

Doç. Dr. Mustafa ALP

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi

I. GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu m. 22 çalışma koşullarının değiştirilmesi konusunda ayrıntılı bir şekil kuralı öngörmekle birlikte, esasa ilişkin önemli bazı sorulara yanıt getirmemektedir. Bu önemli sorunlardan biri de iş sözleşmesindeki değişiklik kayıtlarının durumudur. Öğretide İK. m. 22 karşısında bu kayıtların geçerliliği tartışma konusu olmuş, Yargıtay da farklı yönde kararlar vermiştir¹. Daha önemli bir sorun ise, değişiklik kayıtlarının sınırları ve denetimidir. Çalışmamızın amacı, hukuki güvenlik sağlamak ve iş sözleşmelerinin hukuka uygun hazırlanmasına ışık tutmak için, içerik denetimini esas alarak değişiklik kayıtlarını incelemektir.

II. DEĞİŞİKLİK KAYITLARI

1. KAVRAM

Borç ilişkisinde taraflardan birine edim ve ifa unsurlarında tek yanlı değişiklik yapabilme hakkı tanıyan sözleşme hükümlerine değişikliği saklı tutma veya kısaca değişiklik kayıtları adı verilir. İş ilişkisinde de değişiklik kayıtları ile işverene çalışma koşullarında tek yanlı esaslı değişiklik yapabilme yetkisi, önceden sözleşmenin kurulduğu anda tanınmaktadır. Öğretide değişiklik kayıtları ile işverene tanınan bu yetkiye karşılık “genişletilmiş

yönetim hakkı” veya “özel yönetim hakkı” terimleri de kullanılmakta, bu şekilde işverenin iş sözleşmesi ile sınırlanan genel yönetim hakkının kapsamını aşan talimatlar verebileceği kabul edilmektedir². Hukuki nitelik bakımından değişiklik kayıtları ile işverene tanınan yetki, çalışma koşullarını tek yanlı olarak değiştirme ve belirleme yetkisi veren bir yenilik doğurucu haktır. Bu yenilik doğurucu hakka dayanarak işveren, işçinin katılımı olmadan edim ve ifa ile ilgili unsurları tek başına belirleyebilmekte, örneğin işçinin gördüğü işi, işyerini, çalışma süresini değiştirebilmekte veya bir ücret ekine son verebilmektedir.

Değişiklik kayıtlarına sözleşmelerde yer verilmesinin sebebi, sözleşmenin kuruluş anında tüm unsurları ile geleceğe dönük belirlenmesindeki güçlüktür. İş ilişkisinin tâbi olduğu ekonomik ve teknolojik koşullar, rekabet gerekleri, işletme organizasyonu ve kişisel unsurlardaki değişimleri başlangıçta öngörmenin olanaksızlığı karşısında, özellikle de uzun zamana yayılan bir belirsiz süreli iş sözleşmesini tüm unsurları ile eksiksiz hazırlamak mümkün olmamakta, hatta değişimler karşısında böyle bir sözleşmenin anlamsız hale gelmesi tehlikesi bulunmaktadır. Bu nedenle değişim gereksinimini daha iyi tespit edebilecek durumda olan işverene değişiklik yetkisi tanımak kaçınıl-

Edimi tek yanlı belirleme hakkı geçerli olarak kurulmuş belirli bir borç ilişkisine dayanır.

mazdır. Bu yönü ile esneklik amacına hizmet eden değişiklik kayıtlarına “esneklik kayıtları (Flexibilisierungsvorbehalte)” adı da verilmektedir³. Değişiklik kayıtlarının hukuki dayanağı ise sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü, kişinin diğer tarafa yenilik doğurucu haklar tanımak da dâhil olmak üzere tâbi olabildiğini içermektedir. BK m. 70 ve 71’de olduğu gibi bir tarafa tek yanlı olarak edimi belirleme ve seçme hakkı tanınması ile ifanın unsurlarının, örneğin vadenin belirlenmesinin alacaklıya bırakılması (muacceliyet ihbarı), hukuk düzeninin sözleşme özgürlüğünün bu yönünü de uygun gördüğünün kanıtlarıdır⁴. Hatta irade özerkliği kapsamında bir kişinin kendisini sözleşme kurmak zorunda bırakan bir yenilik doğurucu hakkı bile başkalarına tanınması geçerlidir. Sözleşmeden doğan şufa, vef’a ve iştirah hakları bu niteliktedirler⁵. Sözleşme özgürlüğü, kişinin karşı tarafa tek taraflı beyanı ile sözleşme yapmak zorunluluğu doğuran bir hak tanınmasına bile izin verdiğine göre, değişiklik kayıtlarının aynı özgürlükten yararlanmaması düşünülemez.

Değişiklik kayıtlarında sadece bir sınır mutlaka gözetilmelidir: Edimi tek yanlı belirleme hakkı geçerli olarak kurulmuş belirli bir borç ilişkisine dayanır. Bu hak ile bir borç ilişkisi kurulmaz. Edimi belirleme hakkı kurulu borç ilişkisi için ve bu ilişkinin karakterini belirleyen çerçeve içinde bir edim veya yükümlülüğü somutlaştırmak için tanınır. Edimi belirleme hakkı ile bir borç ilişkisi kurulmadığı ve kurulu borç ilişkisinin çerçevesi aşılmadığı için, bu hakkın kullanılması borç ilişkisinin karakterini, ilgili sözleşmenin tanımlayıcı, başka sözleşmelerden ayırt edici temel özelliklerini değiştiremez. Bu nedenle de edimi belirleme yetkisi bir yenileme (tecdit, novatio) sonucu doğuramaz⁶. İş ilişkisinde değişikliği saklı tutma kayıtları için de aynı kural geçerlidir: Değişikliği saklı tutma kayıtları da iş ilişkisine dayanırlar. İş görme, ücret ve bağımlılık unsurları ile diğer sözleşmelerden ayırt edilen iş sözleşmesi, değişiklik kayıtlarının temel dayanağı ve kullanım alanlarını belirleyen çerçevesidir. Değişiklik kayıtları ile bir borç iliş-

kisi kurulmaz; iş ilişkisi için değişiklik kaydı kararlaştırılır ve iş ilişkisinin çerçevesi içinde bir edim somutlaştırılır ve değiştirilir. Yani değişiklik kayıtları ile de, iş ilişkisinin karakteristik temel unsurları değiştirilemez. Mevcut iş sözleşmesini ortadan kaldırıp yeni bir sözleşme kuracak ölçüde değişiklik yetkisi işverene tanınmaz.

Çok farklı türleri olabilmekle birlikte, konu ve kapsamlarına göre ise değişiklik kayıtları belirli ana gruplarda incelenebilirler⁷: Birincisi, işçinin iş görme edimi ile sınırlı olarak işverene yetki sağladığı kabul edilen “yönetim hakkını genişletme” kayıtlarıdır. İşveren bu kayıtlara dayanarak işçinin iş yerini, iş türünü ve çalışma süresini değiştirebilecektir. İşverenin kendi edimiyle yani ücretle ilgili değişiklik kayıtlarının ilki ise, “geri alma (=dönme, cayma; Widerruf)” kaydıdır. Bu durumda işveren işçiye bir edimi sağlama, örneğin bir ikramiyeyi sürekli ödeme borcu altına girmekte, fakat bu ikramiyeye geleceğe dönük olarak tek yanlı son verme hakkını da saklı tutmaktadır. Geri alma veya cayma kaydının farklı şekillerde ortaya çıkması da mümkündür. Örneğin, cayma için işverenin bir bildirimde bulunması ve bildirim süresine uyması yükümlülüğü öngörülebilir (kısmi fesih). İşverenin edimi ile ilgili daha farklı bir değişiklik kaydı ise, “bağlayıcı olmama kaydıdır (Freiwilligkeitsvorbehalte)”. Özellikle bir işyeri uygulamasının doğmasını önlemek için başvurulabilecek bu kayıtlarda bir edimi sağlayan işveren, borçlanma iradesinin olmadığını, ödemeyi gelecekte talep hakkı doğurmak kaydı ile yaptığını belirtmektedir⁸. Geri alma ve bağlayıcı olmama kayıtları, bir edimin, örneğin bir ikramiyenin bütününe ilişkin olabilecekleri gibi, ikramiyenin miktarına ilişkin de olabilirler. Gerek işçi gerek işveren edimleri için düşünülebilecek bir değişiklik kaydı ise, bir çalışma koşulunun geçici olacağını öngören “belirli süre” kaydıdır. İşçinin geçici olarak belirli bazı işler veya işyerlerinde görevlendirilmesi ya da bir ücret ekinin geçici olarak sağlanacağını öngörülmesi bu tür kayıtlara örnektir. Değişikliğin işverenin iradesinden ziyade objektif bir duruma (süre) bağlandığı bu kayıtlara benzer bir değişiklik kaydı ise “şarta bağlama” kaydıdır. Bu durumda bir çalışma koşulunun devamlılığı, örneğin bir primin ödenmesi, işçinin verimliliği, devamlılığı, işletmenin kazancı vb. erteleyici veya bozucu koşullara bağlanmaktadır.

