsaydı, hak kazanılabilecek miktar “*tazminat*” olarak talep

edilebilecektir⁷⁷ (m.438). Bununla birlikte, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle tasarruf ettiği miktarın ve başka işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelirin -kaynak kanun doğrultusunda ve işi kabulde temerrüt halinde olduğu gibi- tazminattan indirileceği hükme bağlanmıştır (m.438/II) (Soyer, 2008: 164; Senyen Kaplan, 2010: 223). Maddenin gerekçesinde mahsup işleminin her iki sözleşme türünden birinde söz konusu olan tazminattan yapılacağı belirtilmiştir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haksız feshi halinde, işçinin kazanabileceği miktara ilişkin olarak ödenecek tutar açıkça “tazminat” olarak belirtilmiştir. Yeni kanunda geri kalan süreye ilişkin ücretin açıkça tazminat olarak nitelenmesi karşısında, “işverenin işi kabul edimini kusurlu olarak imkansızlaştırmış olduğunun” kabul edildiği; “iş kabulde temerrüde düşmüş sayılacağı” görüşünün kabul edilmediği haklı olarak ileri sürülmüştür⁷⁸.

Bütün bunların yanında, sözleşmenin niteliğinden bağımsız olarak, haksız fesih halinde hakim durum ve koşulları göz önünde bulundurarak, miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiyeye ödenmesine ayrıca karar verebilir⁷⁹ (m.438/III). Bu konuda zorunluluk olmayıp tamamen takdir hakkı hakimdedir⁸⁰.

⁷⁷ Madde gerekçesinde, söz konusu tazminat ile iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir neden yokken taraflarca kararlaştırılan sürenin sona ermesinden önce feshedilmesi yüzünden işçinin uğradığı olumlu (müspet) zararların giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Maddedeki anlatımın başarılı olmadığı, ifadenin “*İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi...belirli süreli sözleşmelerde...sürenin sonuna kadar kazanabileceği tutarı tazminat olarak isteyebilir*” şeklinde düzeltilmesi gerektiği belirtilmiştir, bkz. (Soyer, 2008: 163).

⁷⁸ Kanunda benimsenen bu sistem Soyer tarafından iki nedenle eleştirilmiştir: “*İş kabulde temerrüt görüşüne göre, haklı nedene dayanmayan fesihlerde sözleşme hukuken sona ermediği için, işçinin kademe bağlı hakları ve süreli sözleşmelerin süre sonuna kadar işçiyeye sağladığı –nişpi- koruma çok daha iyi bir biçimde güvence altına alınmaktadır. İkinci olarak, [...] ücreti koruyan hükümlerin uygulanması da mümkün olabilmektedir.*”, bkz. (2008: 164).

⁷⁹ Söz konusu düzenlemenin uygulamada sorunlar yaratmaya elverişli olduğu, hükmün İş Kanununa tabi iş sözleşmelerine uygulanıp uygulanamayacağı, tazminatın kötüniyet tazminatı ile ilişkisi, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler dikkate alındığında tutar bakımından makul bir dengenin olup olmadığı konusunda belirsizlikler doğurabileceği belirtilmiştir, bkz. (Soyer, 2008: 165): Öğretide bir görüş tarafından maddede geçen tazminat para cezası olarak nitelenerek, düzenlemenin işvereni sözleşme süresi bitmeden ve haklı neden olmaksızın fesih yaptırmaktan caydırmak ve işçiyi ise manevi açıdan tatmin etmek amacıyla getirildiği; tazminatın ceza ve manevi ceza niteliği göz önünde bulundurularak, tarafların ekonomik durumunun, sözleşmenin süresinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür, bkz. (Senyen Kaplan, 2010: 225).

⁸⁰ Hizmet ilişkisinin süresi, feshin kötüniyetli olması gibi haller, göz önünde tutulması gereken durum ve koşullara örnek olarak gösterildiği belirtilmektedir, bkz. (Soyer, 2008: 165).

Ancak tayin edilecek tazminat miktarı işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacaktır⁸¹.

Belirtmek gerekir ki, işveren tarafından gerçekleştirilen her haksız fesih, aynı zamanda kötüniyetli fesih değildir. Buna mukabil, haksız feshin, aynı zamanda kötüniyetli olması halinde, İş Kanunu'nda olduğu gibi işçiler için ek koruma öngörülmüştür. Gerçekten, yeni Borçlar Kanunu'nun 434. maddesinde, “*Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür.*” düzenlemesi yer almaktadır⁸². Buna göre, feshin kötü niyetli olması halinde bildirim süresinin üç katı tutarındaki tazminatı talep etme hakkı, İş Kanununda olduğu şekilde sadece işçiye tanınmıştır⁸³. Hiç kuşku yok ki, işçi kötüniyet tazminatı yanında yukarıda belirtilen tazminatları da talep edebilecektir.