2. İŞ KANUNU m. 22 KARŞISINDA DEĞİŞİKLİK KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ

1475 sayılı İş Kanunu m. 16/II-e'de değişiklik kayıtlarına dayanarak yapılan çalışma koşullarında değişikliğin, fesih için haklı bir neden olmadığını gösteren bir ifade yer almaktaydı. Yeni İş Kanunu taslağında ise bundan bir adım daha ileriye giden, değişiklik yetkisinin saklı tutulduğu durumlarda İK m. 22 f. 1'in uygulanmayacağını öngören bir fıkraya yer verilmişti. TBMM'de yasalaşma safhasında değişiklik kayıtlarına yer veren bu fıkranın çıkartılmasına dayanarak öğretide bir görüş, artık değişiklik kayıtlarının geçerli olarak sözleşmelere konulamayacağı yönündedir⁹. Oysa çıkartılan fıkra ile iş sözleşmesinde değişiklik kayıtlarının mümkün olduğu değil, değişiklik kayıtları varsa ilk fıkradaki usulün uygulanmayacağı belirtilmekteydi. Bu nedenle yasa koyucunun bu hükmü çıkartması değişiklik kayıtlarını yasaklamak değil, sadece değişiklik kayıtlarının denetimsiz kalmalarını önlemek iradesi şeklinde yorumlanabilir¹⁰. Ne 1475 sayılı Yasa'daki haklı fesih yetkisi doğurmayan bir durumu gösteren ibarenin yeni Yasa'da bulunmaması, ne de değişiklik kayıtlarının esaslı değişiklik usulüne dair ilk fıkraya tâbi olmayacaklarını öngören ifadenin yeni Yasa'dan çıkartılması, değişiklik kayıtlarının yasaklandığını kabul etmeyi gerektirmez¹¹. Yasa koyucunun işverenin yönetim hakkının sözleşme ile genişletilebilmesini engelleme iradesini gösteren bir işaret de bulunmaktadı. Diğer sözleşme türleri için açıkça değişiklik kayıtlarına dair yasal bir düzenleme yapmayan yasa koyucunun, bu sözleşme türlerinde değişiklik kayıtlarını yasaklamadığı açıktır. İş sözleşmesinde de açık bir yasak getirilmediği sürece sözleşme özgürlüğünün geçerli olduğunu, tarafların değişiklik kayıtlarını geçerli olarak sözleşmeye koyabileceklerini kabul etmek gerekir.

Meğer ki değişiklik kayıtlarının kanuna karşı hile oluşturduğu kabul edilsin. Kanuna karşı hile, kanunun yasakladığı bir sonuca, izin verdiği araçlarla ulaşmak demektir¹². Değişiklik kayıtları ile İK m. 22'nin yasakladığı bir sonuca ulaşıldığı kabul edilebilirse, kanuna karşı hile de kabul edilebilir. Oysa İK m. 22'nin amacı, işçinin hiçbir şekilde razı olmadığı tek yanlı değişikliklere karşı güvence sağlamakla sınırlıdır. M. 22 sözleşme içeriği konu-

sunda ise bir sınırlama getirmemekte, sözleşmenin "doğru" içeriğinin nasıl olması gerektiğini düzenlememektedir. Bu nedenle sözleşmenin değiştirilebilir, esnek bir içerikte olmasının, örneğin, "işçi, işverene ait aynı alanda faaliyet gösteren Türkiye sınırları içindeki tüm işyerlerinde çalışmayı kabul eder" şeklinde bir sözleşme kaydının İK m. 22'nin yasakladığı bir sonuca hizmet ettiği söylenemez. M. 22 mevcut sözleşme hükümlerini korumakta, sözleşme ile belirlenen içeriğin ve edimler arası dengenin tek taraflı bozulmasını yasaklamaktadır. Sözleşmenin değiştirilebilecek şekilde esnek bir içerikle kurulması halinde ise, işverenin bu olaktan yararlanması sözleşme içeriğine ve edimler arasındaki dengeye müdahale oluşturmayacaktır. Ayrıca m. 22'nin amacının çalışma koşullarında her türlü değişikliği yasaklamak olduğu da söylenebilir. Yasa sadece işçinin rızasına dayanmayan tek yanlı fiili değişiklikleri geçersiz saymakta ve bu amaçla değişiklik için işçinin açık rızasının arandığı bir usul belirlemektedir. Oysa değişiklik kayıtları işçinin rızası ile sözleşme içeriği haline gelmekte, işçi sözleşme özgürlüğünden doğan hakkını kullanarak değişikliğe baştan razı olmaktadır. İşçinin sözleşme kurulurken açıkladığı peşin rızasının, "gönülsüz" olduğu, işçinin başka şansı olmadığı için veya hiç farkında olmadan değişiklik kayıtlarını kabullenmeye mecbur kaldığı ve bu nedenle korunması gerektiği doğrudur. Fakat bu durumun işçinin aleyhine bile olsa anlaşma ile değişiklikleri bir denetime tabi tutmadan geçerli sayan m. 22'ye aykırı olduğu söylenemez¹³. Değişiklik kaydına dayanan değişiklik, iş sözleşmesi değişikliği de değildir. Değişiklik hakkı sahibi, sözleşmeden doğan hakkını kullanarak sadece yeni bir hukuki durum yaratmakta, sözleşme ise aynı kalmaktadır. Bu hukuki durum değişikliğinin dayanağı olan değişiklik kaydı, işçinin iradesi ile meşrulaşmakta, iş sözleşmesi esnek hükümleri ile değişikliği zaten içermektedir. Değişiklik iş sözleşmesine aykırı olmadığı, iş sözleşmesi ile tanınan yetkiye uygun ve sözleşmenin sınırları içinde kaldığı için, değişiklik kayıtları ile ahde vefa ilkesinden ayrılmak değil, ahde uygun davranmak sözkonusudur.

Değişiklik kayıtlarının m. 22'ye aykırı olduğunu kabul etmenin bu nedenlerle dayanağı olmadığı gibi, bu görüşün sakıncaları da mevcuttur. İş hukuku kurallarının esnekleştirilmesi, işçi-işveren ilişki-

lerinde emredici kurallar yerine taraf iradelerine öncelik tanınarak sözleşme hukukuna dönüşü ifade etmektedir¹⁴. Çalışma koşullarının değişen şartlara kolay ve hızlı uyum sağlaması için önemli bir araç olan değişiklik kayıtlarına sözleşmelerde yer verilmesi de bu sürecin kaçınılmaz bir sonucudur. Ayrıca İK. m. 22'ye dayanarak değişiklik kayıtlarını yasaklamanın bazı istenmeyen sonuçları olacağı da dikkate alınmalıdır: Öncelikle, bu durumda sadece İş Kanunu kapsamındaki işçilere bir güvence sağlanırken, İş Kanunu'na tâbi olmayan işçiler için değişiklik kayıtlarına bir sınırlama ve denetim getirmeyi savunmak güçleşecektir. Oysa Basın İş, Deniz İş ve Borçlar Kanunu'na tâbi olan işçilerin değişiklik kayıtlarına karşı daha az güvence ihtiyacı olduğu söylenemez. İkinci olarak, İK. m. 22'ye aykırılık görüşü kabul edilirse, bir ayırım yapma-

durumların varlığı halinde çalışma koşullarını değiştirme yetkisi verebileceği savunulmaktadır¹⁵. Gerçekte işverenin değişiklik kayıtları ile kendisine tanınan haktan yararlanırken dürüstlük kuralına uygun davranması hukukun genel gereğidir. Asıl sorun ise bir içerik denetiminin mümkün olup olmadığıdır. Geniş anlamda içerik denetimi sözleşme hükümlerinin emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına ve ahlâka aykırılıklarını sorgulayan denetimdir. Dar ve gerçek anlamda içerik denetimi ise, bir tarafın aleyhine tek yanlı hazırlanmış, menfaat dengesini aşırı ölçüde bozan sözleşme hükümlerinin, yedek hukuk kurallarına ve sözleşmenin doğasına uygun hak ve yükümlülük dağılımına aykırılık ölçütleri üzerinden denetlenmesidir¹⁶. İlk başta genel işlem şartları alanında uygulama bulan, giderek tüketici sözleşmelerine yayılan, Tüketici-

Değişiklik kayıtlarını genel olarak geçerli kabul etmek, sadece bu alandaki aşırılıkları sözleşme hukukundaki diğer örneklerine uygun şekilde sınırlayarak işçiyi korumak, iş hukukunun amaçlarına daha uygundur.

dan tüm değişiklik kayıtları geçersiz sayılacaktır. Oysa bazı ayırımlara giderek değerlendirme yapmanın daha doğru olacağı pek çok somut durum bulunmaktadır. Özellikle toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan değişiklik kayıtlarını geçersiz saymak, toplu iş sözleşmesi özerkliğine yerinde olmayan bir müdahale olacak, iş hukukunun ana ilkelerine ters düşecektir. Sonuç olarak, değişiklik kayıtlarını genel olarak geçerli kabul etmek, sadece bu alandaki aşırılıkları sözleşme hukukundaki diğer örneklerine uygun şekilde sınırlayarak işçiyi korumak, iş hukukunun amaçlarına daha uygundur.

III. GENEL OLARAK İÇERİK DENETİMİ

1. KAVRAM

Öğretide ve bazı Yargıtay kararlarında, değişiklik kayıtlarına dayanan yetkinin dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun kullanılmak zorunda olduğu kabul edilmekte, ayrıca saklı tutma kayıtlarının bile işverene ancak objektif sebeplere dayalı, ciddi

nin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) ile mevzuatımıza giren ve yeni Borçlar Kanunu Taslağı'nda da yer alan içerik denetimi¹⁷, sözleşme içeriğinin bir anlamda "yerindeliliğini, doğruluğunu" sağlamaya yöneliktir.

İçerik denetimine başvurmanın iki temel koşulu bulunmaktadır:

- 1) Bir tarafın sözleşme içeriğine etki etme olanağı bulunmaması sonucu sözleşme hükümlerinin diğer tarafça tek yanlı dikte edilmesi.
- 2) Dikte edilen bu hükümlerle sözleşmedeki hak ve borç dengesinin önemli ölçüde bozulması suretiyle diğer tarafa zarar verilmesi.

Bu denetim ile sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekçesi "sözleşmelerin doğruluk güvencesi" kavramı ile açıklanabilir. Doğruluk güvencesi, sözleşme içeriğinin her iki tarafın da iradesine ve tercihlerine uygun olması, bir tarafın bencil isteklerinin, diğer tarafın karşıt menfaatleri ile düzeltilmesi sayesinde ortaya çıkar. Sözleşme ve sözleşme özgürlüğü böylece tarafların keyfi iradelerinin gerçekleşmesinden öte bir anlam taşımakta, sözleşme ile taraflar çatışan menfaatlerini doğru ve adil bir dü-

zenlemeye kavuşturabilmektedirler. Doğru sözleşme içeriği, adalet ve toplumsal yaşamın gerekleri bakımından amaca uygunluk gereklerini taşımak yanında, tarafların doğru ve yerinde olan bakımından sübjektif değerlendirmelerine de uygun olmak anlamındadır¹⁸. Bu güvence, sözleşme hükümlerinin müzakere edilmesi sayesinde doğmaktadır. Karşıt menfaatleri arasında ya taraflar karşılıklı ödümlerle bir denge kuracak ve sözleşme yapacaklardır ki, bu durumda doğruluk güvencesi sağlanmaktadır, ya da menfaat dengesi sağlanamaz ve böylece uzlaşma sağlanamadığından doğru, adil olmayan bir sözleşme de yapılmamış olur.