Kanunun “işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması” başlıklı 439. maddesinde ise, işçinin sözleşmeyi haksız feshetmesi ile haksız olarak işe başlamaması halinde, işverenin tazminat talep hakkı düzenlenmiştir⁸⁴. Öncelikle belirtmek gerekir ki, “haksız olarak işe başlamama” şeklinde bir kavrama ihtiyaç yoktur. Zira, iş sözleşmesinin yapılmasına rağmen işçinin işe filen başlamaması sözleşmenin işçi tarafından eylemlili feshedildiği anlamına gelir. Söz konusu durum, kanunda ifade edildiği şekilde “iş bırakma”, daha doğru bir ifadeyle ise, “fesih” olarak nitelenecektir. İşçinin bu davranışında haklı nedenin olmaması durumunda, fesih haksız nitelik taşıyacaktır. Kaldı ki, maddede haksız olarak işe başlamama ile haksız işten ayrılma (iş bırakma) hallerine bağlanan sonuçlar arasında da fark yaratılmadığı görülmektedir. O bakımdan, maddede sadece işçi tarafından yapılan haksız feshin sonuçlarının düzenlenmesi yeterlidir düşüncesindeyiz.

Kanundaki deyimile haksız olarak işe başlamama ya da haksız fesih halinde işverenin isteyeceği tazminat miktarı, ücretin dörtte biri kadar olabilecek ve ayrıca işveren ek zararların giderilmesini de talep edebilecektir (m. 439) (Soyer, 2008: 161; Senyen Kaplan, 2010: 227). Buna mukabil, işveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar aylık ücretin dörtte birinden az ise, tazminatın miktarı hakim tarafından indirilebilecektir (m.439/II) (Soyer, 2008: 161; Senyen Kaplan, 2010: 227).

Maddenin son fıkrasında, tazminat isteme hakkının takas yoluyla sona ermediği durumlarda, işverenin tazminat isteyebilmesi hak düşürücü süreye

⁸¹ İşveren tarafından yapılan haksız feshin sonuçlarının, kaynak kanun dikkate alınarak düzenlendiği belirtilmiştir, bkz. (Senyen Kaplan, 2010: 221).

⁸² Gerekçede belirtilenin aksine düzenlemenin kaynak kanunla hiçbir ilgisinin olmadığı belirtilmiştir, bkz. (Soyer, 2008: 163).

⁸³ İş Kanununa paralel düzenleme yapılması isabetli bulunmuştur, bkz. (Soyer, 2008:163).

⁸⁴ Maddenin başlığının durumu tam olarak ifade etmediği, aslında “haksız feshin sonuçları” üst başlığı altında işçi ve işveren tarafından yapılan haksız feshin hallerinin incelenmesinin daha uygun olacağı ileri sürülmüştür, bkz. (Barlas vd., 2005: 222).

bağlanmıştır. Başka bir ifadeyle, işverenin zararının tazmini işçinin ödenmemiş ücreti ile takas edilerek sağlanamıyorsa, işveren hak düşürücü süre içinde zararın tazminini talep edecektir (Senyen Kaplan, 2010: 228). Buna göre, işveren haksız olarak işe başlamadan veya haksız işten ayrılmadan itibaren 30 gün içinde dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi halde söz konusu hak düşecektir⁸⁵. Maddenin gerekçesinde 30 günlük sürenin işçinin işe başlaması gereken gün ya da işi bıraktığı gün işlemeye başlayacağı açıkça belirtilmiştir.

4. Sözleşmenin Sona Ermesinin Sonuçları

a. “Borçların Muaccel Olması” ve “Geri Verme Yükümlülüğü”

“Sözleşmenin sona ermesinin sonuçları” başlığı altında “borçların muaccel olması” (m. 442) ve “geri verme yükümlülüğü” (m. 443) düzenlenmiştir. Kanunun 442. maddesinde, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte sözleşmeden doğan bütün borçların muaccel olacağı belirtilmiştir. Pay verilmesinin kararlaştırılmış olduğu durumlar için muacceliyet anının özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, asıl ücrete ek olarak üretilenden pay verilmesi öngörülen durumlarda ürün payı belirlenir belirlenmez; cirodan veya kardan pay verilmesi kararlaştırılan hallerde ise, hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde borçlar muaccel olacaktır.

Ayrıca maddede muacceliyet tarihinin, hukuki ilişkinin niteliğine göre yazılı anlaşmayla Kanunda yer alan süre kadar ertelenebileceği düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, özellik arz eden iş sözleşmelerinin sona ermesi nedeniyle sözleşmeden doğan borçların muacceliyet anının yazılı anlaşmayla uzatılabileceği de kabul edilmiştir. Buna göre, işçinin aracılığı ile kurulan hukuki ilişkilerde üçüncü kişinin üstlendiği borç, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra tamamen veya kısmen ifa edilecekse altı aya; dönemsel edimler içeren ilişkilerde bir yıla; sigorta sözleşmelerinde veya ifası altı aydan uzun bir süreye yayılmış olan işlerde⁸⁶ ise iki yıla kadar yazılı bir anlaşma ile borcun muacceliyet tarihi ertelenebilecektir.

Sözleşmenin sona ermesinin bir diğer sonucu olan “geri verme yükümlülüğü” 443. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddede taraflardan her biri, diğerinden veya üçüncü bir kişiden diğerinin hesabına, hizmetle ilişkili olarak almış olduğu şeyi vermekle yükümlü tutulmuştur. Maddenin ikinci fıkrasında geri verme yükümlülüğüne ilişkin olarak, örnek şeklinde işçinin motorlu taşıtları, trafik izin belgelerini, alacaklarından fazla olduğu ölçüde ücret ve masraf avanslarını vermesi gerektiği belirtilmiştir.

⁸⁵ Maddenin gerekçesinde de sürenin hak düşürücü özelliği açıkça belirtilmiştir.

⁸⁶ Tasarıda, “ ifası altı aydan uzun bir süreye yayılmış olan işler” ifadesi yerine, “ifası altı aydan uzun bir süreye yayılmış olan iş görme sözleşmeleri” ifadesi kullanılmıştı. İş görme sözleşmeleri, ifadesinin iş sözleşmelerini de kapsayan bir üst kavram olduğu ileri sürülerek, söz konusu durum eleştirilmişti, bkz. (Barlas vd., 2005: 223).

b. Rekabet Yasağı

aa. Koşulları ve Sınırlandırılması

İş sözleşmesi devam ederken işçinin işvereni ile rekabet etmemesi, sadakat borcunun gereğidir. Buna mukabil, iş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağının devam etmesi bu konuda yapılmış anlaşmanın varlığına bağlıdır⁸⁷. Başka bir ifadeyle, her iş sözleşmesinin sona erdiği durumda rekabet yasağının varlığından bahsedilemez. Bunun için usulüne uygun yapılmış rekabet yasağı sözleşmesi gereklidir. İş sözleşmesi sona erdikten sonra söz konusu olacak rekabet yasağı yeni Borçlar Kanununda -818 sayılı Kanuna benzer şekilde ve içerikte- “koşulları”, “sınırlandırılması”, “aykırı davranışların sonuçları”, “sona ermesi” başlıklarını haiz dört ayrı maddede düzenlenmiştir⁸⁸.

Buna göre, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin kendi adına rakip işletme açmasının, rakip işletmede çalışmasının veya bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmesinin yasaklanması, kısacası işçinin herhangi bir şekilde ve herhangi bir yolla eski işvereniyle rekabet etmesinin rekabet yasağı sözleşmesi çerçevesinde yasaklanması mümkün kılınmıştır⁸⁹ (m. 444/I).

Buna mukabil, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli sayılması bazı koşulların varlığına bağlı kılınmıştır (Taşkent ve Kabakçı, 2009: 23 vd.; Şahlanan, 2010: 721). Herşeyden önce, işçinin fiil ehliyetine sahip olması ve işçiye rekabet etmeme borcu yükleyen sözleşmenin “yazılı” yapılması gerekmektedir (m. 444/I).