Tarafların bir hukuki ilişkide sözleşme yapmaktan kaçınma olanağının ortadan kalktığı, sözleşmenin diğer tarafa tâbi olmak halini aldığı durumlarda ise bir doğruluk güvencesinin olacağı söylenemez. Rekabet gereklerinin işlemediği, bir tarafın diğerine bağımlı ve muhtaç hale geldiği, sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğru değerlendirme şansının kural olarak bulunmadığı durumlarda, sözleşme mekanizmasının sözleşme adaletini gerçekleştirmeye yarayan en önemli unsuru olan, pazarlık ve çatışan menfaatlerin karşılıklı ödümlerle dengelenmesi ortadan kalkar¹⁹. Bu durumda bireyin kendi iradesi ile sözleşme içeriğini karşı tarafla birlikte belirlemesinin yerini, tek bir tarafın sözleşme içeriğini dikte edebilmesi (Fremdbestimmung) alır. Sözleşme özgürlüğü, karşı tarafın isteklerini kabul ettirmesine yarayan bir araç haline gelir ve doğruluk güvencesi kaybolur²⁰. İçerik denetimi bu noktada doğruluk güvencesini kurmaya yarayan bir araçtır: Tarafların iç denetiminin tipik olarak işlememesinin yarattığı boşluk, dışardan bir geçerlilik denetimi ile doldurulmakta, sözleşme içeriğinin belirlenmesinde bir tarafın tek yanlı olarak kendi menfaatlerini dikte edebilme olanağı, diğer taraf menfaatlerinin dikkate alınması ile sınırlanmaktadır²¹.

2. İŞ SÖZLEŞMESİNDE DOĞRULUK GÜVENCESİ

Önceden, tek yanlı olarak hazırlanan ve karşı tarafın içeriğine etki edemediği sözleşme hükümlerinin tipik örneği genel işlem şartları ve genel iş koşullarıdır. Sadece iş sözleşmesinde işçi için değil, arabasını bir otoparka bırakan, bankadan kredi alan veya bir sigorta sözleşmesi imzalayan herkes için genel işlem şartları aynı sonucu doğurur-

lar: İşletmeciye bu sözleşmelerde istediği değişikliği yapabilme ve her türlü sorumluluktan kurtulabilme yetkisi tanıyan sözleşme hükümlerinin, genellikle okuyup anlamadan kabul edildiği bir gerçektir. Daha da önemlisi ise, aleyhe genel işlem şartlarını müzakere konusu yapıp sözleşme yapmaktan kaçınmanın faydasız olmasıdır. Çünkü aynı alanda faaliyet gösteren tüm işletmelerin sözleşmelerinde de aynı hükümler yer almaktadır. Genel işlem şartlarının iş sözleşmesinde karşılığını oluşturan genel iş koşulları da tek taraflıdır; karşı tarafa olduğu gibi kabul etmek ve imzalamak üzere sunulurlar. Tek yanlı hazırlanan sözleşme hükümlerinin, karşı tarafça tartışma konusu yapılamadığı, sözleşmenin yapılmasına olan ihtiyaç nedeni ile aleyhe hükümlerin değiştirilmesinin istenemediği durumlarda, bu durumun kötüye kullanılma olasılığı arttığı gibi, doğruluk güvencesinin kaldığı da söylenemez. Bu nedenle standart (tip) iş sözleşmeleri, işyeri yönetmelikleri ve işyeri uygulamalarındaki değişiklik kayıtlarının her durumda içerik denetimine tâbi tutulmaları zorunludur²².

Bunun da ötesinde, işverence önceden ve tek yanlı hazırlanan tüm sözleşme hükümleri de içerik denetimine tâbi olmalıdır. İşçi açısından konuya yaklaşıldığında, bir sözleşme kaydının teknik anlamda genel iş koşulu olup olmadığının hiç bir farkı yoktur²³. Geçimini sağlamak için işe girmek zorunda olan işçi, sözleşme içeriğinde kendi aleyhine kayıtlar üzerinde pazarlık edebilmek, bu kayıtları değiştirebilmek olanağından yoksundur. “Ne iş olsa yaparım” cümlesi, aynı zamanda “ne sözleşme içeriği ile olsa yaparım” anlamına da gelmektedir. Nitelikli bir işçi bile, daha çok ücret konusunda pazarlık edecek, yan koşullar üzerinde bir pazarlık nadiren gerçekleşecektir. Hukuk düzenimizde iş sözleşmelerinde içerik denetiminin sadece genel iş koşulları kullanılan sözleşmelerle sınırlı kalamayacağına işaret eden düzenlemeler de mevcuttur. Belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasının objektif nedenlere bağlanması, rekabet yasağı hükümlerinin denetlenmesi, tek taraflı cezai şartın geçersizliği gibi örnekler, işçinin önceden hazırlanan sözleşme hükümlerine karşı korunma ihtiyacının sadece genel iş koşulları ile sınırlı olmadığını göstermektedir. Değişiklik kayıtları için de aynı esası benimsemek, müzakere edilmemiş, yani önceden ve tek yanlı olarak işverenin hazırladığı tüm iş sözleşme-

lerinde içerik denetimine başvurmak yerinde olacaktır²⁴.

Sadece işverenin değil, işveren sendikasının, ilgili meslek kuruluşunun veya bir avukatın hazırladığı sözleşme metni de önceden hazırlanmış kabul edilir. Müzakere edilmiş, yani işçi ile işveren arasında görüşme ve pazarlık konusu yapılmış, işçiye içeriğine etki etme olanağı tanınmış sözleşme hükümlerinde ise doğruluk güvencesi mevcuttur. İşçi aleyhine de olsalar bu tür sözleşme hükümleri denetlenemezler. Müzakere olanağının iş ilişkisinde istisnai olacağı öngörülebilirse de, her somut olayın özelliklerine göre konuya yaklaşmak, müzakere edilmiş bir sözleşme kaydını denetlemekten kaçınmak gerekir. Toplu iş sözleşmeleri ise işçi ve işveren sendikaları arasındaki toplu görüşmeler sonucunda, eşit güçteki tarafların pazarlık etmeleri ile oluşurlar. Bu nedenle toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılan değişiklik kayıtları da denetlenmezler. Konu olarak ise içerik denetimi yan edimleri ve ifa unsurlarını düzenleyen sözleşme hükümleri ile sınırlıdır. Ana edimler olan ücret ve iş görme ile bu edimler arasındaki denge içerik denetimine tâbi olmaz. Sadece ücret ve iş görme edimlerinin ifasını, “değiştirilebilirliğini” düzenleyen sözleşme hükümleri denetlenir²⁵.

3. DOGMATİK DAYANAK

Hukukumuzda iş sözleşmelerinde değişiklik kayıtlarının içerik denetimini açıkça buyuran bir yasal düzenleme bulunmamaktadır²⁶. Bununla birlikte mahkemeler yasal bir dayanak aramadan da “örtülü” bir içerik denetimi yapmaktadırlar. Yargıtay 13. HD. bazı kararlarında açıkça genel işlem şartlarında içerik denetimini gerekli görmüş, dürüstlük kuralı, BK. m. 19'daki kamu düzeni veya kanun boşluğunu doldurma üzerinden geliştirilecek bir içerik denetiminin mahkemelerin görevi olduğunu kabul etmiştir²⁷. Yargıtay 9. HD. ise, işçinin korunması ilkesi ve dürüstlük kuralını gerekçe göstererek, iş sözleşmelerini örtülü bir içerik denetimine tâbi tutmaktadır. Bunun ilk örneği, 4857 sayılı Yasa öncesinde, sözleşmelerdeki belirli süre kayıtlarının, “sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanımı” gerekçesi ile geçersiz sayılması ve zincirleme iş sözleşmelerinin önlenmesi yönündeki içtihatır²⁸. Bir diğer örnek ise, cezai şart kayıtlarının denetlenmesidir. Bu konuda hiçbir yasal düzenleme bulun-

mamasına rağmen Yargıtay, işçi aleyhine tek yanlı cezai şart kayıtlarını geçersiz saymakta, fakat eğitim gideri karşılığı sözkonusu ise farklı bir değerlendirmeye gitmektedir²⁹. İşçi aleyhine tek yanlı olarak dikte edilen cezai şart kayıtlarına müdahale etmek, haklı bir nedene dayanmayan cezai şart hükümlerini geçersiz saymak, haklı nedeni olan cezai şart kayıtlarını da bu haklı neden (eğitim gideri) ölçüsünde geçerli kabul etmenin, içerik denetiminden başka bir izahı yoktur³⁰. Başka hukuk sistemlerinde olduğu üzere ülkemizde de yasa koyucu bu gelişimi arkadan takip etmekte, içerik denetimini sonradan yasal düzenlemeye bağlamaktadır. İlk kez Sermaye Piyasası Kurulu'nun, Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği m. 47/III'de yapılan değişiklik ile içerik denetimine elverişli bir hüküm hukukumuzda girmiştir³¹. Bu düzenlemeyi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik ile öngörülen ve açık içerik denetimini öngören düzenleme izlemiştir³².

Değişiklik kayıtları ile kişisel değerleri ve ücretine yapılabilecek müdahalelere karşı işçinin, açık bir yasal düzenleme bulunmadığı gerekçesi ile sadece belirli bir mal veya hizmet edinen tüketiciden daha az korunması haklı kabul edilemez. Emredici kurallara veya ahlâka aykırılık ölçütleri üzerinden yapılan bir denetim de işçiyi korumakta yeterli olmayacaktır. Örneğin, işverenin tek yanlı kararı ile işçiyi ücretsiz izne çıkarabileceğine dair bir hükümün, emredici kurallara, ahlâka ya da kişilik haklarına aykırılığını savunmak güçtür. Taraflar arasında bu yönde bir anlaşma ahlâka aykırı görülmediğine göre, bu hakkın sözleşme ile saklı tutulması da ahlaka uygundur. İçerik denetimi yerine sadece kullanım-hakkaniyet denetimini uygulamak, değişiklik kaydının bağlayıcılığı yerine somut olaydaki değişikliği denetlemek de yetersizdir. Her şeyden önce kaydın geçerli olduğu düşüncesi ile işverenin isteğine uyan ve ücretsiz izne ayrılan işçiler bulunacak, bu işçiler için bir kullanım-hakkaniyet denetimi olmayacaktır. Bunun da ötesinde, işverene işçiyi ücretsiz izne çıkartma yetkisi tanıyan kaydı geçerli saymak ve sadece bu yetkinin doğru (!) kullanımını denetlemek, iş ilişkisinin ve iş hukukunun temel niteliklerine uygun olmaz³³. Esasen böyle bir yetkinin kullanımının denetimi de geçersizlik sonucunu verecek, sonuçta yine örtülü bir içerik denetimi yapılmış olacaktır. Genel hükümlere

göre yapılan denetim ve hakkaniyet denetiminin yetersiz kalmasından doğan bu koruma boşluğu doldurulmalı, belirli süre ve cezai şart konusunda uygulanan içerik denetimi değişiklik kayıtlarında da yapılmalıdır³⁴.

Bu durumda içerik denetimi öğretideki önerilere ve yabancı hukuk sistemlerindeki örneklerine uygun şekilde geliştirilmelidir. Edimin tek yanlı belirlenmesinde hakkaniyete uygun davranmayı buyuran BK. m. 70 hükmü³⁵ veya rekabet yasağı sözleşmelerinin içerik denetimini buyuran BK. m. 348-349 hükümlerinin genelleştirilmesi yanında, sözleşme kurumunun kötüye kullanımını yasakladığı kabul edilerek dürüstlük kuralı (MK. m. 2) da içerik denetimine dayanak olabilir³⁶. İsviçre hukukunda kabul gören ve hukukumuzda da savunulan diğer bir görüş ise, BK. m. 19'daki "kamu düzenine

her anlaşmanın kamu düzenine aykırı olduğu söylenemeyeceği gibi, iş hukukunda fazla yedek hukuk kuralı bulunmaması da dikkate alındığında, bazı ek dayanak ve ölçütler gerekli olmaktadır. Bunun için iş sözleşmelerinde doğruluk güvencesinin işlemediğini gösteren ve içerik denetimini buyuran BK. 348-349 hükümleri de tümevarım yöntemi ile genelleştirilmeye elverişlidirler. Bu hükümler uyarınca rekabet yasağı ancak belirli koşullar altında ve işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde zaman, yer ve işin türü bakımından uygun sınırlar içinde kalırsa bağlayıcıdır. Bunun garanti edilmesi için de rekabet yasağı gereklilik ve ölçülülük bakımından bir içerik denetimine tâbi olmaktadır. Bu denetim, ahlâka aykırılık ölçütüne göre değil, daha dar bir ölçüte, haksız sözleşme kayıtları

Genel hükümlere göre yapılan denetim ve hakkaniyet denetiminin yetersiz kalmasından doğan koruma boşluğu doldurulmalı, içerik denetimi değişiklik kayıtlarında da yapılmalıdır.

aykırılık" kavramına dayanarak içerik denetimini uygulamaktır. Gerçekten, maddede emredici kurallara aykırılığın ayrıca yer alması ve kamu düzenine aykırılık ifadesinin sonradan orijinal İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenmesi karşısında, kamu düzenine aykırılığın, emredici kurallara aykırılıktan daha farklı bir içeriğe sahip olduğu kabul edilmektedir³⁷. Kamu düzenine aykırılık ile amaçlanan bir bütün olarak hukuk düzenini korumaktır. Bu nedenle yedek hukuk kurallarına aykırı sözleşme hükümleri de kamu düzenine aykırı olabilirler. Çünkü yedek hukuk kuralları yasa koyucunun sözleşme için ideal olanı belirleyen değer yargısını temsil ederler³⁸. Bu kuralların yedek olmasındaki amaç, taraflara karşılıklı menfaatlerine en uygun düşen sözleşme içeriğini bulma olanağı tanımaktır; bir tarafa tek yanlı olarak kendi menfaatine en çok uyan sözleşme içeriğini belirleme olanağı tanımak değildir³⁹.

Yedek hukuk kurallarının kamu düzenine temel olan değer yargılarının ifadesi olduğu ve bu kuralardan sapan sözleşme hükümlerinin kamu düzenine aykırı olabileceği ölçütü sayesinde, içerik denetimi de daha somut bir ölçüte bağlanmış olmaktadır. Ancak yedek hukuk kurallarını bertaraf eden

rı ve genel işlem şartlarının içerik denetimi ile aynı ölçüte göre gerçekleşmektedir⁴⁰. Rekabet yasağı gibi tüm ekonomik geleceğini ve özgürlüğünü ilgilendiren bir konuda işverene karşı çıkamayan işçinin, sözleşmedeki diğer yan koşullar ve değişiklik kayıtlarını hiç pazarlık konusu yapamayacağı kabul edilmelidir. Ayrıca değişiklik kayıtları ile de işçinin temel hakları ve özgürlüklerine sonuçta rekabet yasağı ağırlığında sınırlamalar getirilmesi mümkündür. BK. 348-349 modeline göre yapılacak bir denetimde, sözleşme ile işçi aleyhine getirilen hükümlerin işverenin haklı bir menfaatine dayanması ve işçinin haklarını ölçüsüz şekilde sınırlamaması aranacaktır⁴¹. İş sözleşmesindeki bir kaydın kamu düzenine aykırılığını denetlerken bu ilkeyi ölçü olarak kullanmak, haklı bir neden olmadan işçinin hak ve menfaatlerini sınırlayan ve aşırıya kaçan kayıtların kamu düzenine aykırı olduğunu kabul etmek mümkündür.

4. YAPTIRIM

Yanıtlanması gereken diğer bir soru ise, içerik denetimi sonucu uygulanacak yaptırımın ne olacaktır. Borçlar Hukuku'nun ilkelerine uygun olarak bu soruya verilecek yanıt geçersizlik ya da kısmi

İş hukukunun özellikleri dikkate alındığında önceliğin sınırlandırma yaptırımına verilmesi daha yerinde olacaktır.

geçersizliktir. İş sözleşmelerindeki kayıtlar konusunda ise Alman Federal İş Mahkemesi farklı bir yaptırım uygulamıştır: Sınırlandırma veya geçerliliği koruyucu sınırlama (geltungserhaltende Reduktion)⁴². Sınırlandırma, hâkimin haksız bir sözleşme kaydının geçersizliğine karar vermek yerine, kaydın içeriğini hakkaniyete uygun sınırlar içine çekmesidir. Böylece aşırıya kaçan, işçinin menfaatlerini önemli ölçüde ihlal eden kayıtlar, yasal düzenlemeden veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borç dengesine uygun hale getirileceklerdir. Sınırlandırma yaptırımının yasayla öngörülmuş tipik örneği cezai şartın tenkisidir (BK. 161). İş hukukunda ise rekabet yasağı sözleşmesinin bağlayıcılığına dair BK. 349 bu yaptırımı öngörmektedir. Burada hâkime sözleşmeye müdahale imkânı örtülü bir şekilde tanınmış, onun takdir hakkını kullanarak sözleşme içeriğini yasa koyucu tarafından öngörülen sınırlar içine çekmesi istenmiştir. Rekabet yasağının hakkaniyet sınırlarını aşması onun butlanı sonucunu vermeyecek, hâkim halin icabına göre aşırıya kaçan bir rekabet yasağını, hakkaniyetle bağdaşan bir sınır getirecektir⁴³.

İş hukukunun özellikleri dikkate alındığında önceliğin sınırlandırma yaptırımına verilmesi daha yerinde olacaktır⁴⁴. Ani edimli borç ilişkilerinin aksine iş sözleşmesinde, bir sözleşme kaydını geçersiz kılmak yerine, sözleşme ilişkisinin devamlılığına hizmet edecek şekilde karşılıklı menfaatleri dengelemek hukuki ilişkinin niteliğine daha uygun düşecektir. Örneğin eşit davranma ilkesine aykırı bir sözleşme kaydının geçersizliği ve işçilerin kötü olanda eşitlenmesi değil, ayrıma tâbi tutulan işçinin de uygun bir talep hakkı ile diğer işçilerle aynı duruma gelmesi yeğlenmektedir⁴⁵. İş ilişkisinde sonradan sözleşme değişikliğine gitmenin ve geçersiz kaydın yerine yeni bir sözleşme kaydı koymanın güçlüğü karşısında, sınırlandırma yaptırımı menfaat dengesine de daha uygundur. Ayrıca işlem temelinin çöktüğünün kabul edildiği durumlarda bile artık geçersizlikten ziyade uyarılama yap-

tırımını yeğleyen, hâkimin sözleşmeye müdahalesini eskisi kadar yasaklamayan özel hukuktaki gelişmelere uygun yaptırımın sınırlandırma olacağı da söylenebilir⁴⁶.