Rekabet yasağı sözleşmesi ile işverenin korunması amaç edinildiğinden, sözleşmenin yapılmasında işverenin korunmaya değer menfaatinin bulunması sözleşmenin geçerli nitelik taşıması için aranan diğer şarttır. Söz konusu durum maddenin ikinci fıkrasında açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, iş ilişkisi nedeniyle işçi, müşteri çevresine veya⁹⁰ üretim sırlarına⁹¹ ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinebiliyorsa ve bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir

⁸⁷ Rekabet yasağı kapsamının, işçinin çalıştığı sırada sadakat borcu çerçevesinde tabi olduğu rekabet etme yükümlülüklerinden daha dar olduğu belirtilmiştir, bkz. (Taşkent ve Kabakçı, 2009: 24; Süzek, 2008: 304).

⁸⁸ İş Kanununda rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenleme yer almamaktadır. İş Kanunu kapsamındaki işçiler için, Borçlar Kanununun rekabet yasağına ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

⁸⁹ Benzer düzenlemenin yer aldığı 818 sayılı Kanun döneminde, maddede rekabet yasağına ilişkin hallerin örnek mukabilinde sayıldığı, bunlardan birinin yasaklanmasının diğerinin yasaklanmasını gerekli kılmayacağı belirtilmiştir, bkz. (Taşkent ve Kabakçı, 2009: 24).

⁹⁰ 818 sayılı Kanunda “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacı kullanılmıştır. Buna mukabil bunun öğretilde “veya” bağlacı olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir, bkz. (Taşkent ve Kabakçı, 2009: 25; Şahlanan, 2010: 723).

⁹¹ Müşteri çevresi ve üretim sırlarına ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. (Taşkent ve Kabakçı, 2009: 25vd.; Şahlanan, 2010: 723vd.).

zararına neden olacak nitelikteyse⁹², işverenin korunmaya değer menfaatinin varlığından bahsedilebilecek ve sözleşme geçerli sayılabilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, işçi işverenin müşteri çevresine veya üretim sınırlarına vakıf olsa bile, bu bilgilerin kullanılması işverene önemli bir zarar verebilecek nitelikte değilse rekabet sözleşmesi geçerli kabul edilemeyecektir.

Bunlardan başka, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşüren rekabet yasağı sözleşmeleri geçersiz olacaktır (m. 445). Bu bakımdan rekabet yasağı sözleşmesinin yer, zaman ve işlerin türü bakımından sınırlandırılması öngörülmüştür (m. 445/I). Rekabet yasağı sözleşmesi, hakkaniyete uygun olmayan sınırlamalar içermeyecektir. Süre bakımından rekabet yasağı sözleşmesinin iki yılla sınırlı olabileceği, fakat özel durum ve koşulların gerekli kılması halinde sürenin iki yılı aşabileceği madde metninden anlaşılmaktadır⁹³. Sonuç olarak, sözleşmenin süresi kural olarak iki yıl olacak, istisnaen haklı nedenlerin varlığı halinde bu süreyi aşacak şekilde sınırlama konabilecektir. 818 sayılı Kanunda süre bakımından uygun sınırlamanın sözleşmede yer alması gerektiği belirtilmiş olmakla birlikte, sürenin uzunluğuna ilişkin açıklık getirilmemiştir.

Açıklananlardan başka sözleşmenin geçerliliği için herhangi bir şart öngörülmemiştir. Rekabet yasağının, ancak bir bedel karşılığında kararlaştırılabileceğinin kabul edilmemiş olması önemli bir eksiklik olarak nitelendirilerek haklı olarak eleştirilmiştir (Soyer, 2008: 166).

Tarafların rekabet yasağı sözleşmesinde belirlenen sınırlara aykırı hareket etmesi halinde, hakim bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirerek yasağı kapsam ve süre bakımından sınırlandırabilecektir. Bu konuda işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edim hakkaniyete uygun biçimde hakim tarafından göz önünde tutulacaktır (m. 445/II). 818 sayılı Kanunda benzer düzenleme yer almamıştır⁹⁴.

bb. Rekabet Yasağına Aykırı Davranışların Sonuçları ve Sona Ermesi

Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. Buna mukabil, sözleşmede rekabet yasağına aykırı davranış

⁹² İşverene ait bilgilerin doğrudan ya da dolaylı olarak kullanılmasının, işverenin ekonomik durumunda ortaya çıkaracağı her türlü kötüleşme ya da ilgili piyasada rekabet gücünde geriye gidişin önemli zarar olarak nitelendirileceği belirtilmiştir, bkz. (Taşkent ve Kabakçı, 2009: 27).