Bununla birlikte, geçersizlik yaptırımını tümüyle dışlamak da, işverenlerin sözleşmeyi hazırlarken özenli davranmaması sonucunu vereceğinden zararlı olacaktır. Ayrıca rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerlilik şartlarına uyulmaması halinde olduğu gibi, bir sözleşme hükmünün tamamen geçersiz olmasının daha yerinde olacağı durumlar mevcuttur. Özellikle işçinin temel haklarını rekabet yasağında olduğu gibi sınırlayan bir sözleşme kaydı geçersizlik yaptırımı ile karşılaşmalıdır. İşverene tek tarafı olarak işçinin çalışma süresi ve ücretini sınırlama, onu ücretsiz izne çıkartma hakkı tanıyan bir kaydın da sınırlandırılması düşünülemez; böyle bir kayıt geçersiz olmalıdır. Bu nedenle tek bir yaptırım yerine, hem geçersizliğin hem de sınırlandırmanın, tüm iş sözleşmesi kayıtlarında uygulanması yerindedir. Bir sözleşme kaydının "gerekli" olmasının yaptırımı geçersizlik, "ölçülü" olmamasının yaptırımı ise sınırlandırma olmalı; müdahale edilen hak ve menfaatin niteliğine göre de yaptırım farklılaşabilmelidir. Kural olarak hâkim öncelikle sözleşme kaydını sınırlandırarak ayakta tutma çözümünü yeğlemeli, ancak kaydın konusu bakımından sınırlandırılması mümkün değilse veya sınırlandırılmış hali bile menfaat dengesini kuramıyorsa, o zaman kaydın geçersizliğine hükmetmelidir⁴⁷.

Değişiklik kayıtları konusundaki uyumsuzluklar, asıl olarak işçinin bu kayda uygun davranmaması üzerine gerçekleşen fesih durumunda çıkacak, fesih geçerli veya haklı neden denetimini yapan hâkim, öncelikle kaydın içerik denetimini yapacaktır. Bu durumda kaydın sınırlandırılması mümkünse ve bu sınırlandırma sonucu ulaşılan içerik bakımından işçinin davranışı yerinde ise, işçi lehine davanın sonuçlanması gerekecektir. Fakat işçinin iş sözleşmesi halen devam ederken de bir sözleşme kaydının haksızlığının tespitinde menfaati bulunmaktadır. Kayda dayanan bir işveren talimatı üzerine veya henüz işveren kayda dayanan hakkı kullanmadan da bu tespit yapılabilir. İşçinin bu yönde açacağı tespit davası üzerine mahkeme, iş sözleşmesi kaydını denetleyecek, haksız bulursa önce kaydı sınırlandırarak ayakta tutmayı deneye-

cek, ancak bu mümkün olmazsa kaydın geçersizliğine karar verecektir. Böylece haksız değişiklik kaydına dayanan yetkinin kullanılması önlenilecektir.

IV. DEĞİŞİKLİK KAYITLARINDA İÇERİK DENETİMİ

1. MENFAAT DENGESİ VE DENETİM ÖLÇÜTÜ

Değişiklik kaydı ile işçi sözleşmenin belirliliğinden ve bir sözleşme koşulunu müzakere etmekten feragat etmekte, işverene bir çalışma koşulunu belirlemek ve değiştirmek yetkisini tanıyarak tâbi olmaktadır. Değişiklik yetkisinin bir tarafa bırakılması ile borç ilişkisinin yapısında önemli bir değişiklik ortaya çıkmaktadır: Çalışma koşullarından biri veya bir kaç, karşılıklı müzakereler ile belirlenmemekte, tarafların ortak iradesi ve menfaat dengesini yansıtan bir düzenleme olmamaktadır. İki taraflı müzakereler ve tarafların sözleşme içeriğine birlikte etki etmesi ile oluşan çalışma koşullarının yerini, işverenin tek yanlı kararı ile oluşan çalışma koşulları almaktadır. Edimi belirleme yetkisi kendisine tanınan işveren, tek yanlı olarak menfaatlerini dikte etme olanağını en geniş şekli ile elde etmekte, doğruluk güvencesi ortadan kalkmaktadır⁴⁸. Ancak tüm sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi iş sözleşmesinde de değişiklik kayıtlarının meşru bir alanı olduğu kabul edilmelidir: Sözleşme kurulurken gelecekteki tüm değişimleri öngörüp buna göre bir sözleşme yapmak olanaksız olduğu için, sürekli borç ilişkilerinde başlangıçta öngörülemeyen gelişmelere uyum sağlamak olanağının öngörülmesi doğaldır. Özellikle iş ilişkisinin tâbi olduğu koşullar sürekli ve hızlı bir şekilde değiştiğinden, iş sözleşmesinin önceden öngörülemeyen değişimlere çabuk ve kolay uyum sağlayacak şekilde esnek şekillendirilmesinde işverenin haklı bir menfaatinin olduğu kabul edilmelidir⁴⁹. Çalışma koşullarını değiştirmek için işverenin işçi ile uzun pazarlıklara girişmesi ve toplu değişikliklerde tüm işçilerin rızasını araması nedeni ile değişikliğin zamanında yapılmamasının zararlı sonuçları olabilir. Bu nedenle olası değişikliklere hızlı ve kolay uyum sağlanması için gerekli olan, işverenin haklı bir menfaatine dayanan ve işçinin menfaatlerini aşırı ölçüde sınırlamayan değişiklik kayıtları geçerli kabul edilmelidir. İçerik de-

İşverenin haklı bir menfaatine dayanan ve işçinin menfaatlerini aşırı ölçüde sınırlamayan değişiklik kayıtları geçerli kabul edilmelidir.

netiminde bu durum gözetilerek, değişiklik kayıtlarına öncelikle amacın gerektirdiği, yani baştan öngörülemeyen değişimlere uyum için gerekli olduğu ölçüde izin verilmelidir. Bu konudaki ikinci ve asıl önemli sınırlama ise, sözleşmenin konusu ve amacına göre işverene ait olan risklerin, değişiklik kayıtları ile dürüstlük kuralına aykırı şekilde işçiye yüklenmesinin önüne geçilmesidir⁵⁰. İş sözleşmesinin doğasına uygun hak ve borç dengesi, işletme riski ve ekonomik riskin işverene ait olmasını gerektirmektedir. İşverene bu riskleri işçiye yüklemek olanağı veren değişiklik kayıtlarının daha ağır bir denetime tâbi tutulması bu nedenle zorunludur.

Fakat bu genel sınırlamalar yanında, somut olayda hâkime yol gösterecek objektif denetim ölçütleri de geliştirilmelidir. Zira içerik denetimi bir hakkaniyet denetimi değildir; ölçütleri hâkimin takdirine göre belirlenmez. İş sözleşmesinde içerik denetimi için bu objektif ölçütlerin belirlenmesinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönetmeliği'nin (TSHŞY) ilgili maddelerini kıyasen uygulanmak yerinde olacaktır. Bunun ilk nedeni, bu düzenlemelerin AB hukukuna uygun ve en modern düzenlemeler olmalarıdır. İkinci neden ise, "sosyal özel hukuk" olarak da adlandırılan tüketici hukukunun iş hukukuna, tüketici ile işçinin sözleşme ilişkisine girerkenki konumlarının da birbirlerine benzerliğidir⁵¹. Böylece yasal ölçütleri ve örnekleri bulunan, mahkemelerin bilgi sahibi olduğu, AB hukuku ve yabancı hukuklarda uzun süredir uygulandığı için ilke ve esasları belirli bir denetim modelini iş hukukunda da kurmak ve geliştirmek mümkündür. Tüketici hukukunda yasa ile içerik denetiminin ölçütü olarak düzenlenen ve iş hukukunda da uygulanabilecek ilkeler şunlardır: Sözleşme koşulları hazırlanırken uyulması zorunlu "açıklık" ilkesi, genel olarak tarafların hak ve yükümlülüklerinde işçi aleyhine "önemli bir denge-sizlik doğurmak" ölçütü ve değişiklik kayıtlarına özgü olarak da, "önceden belirlenmiş önemli se-

bepler bulunmadan tek yanlı değiştirme yetkisi tanıyan kayıtların” haksız olduğu ilkesi⁵². Terim olarak da tüketici hukukundaki terminolojiyi kullanmak, bu ölçütlere uymayan değişiklik kayıtlarının “haksız” olduklarını söylemek mümkündür.

2. AÇIKLIK İLKESİNE AYKIRILIK

Açıklık, şeffaflık ya da saydamlık ilkesi, açık ve anlaşılabilir şekilde ifade edilmemiş, içeriğinin karşı tarafça anlaşılmasını engellemek ve bu şekilde haksızlığını gizlemek amacıyla hizmet ettiği şüphesini doğuran sözleşme kayıtlarını engellemek amacıyla yöneliktir. Açık ve anlaşılır olmayan bir kayıtla işçinin sözleşmeyi doğru değerlendirme olanağı kısıtlanmakta, sözleşmenin veya kaydın kendi yararına olup olmadığı konusunda yanıltılmaktadır. Açık ve anlaşılır olmayan kaydın işçiye verdiği asıl zarar ise daha sonra uyuşmazlığın çıktığı aşamada olacaktır: İşveren, işçinin anlam ve sonuçlarını bilmediği bu kayda dayanarak onun itiraz etmeden, hakkını aramadan tek yanlı değişikliğe uygun davranmasını sağlayabilecek, işçi haklarını kullanmaktan çekinecektir⁵³. Bunun önlenmesi için sözleşme kayıtlarını hazırlayan işveren, bu kayıtların rahat okunabilen, doğru, açık ve mümkün olduğunca net olmasına dikkat etmeli, aksi takdirde sözleşme kaydının geçersizliği yaptırımı ile karşılaşabileceğini bilmelidir⁵⁴.