⁹³ Kaynak kanunda süre 3 yılla sınırlandırılmıştır. Kaynak kanundan farklı olarak sürenin 2 yılla sınırlandırılmış olması isabetli bulunmuşsa da, Alman Hukukunda olduğu gibi istisna tanımadan iki yıllık azami sürenin öngörülmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir, bkz. (Soyer, 2008: 166). Özel durum ve şartlara ilişkin olarak işçinin işyerindeki konumunun önem taşıdığı belirtilmiştir, bkz. (Taşkent ve Kabakçı, 2009: 30).

⁹⁴ Buna mukabil, 818 sayılı Kanunda da konuya ilişkin olarak hakimın takdir hakkının olduğu, söz konusu unsurlar açısından aşırılık tespit edildiğinde, bu olgunun sözleşmenin doğrudan geçersizliği sonucunu doğurmayacağı ileri sürülmüştür, bkz. (Taşkent ve Kabakçı, 2009: 34). Konuya ilişkin açıklama için ayrıca bkz. (Şahlanan, 2010: 730-731).

cezai koşula da bağlanabilir. Bu durumda sözleşmede aksine hüküm yoksa, işçi öngörülen cezai şart miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir. Ancak işverenin zararı kararlaştırılan cezai miktardan fazla ise, miktarı aşan zararın işçi tarafından karşılanması gerekmektedir. Bunların yanında işveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararların ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutulması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışının haklı göstermesi durumunda yasağa aykırı davranışa son verilmesini de talep edebilecektir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması için işverenin korunmaya değer menfaatinin olması gerekir. Menfaatin sadece sözleşmenin yapıldığı sırada değil, sözleşme süresince bulunması lazımdır. Dolayısıyla, yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararın olmadığı belirlendiği durumlarda yasak sona erecektir (m. 447/I).

Bundan başka, sözleşme haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından sona erdirilirse ya da işçi tarafından işverene yüklenebilen bir nedenle feshedilirse yasak sona erecektir (m. 447/II).

XI. SONUÇ

Hukuk devriminin temel taşlarından olan ve yaklaşık 85 yıldır yürürlükte olan 818 sayılı Kanunun günün ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalması ve dili itibariyle anlaşılmasının son derece zor olması, yeni Borçlar Kanununun yapılmasını gerekli kılmıştır. Bu doğrultuda hazırlanan yeni Kanun, uygulama alanına giren konularda köklü değişiklikler ve yenilikler getirmiştir. Bu değişikliklerin ve yeniliklerin bir kısmı da iş sözleşmesine ilişkin hükümlerde kendini göstermektedir.

Yeni Borçlar Kanununda iş sözleşmesine ilişkin hükümler, altıncı bölümde “hizmet sözleşmeleri” başlığı altında, 393. ve 496. maddeler arasında yer almaktadır. Kanunda “genel hizmet sözleşmesi”, “pazarlamacılık sözleşmesi” ve “evde hizmet sözleşmesi” olmak üzere 3 farklı iş sözleşmesine yer verilmiştir. Bu sözleşmelerden “pazarlamacılık sözleşmesi” ve “evde hizmet sözleşmesi” 818 sayılı Kanunda ve 4857 sayılı İş Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Yeni Kanun çerçevesinde “genel hizmet sözleşmesi” başlığı altında da –kanunun uygulama alanına giren kişiler için- birçok yeni hüküm getirilmiştir. İş sözleşmesinin geçersizliği, işçinin sadakat borcu, teslim ve hesap verme borcu, düzenleme ve talimatlara uyma borcu, aracılık ücreti, ikramiye, ücret alacağının devri ve rehnedilmesi, birim ücreti ve zorunlu harcamaların ödenmesi, kişisel verilerin kullanılması, iş sözleşmelerinde cezai şart, ibranameler, yıllık ücretli izinden indirim hakkı bu düzenlemelerden bazılarıdır. Bu doğrultuda, yeni Kanun gerek kapsama aldığı kişiler açısından gerekse 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer almayan konular bakımından önemli hükümler ihtiva etmektedir. Özellikle belirtmek gerekir ki, Kanunun iş sözleşmesine ilişkin köklü değişiklik yapan hükümleri İş Kanunu’nun

kapsamı dışında kalanlara uygulanacağından, kapsamda olanlara geçmişe göre önemli bir koruma getirildiği söylenebilecektir.