Değişiklik kaydının açıklık ilkesine uygun olduğunun kabul edilebilmesi için kaydın her şeyden önce sistematik olarak sözleşmenin doğru bölümünde yer alması aranmalıdır. Örneğin ücret değişikliği ile ilgili bir kaydın “diğer hükümler” başlığı altında en sonlarda yer alması halinde açıklık ilkesine uygun davranıldığı kabul edilemez. Ayrıca değişikliğin kapsam ve boyutu da tereddüt yaratmayacak şekilde belirtilmelidir. İşçinin değişikliğin ne şekilde ve hangi ölçüde olabileceğini, örneğin işverenin onu şehir veya yurt dışına nakledebileceğini değişiklik kaydından açıkça anlayabilmesi zorunludur. Fakat bundan daha önemlisi, değişiklik kaydının tanıdığı tek yanlı yetkinin kullanım nedenleri ve şartlarının işçi açısından anlaşılabilir olmasıdır. Değişiklik yetkisinin nedeni ve kullanım şartı bakımından hiçbir açıklama içermeyen bir kayıt, işçiyi belirsizlik ve güvensizlik içinde bırakmaktadır. İşçinin değişikliği öngörebilmesi ve kendisini bu riske hazırlayabilmesi için, çok kesin ve

açık olmasa bile, imkân ölçüsünde değişikliğin nedeni ve kullanım şartlarına da değişiklik kaydında yer verilmelidir⁵⁵. Değişikliğe neden olan koşulları önceden öngörmekteki güçlük karşısında işverenin bu yükümlülüğü makul ölçülerle sınırlanmalıdır. Genel olarak değişikliğin yapılmasını gerektirebilecek nedenlerden birinin örnek olarak kayıta belirtilmesi veya değişikliğin örneğin, “haklı, geçerli, objektif, esaslı veya önemli” bir nedenle yapılmasının öngörülmesi de yeterli sayılmalıdır⁵⁶.

3. HAK VE BORÇ DENGESİNİ İHLAL

Haksız değişiklik kayıtlarının belirlenmesinde temel ölçüt, “ tarafların hak ve yükümlülüklerinde dengesizlik” olmaktadır. Bir “dengesizliğin” kabulü için önce tarafların sözleşme ilişkisinde hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu ve bunların dengeli dağılımı, yani “hak ve borç dengesi”nin belirlenmesi gerekir. Hak ve borç dengesi sözleşme tarafının ilgili sözleşme kaydı olmasaydı bulunacağı hukuki duruma göre belirlenir. Sözleşme kaydı ile bu kayıt olmasaydı geçerli olacak hukuki sonuç ile karşılaştırıldığında karşı tarafın aleyhine bir hukuki durum yaratılmış olmalıdır. Bu belirlemeyi hâkim kendi takdirine değil, yasa koyucunun takdirine göre yapacak, emredici ve yedek hukuk kuralları öncelikli olmak üzere, hukukun genel ilkeleri ve içtihatlardan yararlanacak, denetim konusu sözleşmeye ve kayda özgü ya da hukuki ilişkinin benzerliği nedeni ile kıyasen uygulanabilecek normları belirleyecektir. Bu şekilde belirlenen hak ve borç dengesini bozan sözleşme hükümlerinin belirlenmesi için ise iki ölçüt kabul edilmektedir⁵⁷: Bunlardan birincisi, “yasal düzenlemeye aykırı olma” ilkesidir. Bu ilke özellikle yedek hukuk kurallarını işçi aleyhine bertaraf eden, yedek kurallardan farklı bir düzenleme getiren sözleşme kayıtları için geçerli bir denetim ölçütüdür ve kamu düzenine aykırılık esasına göre denetim yapılmasının doğrudan sonucudur. Yedek hukuk kurallarında dengeli menfaat dağılımının nasıl olması gerektiğine dair bir değer ölçütü bulunduğu kabul edildiğinden, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülük dengesini yedek hukuk kurallarına göre belirlemek gerçekten mümkündür. İş hukukunda içerik denetimi için kullanılmaya ve genelleştirilmeye elverişli iki yasal düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu m. 14’de çağrı üzerine çalışma konusunda yer al-

maktadır. Burada önemli olan Alman hukukunda daha açık ifade edildiği üzere “yasanın temel fikrinden” sapan bir sözleşme kaydına yer verilmiş olmasıdır (BGB 307/II). Yasanın temel fikri ise, tarafların menfaatlerini özellikle de yasa koyucunun korunmaya değer gördüğü menfaati açığa vuran, kuralın doğrudan uygulanma alanını aşarak geliştirilmeye elverişli olarak görülebilecek değer yargısıdır⁵⁸. Bu değer yargısının belirlenmesinde emredici kurallardan çıkan ilkeler de yorum yolu ile etkili olabilirler. Örneğin, işçi ve işveren için farklı bildirim süreleri kararlaştırılmasını yasaklayan BK. 340/III hükmünden, işçinin fesih hakkını kullanım bakımından daha ağır bir duruma düşmesinin önlenmesi ilkesi çıkmaktadır. Bu ilkeye dayanarak, iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde sadece işçinin cezai şart ödeyeceğine dair sözleşme hükümlerinin de geçersiz sayılması sonucunun çıkartılması, bu yönüde dayalı olarak içerik denetiminin tipik bir örneğidir⁵⁹. Borçlar Kanunu’nun hizmet akdine dair kısmındaki çeşitli hükümler de yedek hukuk kuralı niteliğinde olduklarından içerik denetiminde kullanılmaya elverişlidirler.

İkinci ölçüt ise, “sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borçları sözleşme amacını tehlikeye düşürecek şekilde sınırlamamak” ilkesidir⁶⁰. Özellikle yedek hukuk kurallarının bulunmadığı sözleşme ilişkileri ve konularda işlevsel hale gelen bu ölçüt de, ilgili sözleşme için geçerli emredici kurallar, içtihat ve hukuki ilkelere dayanarak sözleşmeden kaynaklanan en uygun, en adil hak ve borç dağılımının nasıl olması gerektiğini belirler. Bu ölçütün belki en önemli uygulanma alanı ise, sözleşme ilişkisinden doğan risklerin dağılımıdır. Bir tarafın sözleşmenin doğası gereği üstlendiği riski, bir sözleşme kaydı ile diğer tarafa yüklemesi ve bu şekilde menfaat dengesini bozması sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borç dengesini ihlal edecektir. Bu durumun tespiti için hâkimin yapacağı ilk işlem, sözleşmenin doğasına en uygun, en adil hak ve borç dağılımını belirlemektir. Bunu belirlerken hâkim, sözleşmeyle ilgili özel yasal düzenlemelerden, genel ilkelerden ve içtihatlardan yararlanacaktır. Bunların yanında en uygun, en adil, serbest müzakere sonucu oluşacak olan menfaat dengesi sözleşmenin amacına göre belirlenecek, tarafların bu sözleşme ilişkisinden bek-

lentileri ve menfaatleri sözleşmenin amacına göre ortaya çıkacaktır⁶¹. Sözleşmenin amacı bir bakıma sözleşmenin ekonomik hedefine göre belirlenebilir: Bir tarafın sözleşme ile ulaşmak istediği ekonomik hedefine ulaşması kısmen de olsa engelleniyor ve sınırlanıyorsa veya sözleşmeden doğan ve onun hâkimiyet alanında olmayan riskler ona yüklenerek bu hedef ciddi şekilde tehlikeye sokuluyorsa, sözleşmenin amacını tehlikeye sokacak şekilde hak ve borç dengesini bozan bir sözleşme hükmü söz konusudur⁶². İşveren temerrüdüne dair BK. m. 325 hem yedek kural hem de iş sözleşmesinde risk dağılımını belirleyen bir hüküm olarak değişiklik kayıtlarının denetiminde özel bir önem taşımaktadır⁶³. İş ilişkisinde işverene ait işletme riskini işçiye yıkan değişiklik kayıtlarının bu hükümdeki değer yargısına aykırılık nedeni ile sözleşmedeki hak ve borç dengesini ihlal ettikleri söylenebilir⁶⁴.

4. ÖNEMLİ İHLAL; MENFAATLERİN DENGELENMESİ

Açık ve anlaşılır olmayan kayıtlarla, sözleşmeden doğan hak ve borç dengesini bozan kayıtların, bu kayıt olmasa geçerli olacak hukuki sonuçtan ayrıldıkları ve işçi aleyhine haksız bir şartın bulunduğu karine olarak kabul edilir. Fakat bu karinenin çürütülmesi de mümkündür⁶⁵. Her şeyden önce, hak ve borç dengesini bozan değişiklik kayıtlarının, karşı tarafı yani işçiyi mağdur etmesi, onun zararına olması aranacaktır. Ayrıca hak ve borç dengesine aykırılığın “önemli” olması, yani “işçi aleyhine önemli” dengesizlik aranmalıdır. Önemli dengesizlik, kayıt ile aşırıya kaçılmış, makul ölçünün aşılmış olması anlamına gelmektedir. Bu durum da tarafların karşılıklı çatışan menfaatlerinin mukayese edilmesi ile belirlenir ve bu şekilde bir menfaat dengesi kurulmaya çalışılır (Interessenabwägung). İşçinin hukuken tanınmış menfaatlerine, işverenin haklı menfaatleri gerektirmediği halde zarar veren ve eş değerde menfaatlerle telafi de edilmeyen değişiklik kayıtlarının menfaat dengesini önemli ölçüde bozdukları, haksız oldukları kabul edilir⁶⁶. İçerik denetiminin amacı, sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmak değil, sadece bu özgürlüğün kötüye kullanılmasını önlemek, tek yanlı aşırılıkları gidermektir. Bunun ötesinde en yerinde, en adil sözleşme içeriğini sağlamak, işçinin menfaatine en uygun sözleşme içeriğine ulaşmak gibi bir

Önemli dengesizliğin belirlenmesinde, sübjektif olarak işçi ve işverenin menfaatleri değil, ilgili sözleşme kaydına muhatap olan ve olabilecek aynı durumdaki işçi ve işverenlerin iş ilişkisi ve iş piyasasıyla ilgili tipik menfaatleri dikkate alınır.

amaç sözkonusu değildir⁶⁷. İçerik denetimi ile yedek hukuk kurallarına mutlak bağlayıcı bir nitelik kazandırmak, yedek kurallardan her türlü sapmayı önlemek de sözkonusu olamaz. Bu nedenle sözleşmede menfaat dengesini “önemli” ölçüde bozmayan, hak ve borç dağılımında “önemli” bir dengesizliğe neden olmayan sözleşme kayıtları, sırf yedek hukuk kurallarından sapıldığı ve işçinin aleyhine oldukları gerekçesi ile geçersiz sayılamazlar. Objektif bir nedene dayanan, işverenin haklı bir menfaatini koruyan ve aşırıya kaçmayan sözleşme kayıtlarının haksız olduğu söylenemez⁶⁸.

Önemli dengesizliğin belirlenmesinde, sübjektif olarak işçi ve işverenin menfaatleri değil, ilgili sözleşme kaydına muhatap olan ve olabilecek aynı durumdaki işçi ve işverenlerin iş ilişkisi ve iş piyasasıyla ilgili tipik menfaatleri dikkate alınır. Bu tipik menfaatleri belirleyen ilk ölçüt, sözleşmenin türü ve süresidir. Uzun zamana yayılan iş ilişkilerinde geleceğe dönük belirsizlik ve uyum ihtiyacı daha fazla olduğundan değişiklik kayıtlarına başvurmak haklı görülebilir. Kısa süreye yayılan bir belirli süreli iş sözleşmesi için ise aynı şeyi savunmak güçtür. Kısmi süreli iş sözleşmelerinde, işçinin başka işlerde de çalışmasını engelleyen kayıtlara, tam süreli iş ilişkilerindekinden farklı yaklaşılması da sözleşme türüne göre farklı değerlendirmenin bir örneğidir⁶⁹. İşçinin işyerindeki konumu ve işverenle güven ilişkisi de değerlendirmede dikkate alınmalı, özellikle üst düzey işveren vekillerinin çalışma koşullarında değişikliğe farklı yaklaşılmalıdır. Değişiklik kayıtları ile işveren bir yandan yönetim yetkisini tanıdığı işçilerin onun menfaatine uygun davranmasını sağlamakta, diğer yandan da gereğinde yönetim yetkilerini kendisine alabilmek-

te veya güvendiği başka bir işçiye devredebilmektedir. Bu nedenle işveren yetkilerini kullanan işçilerin görev ve yetkilerini değiştirme yetkisi veren kayıtlar, aşırıya kaçmadıkça haklı kabul edilmelidir. Aynı durum ücretle ilgili değişiklik kayıtlarında da sözkonusudur: İşletmeyi yönetmek ve ekonomik başarıyı belirlemede geniş ölçüde etkisi bulunan bir işçi bakımından ekonomik riskin tamamen işverene ait olduğu söylenemez⁷⁰. Özellikle bir proje ya da sorumlulukla bağlantılı olarak, yönetici konumundaki çalışanların iş türü ya da ücretlerinin belirli sürelerle veya koşullara bağlanmasına daha esnek yaklaşılması yerindedir⁷¹. Bunun yanında ücretle ilgili bazı kayıtların, işçinin motive edilmesi, işçinin üretime yönelik titizlik ve dikkatinin sağlanması gibi haklı menfaatlere yöneldiği de dikkate alınmalıdır⁷². Değişiklik kaydında işverenin haklı ve ağır basan bir menfaati olup olmadığının belirlenebilmesi için, işverenin özelliklerini de dikkate almak yerinde olacaktır. Örneğin, küçük işletmelerin büyük işletmelere göre daha fazla korunması gerektiği kabul edilebilir. Genellikle az sayıda işçi ve sınırlı kaynakla çalışan bir işletme için çalışma koşullarında değişiklik hakkının saklı tutulması daha önemli olacaktır.

İşverenden kaynaklanan haklı nedenler yanında, başka unsurlar da değişiklik kayıtlarının haklı kabul edilmesini gerektirebilir. Değişiklik yetkisinin işçi lehine bazı sınırlamalar içermesi örneğin kullanımının belirli objektif koşullara bağlanmış olması, işçinin menfaatlerinin de gözetildiği sonucunu verebilir. Aynı sonuç evleviyetle değişiklik hakkını işçiye tanıyan kayıtlar için söz konusudur. Örneğin, işçiye sözleşme ile toplam çalışma veya işin başlangıç ve bitiş saatlerini seçme ya da değiştirme olanağı tanınmış ise, kayan iş süreleri, job-sharing, evde çalışma veya tele çalışma ilişkileri ile çalışma süresi bakımından işçiye bir özerklik tanınmış ise, haksız bir sözleşme kaydından söz edilemez. İşverene değişikliği yapmak bir işçi temsilciliğinden onay alma ya da onunla birlikte karar verme zorunluluğu öngörülmüş ise, yine kaydın haksız olduğu söylenemez. Normal şartlar altında haksız kabul edilecek bir değişiklik kaydını geçerli görmeyi gerektirecek diğer bir durum ise, değişiklik kaydı ile işçiye verilen zararın başka bir şekilde telafi edilmesidir. İşçinin sorumluluğu artan işlere verilmesi halinde, buna uygun bir prim de

ödeneceğinin öngörülmesi telafiye örnek olarak gösterilebilir. Telifinin aksine, kendi başına haklı görülebilecek bir kaydın, başka bir sözleşme hükmü ile bir araya gelince haksız kabul edilmesi de sözkonusu olabilir. Bu nedenle değişiklik kayıtları, sözleşmenin bütünlüğü içinde değerlendirilmelidirler⁷³.

Değişiklik kayıtlarını haksız kabul etmeyi gerektirecek bir diğer durum ise, değişiklik kaydı ile işçinin temel haklarına müdahale edilmesidir. Özellikle haksız olduğu kabul edilecek ve dikkatle denetlenmesi gereken değişiklik kayıtları ise, ücret ve iş görme edimleri arasındaki dengeyi bozan, işverene kendi edim borcunu sınırlama olanağı tanıyan kayıtlardır. Edimi tek yanlı belirleme hakkının sınırı, borç ilişkisini bozup yeni bir borç ilişkisi kurmak suretiyle yenileme düzeyine ulaşmak olduğundan, edim-karşı edim dengesini bozarak adeta yeni bir sözleşme kurma yetkisi işverene tanınmaz. İşçinin edimini aynı ölçüde ifa etmesine karşılık, işverenin karşı edimi isteğine göre ayarlayabilmesi de kabul edilemez⁷⁴. İşçi aleyhine iş görme ediminde veya ücrette bu düzeye ulaşan değişiklik yapma yetkisinin işverene tanınması ancak istisnaen, örneğin iş ilişkisinin kaçınılmaz olan feshini önlemek amacı ile sınırlandırıldığında, geçici olduğunda ve denetlenebildiğinde geçerli kabul edilebilir. Bu şartlar altında bile işverene ücretin ancak belirli bir kısmı veya belirli ücret ekleri ile sınırlı bir değişiklik yetkisi tanınması kabul edilebilir⁷⁵.

5. DEĞİŞİKLİĞİN SEBEP DENETİMİ

Değişiklik kayıtlarının içerik denetiminde, diğer sözleşme hükümlerinden farklı bir ek denetimin gerekli olduğu kabul edilmekte ve bu yönde düzenlemelere gidilmektedir: Gerek açıklık ilkesine uygunluk, gerekse kural olarak meşru kabul edilen değişiklik kayıtlarına karşı bir güvence sağlanabilmesi için, değişikliğin sebebinin belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır. Değişikliğin neden ve koşullarının sözleşmede belirtilmesi ile yapılan değişikliğin bu nedenlere uygun olması, değişiklik kaydının haklı kabul edilebilmesi için zorunludur. İşverene keyfi bir değişiklik yetkisi tanınması ve hiçbir sebep göstermeden değişikliğin yapılması kabul edilemez. Hiçbir neden içermeyen değişiklik kayıtlarında bile, kaydın bir sınırlama içerdiği kabul edilmelidir. Örneğin, işverene gereğinde işçi-

nin gördüğü işi değiştirme yetkisi tanıyan bir kayıt için dahi Yargıtay isabetli olarak, “geçerli sebeple” değişikliğin yapılmış olmasını aramaktadır⁷⁶.

Değişikliğin nedeni, değişikliğin konusuna, işçiye verdiği zarara ve işverenin değişiklikten elde ettiği yarara göre değişecektir. Bu nedenle değişikliğin konusuna göre farklılaşan bir ölçüt önerilebilir. Kural olarak değişiklik kayıtlarına yer vermek için, değişiklik feshini yani feshi haklı kılacak ağırlıkta geçerli sebep gösterilmesi aranmamalıdır. Aksi takdirde değişiklik kayıtlarına yer vermekle değişiklik feshine başvurmak arasında önemli bir fark kalmazdı. Ölçülülük ilkesine uygun olarak değişiklik feshi ve fesihden daha hafif, iş güvencesi bakımından öncelikli bir müdahale olan değişiklik kayıtlarına yer verilmesi için, daha hafif nedenler yeterli olmalıdır. Bunu değişikliğin sözleşmeye etkisi de doğrulamaktadır: İş ilişkisi değişiklik kayıtları ile sona ermediğine, sadece bir çalışma koşulunun değiştirilmesi ile iş ilişkisi korunduğuna göre, değişen kısım için işverene yetki vermeyi haklı kılan bir neden gösterilmesi yeterlidir; iş ilişkisinin tamamen ortadan kaldırılmasını gerektirecek geçerli sebepler aranmaz⁷⁷. Ancak çalışma koşullarının değiştirilmesi, sözleşmenin tamamen feshi ve yeni bir sözleşme kurulması boyutuna ulaşıyorsa, sözleşmenin esaslı unsurları önemli ölçüde başkalaşıyor, hak ve borç dengesi sözleşmenin doğasına aykırı şekilde bozuluyorsa, değişiklik kaydı ile gerçekleştirilen müdahalenin daha hafif olduğu söylenemez. Değişiklik kayıtlarının meşruluğuna getirilen temel sınırlama olan, işverenin işletme riskini işçiye yüklemesinin önüne geçilmesi, bu noktada özel bir önem kazanmaktadır: Bu tür kayıtların haklı kabul edilebilmesi için, onların iş sözleşmesinin feshini önlemek amacıyla hizmet ettiklerinin kabul edilebilmesi gerekir.