Ancak Kanunun birçok hükmü gibi, iş sözleşmesine ilişkin hükümleri de kaynak kanun niteliğindeki İsviçre Borçlar Kanunundan alınmıştır. Başka bir ifadeyle, kaynak Kanunun büyük ölçüde tercüme edilmesiyle düzenlemelerin yapıldığı görülmüştür. Böylece, Türk İş Hukukunun yerleşmiş ilkelerine aykırı olacak ve uygulamada sorunlar yaşanmasına sebebiyet verecek düzenlemelerin yer aldığı haklı olarak belirtilmiştir. Kanunun genelinin bu şekilde hazırlanışı, kanunun sistematığının ve dilinin de başarılı olmasını engellemiştir. Öyle ki, yeni kanunda dilde sadeleştirme adına yerleşmiş hukuki kavramların terk edilerek yerine bu kavramları tam olarak karşılamayan ibarelerin tercih edildiği, belli bir anlam için kullanılan terimlerde birlik olmadığı belirlenmiş ve madde metinlerinde cümle düşüklükleri ile ifade bozukluklarına rastlanılmıştır. Özellikle İş Kanununda yer alan terimlerle birliğin sağlanmamış olması yerinde olmamıştır.

Ayrıca Kanun hazırlanırken uluslararası alanda ve özellikle Avrupa'da gelişen teknik ve sosyal olaylara göre yapılan çalışmaların ve değişikliklerin yeterince dikkate alınmamış, liberal hukuk sistemine ve irade özgürlüğüne aykırı hükümlerin getirildiği görülmüştür.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, E. (1990) **Teori Ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, İstanbul.

ALPAGUT, G. (2004) “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Mercek**, Yıl 9, Ocak, Sayı 33.

ARSLAN ERTÜRK, A. (2010) **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul: 12 Levha Yayınları.

AYDIN, U. (2002) **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Eskişehir.

BARLAS, N./AYANOĞLU MORALI, A./ÇAVUŞOĞLU İŞINTA, P./İPEK, M./YAŞAR, M./KOÇ, S. (2005) **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, İstanbul.

BAŞPINAR, V. (2010) “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Şekli Açısından Değerlendirilmesi”, **Rona Serozan'a Armağan**, Cilt I, İstanbul.

BAŞTERZİ, S. (2006) “Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesince yayımlanan “30. Yıl Armağanı”**, İstanbul.

CENTEL, T. (1988) **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul.

ÇELİK, N. (2010) **İş Hukuku Dersleri**, 23. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.

ÇİL, Ş. (2004) “İş Hukukunda İbra Sözleşmesi”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt 7, Say. 3.

EKMEKÇİ, Ö. (2009) “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart, Yıl 4, Sayı 13.

EREN, F. (2008) **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.

EYRENCİ, Ö./TAŞKENT, S./ULUCAN, D. (2010) **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul: Legal Yayınevi.

GÜLER, M. (2005) “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, s. 5, Ocak-Şubat-Mart.

HATEMİ, H. (2009) “Borçlar Kanunu Tasarısı”, **Güncel Hukuk**, Şubat.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (2008) **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul.

KOÇ, S. (2004) “Borçlar Kanunu Tasarısının Hizmet Sözleşmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeleri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Erdem Kuntalp'e Armağan, Cilt I, 2004/1.

KOYUNCU, A. (2009) “İşçinin Sadakat Borcu ve İşverenle Rekabet Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül, Yıl 4, Sayı 15.

OĞUZMAN, K. ve ÖZ, T. (2009) **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul.

ÖZKARACA, E. (2008) **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul: Beta Yayınları.

SENYEN KAPLAN, E. T. (2010) “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, **Osman Güven Çankaya’ya Armağan**, Ankara.

SEVİMLİ, A. (2009) “İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 4, Sayı 14, Haziran.

SOYER, P. (2008) “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul: Legal Yayınevi.

SUR, M. (2005) “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul.

SÜZEK, S. (2008) **İş Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.

ŞAHLANAN, F. (2010) “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kurulması Geçerlilik Şartları Hükümleri”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, Beta, İstanbul.

TAŞKENT, S. (2008) “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart, Yıl 3, Sayı 9.

TAŞKENT, S./KABAKCI, M., (2009) “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık, Yıl 4, Sayı 16.

TAŞKENT, S./MUTLAY F. B./SARIBAY ÖZTÜRK G., (2011) **Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu**, 5. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.

ULUCAN, D. (2003) “4857 sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıncı Düzenlenen “Yeni İş Yasası” Konulu Seminer Yayını, İstanbul.

YAVUZ, C. (2009) **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.

YAVUZ, N. (2008) “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme ve Öneriler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Nisan, Yıl 3, Sayı 20.