6. BİR ÖRNEK: ÇALIŞMA SÜRESİNİN BELİRLENMESİ KAYDI

İçerik denetiminin her türlü değişiklik kaydında nasıl yapılacağını bu çalışmada açıklamak olanaksızdır. Fakat uygulamada rastlanan şu hüküm üzerinde bir örnek vermek mümkündür: “İşçinin bir ayda toplam kaç saat çalışacağını işveren belirler”. Bu kayıtların farklı şekillerde, örneğin asgari veya azami aylık ya da haftalık bir çalışma süresi öngörüp, bu süreyi arttırma ve azaltma yetkisini işvere-

Çalışma süresi ve ücrette esneklik konusunda en ileri giden çağrı üzerine çalışma sözleşmesinde bile işçiye bir ücret güvencesi sağlanmaktadır.

ne tanımak şeklinde formüle edilmesi de mümkündür. Çalışma süresini belirlemeyi veya değiştirmeyi işverenin takdirine bırakan bu tür kayıtların içerik denetiminde iki kural ölçüt olarak alınabilir: İşletme riskinin işverene ait olması ilkesi ile 4857 sayılı İş Kanunu m. 14 hükmü. İşletme riskinin işverene ait olmasının sonucu, işverenin işçiyi çalıştırmadığı durumlarda, kural olarak ona sözleşme ile kararlaştırılan ücretini ödemek zorunda olmasıdır. İş sözleşmesinin temelinde de buna uygun bir hak ve borç dağılımı yatmaktadır: İşverene bağımlı olarak çalışan, ona ortak veya serbest faaliyet göstermeyen işçi, ücreti aşan kazanç şansından feragat etmekte, buna karşılık zarara ortak olmak riskinden de kurtulmaktadır. Buna uygun olarak işçi belirli bir iş sonucunu değil, işverenin talimatına göre iş görmeyi borçlanmaktadır. İşçiye gördürecek iş olmaması ya da işçinin çalışmasının ekonomik olarak anlamsız olmasının riski ise işverene aittir. İşçinin çalışma süresini tamamen ihtiyaca göre belirlemek, çalışma süresini ve ücreti gereğinde sıfırlayabilmek hakkını işverene tanıyan bir kaydın, bu ilkeye uygun bir hak ve borç dengesi kurduğu söylenemez⁷⁸.

Buna karşı getirilebilecek bir itiraz, işverene işçiyi ihtiyacı olduğu kadar çalıştırma ve ücret ödeme hakkı tanıyan çağrı üzerine çalıştırma hakkının yasa ile tanınmış olmasıdır. Ancak çalışma süresi ve ücrette esneklik konusunda en ileri giden çağrı üzerine çalışma sözleşmesinde bile 4857 sayılı İş Kanunu m. 14/II ile işçiye bir ücret güvencesi sağlanmaktadır. Bu hüküm uyarınca “Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır.” Bu düzenleme bir yedek hukuk kuralı olduğundan, tarafların yirmi saatten çok veya az, isterlerse haftada bir saat çalışılacağını öngörmeleri veya aylık ya da yıllık bir toplam süre belirlemeleri mümkündür. Bunun yanında, tarafların çalışma sü-

resinin toplamını belirlemeyi ve değiştirmeyi işverene bırakmalarına da m. 14/II engel olmamaktadır. Yasa sözleşmede bir çalışma süresinin hiç bulunmaması halinde uygulanacak kuralı öngörmektedir; sözleşmede çalışma süresiyle ilgili bir hüküm varsa, m. 14 yedek hukuk kuralı olarak geri çekilmekte, uygulanmamaktadır⁷⁹. Böylece çağrı üzerine çalışan ve kendini işverenin ihtiyacına bağlayan işçiye sağlanan asgari çalıştırılma ve ücret garantisini bertaraf etmek mümkündür.

Ancak yasa koyucunun m. 14/II ile sadece sözleşme boşluğunu doldurma amacı olduğu söylenebilir. Yedek hükümlerin yasa koyucunun adil ve yerinde olan konusundaki değer yargısını yansıttıkları, kamu düzenine uygun olanı anlamamıza yaradıkları yukarıda açıklanmıştır. Yasa koyucu m. 14 ile de bir değer yargısını ifade etmiş, çağrı üzerine çalışmada işçiyi koruyacak, ona asgari gelir güvencesi sağlayacak bir düzenlemeyi uygun görmüştür. Bu hükmün emredici olmamasına dayanarak, işverene keyfi davranabilme, işçiyi asgari bir gelir güvencesinden ve kişilik değerlerinin korunmasından yoksun bırakabilme olanağı tanındığı söylenemez⁸⁰. Bu nedenle, m. 14/II'ye aykırı iş sözleşmesi kayıtları, yasa koyucunun değer yargısına ve yasal düzenlemeye, böylelikle de kamu düzenine aykırı kabul edilmelidirler. Bu durumda çağrı üzerine çalışma sözleşmesinde çalışma sürelerini belirlemeyi tamamen veya kısmen işverene bırakan kayıtlar kural olarak geçersiz olacak, oluşan sözleşme boşluğu ise m.14/II ile doldurulacaktır⁸¹.

Yasa koyucunun esnekliğe en geniş ölçüde olanak sağladığı çağrı üzerine çalışma sözleşmesinde bile, çalışma süresi ve buna bağlı ücretin belirlenmesini ararken, diğer sözleşme türlerinde çalışma süresini belirleme ve değiştirme yetkisini tamamen işverene bıraktığı kabul edilemez⁸². Aksine işletme riskinin işverene ait olması ilkesi ile birlikte İş Kanunu 14/II'den çıkan değer yargısını tüm iş sözleşmelerine uygulamak mümkündür. Bunun sonucu olarak, iş sözleşmesinde belirli bir çalışma süresi öngörülmesi zorunluluğu tüm iş sözleşmesi türlerinde geçerlidir⁸³. İşverene tam süreli bir iş ilişkisini, kısmi süreli bir iş ilişkisine dönüştürecek ölçüde yetki tanıyan bir değişiklik kaydı, edimi tek yanlı belirleme yetkisinin sınırlarını aşacaktır. Çalışma süresi ve dolayısıyla ücreti belirlemeyi hiçbir sınırlama öngörmeden tamamen veya kısmen işve-

rene bırakan bir değişiklik kaydı ise geçersizdir⁸⁴. Kısmi süreli iş sözleşmelerinde geçersiz olan hükümün yerine İş Kanunu 14/II'ye uygun olan asgari süre yani haftalık yirmi saat kararlaştırılmış kabul edilebilir⁸⁵. Tam süreli iş sözleşmelerinde ise değişiklik yetkisi yerine haftalık 45 saatlik çalışma süresi geçebileceği gibi, hâkimin oluşan boşluğu işyeri ve işin türüne göre farklı bir şekilde doldurması da düşünülebilir.

Fakat bu tür sözleşme kayıtlarının her durumda geçersiz olacağı da söylenemez. Haftalık çalışma süresi güvencesinde yasal düzenlemenin amacı, işçinin çalışma süresini hiç bilmemesini önlemek ve ona sabit bir gelir güvencesi sağlamak ile sınırlıdır. Çalışma süresinin işyerinin ihtiyacına göre değiştirilebilmesi ise hem çağrı üzerine çalışmanın temel amacı olmakta, hem de yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamasına da izin veren yasa koyucu tarafından meşru görülmektedir (İş Kanunu 63/II)⁸⁶. Bu nedenle önemli olan, haftalık kesin bir çalışma süresi belirlemek ve bu süreye mutlaka uymak değil, özellikle kısmi süreli çalışmalarda ortalama bir haftalık çalışma süresi belirlemektir. Bu ortalama süreden işletme gereklerine dayanarak, önemsiz ve geçici sapmalara izin verilebilir. Bunun yanında örneğin haftalık ortalama beş saat çalışacağı kararlaştırılan işçinin, iki aylık bir dönemde toplam haftalık çalışma süresini aşmamak kaydı ile bu sürenin haftalara dağılımı yetkisinin işverende olduğu da öngörülebilir. Ayrıca ortalama haftalık çalışma süresi yanında, yıllık veya aylık bir toplam çalışma saati belirlenmesi kaydı ile işverene bu süreyi işyerindeki ihtiyaca göre haftalara farklı yaymak yetkisi de tanınabilir⁸⁷.

V. SONUÇ

İş ilişkisinin tâbi olduğu koşullardaki sürekli değişimin ve uzun döneme yayılması arzulanan iş ilişkisindeki geleceğe dönük belirsizliğin doğal sonucu değişiklik kayıtlarıdır. Dayanağını sözleşme özgürlüğünde bulan değişiklik kayıtları, çalışma hayatımızda yeni İş Kanunu döneminde eskisinden de önemli bir rol oynayacaklardır. İşçinin korunması için sözleşme özgürlüğünü sınırlayan iş hukuku da, emredici katı düzenlemeler yerine, sözleşme hukukunun yeni araçları ile değişiklik kayıtlarına yaklaşmak, esneklik ile güvence dengesini bu alanda hukukun diğer alanları ile uyumlu bir şekil-

de kurmak zorundadır. Değişiklik kayıtlarının içerik denetimi bu zorunluluğun kaçınılmaz sonucudur. İş hukuku öğretisi ve yargısının amacı da, değişiklik kayıtlarının denetimi için mümkün olduğunca somut ölçütler geliştirmek olmalıdır. Ancak bu şekilde, hem işçinin korunmasına hem de iş sözleşmelerinin doğru hazırlanması ile uyumsuzlukların azaltılması ve hukuk güvenliğine hizmet edilebilir.

Konusuna göre farklı değerlendirme yapmak gerekli olmakla birlikte, genel olarak değişiklik kayıtlarının denetimi konusunda şu ölçütler verilebilir:

1) Şekli ölçüt olarak, değişiklik kayıtları açıklık ilkesine uygun olmalı, özellikle tek yanlı değişiklik yetkisinin konusu, kullanılma nedenleri ve kullanılacağı durumlar kayıtta yer almalıdır.

2) İçerik bakımından ise değişiklik kayıtları iki yönden sınırlanmaktadır: Birincisi bu kayıtlar amaç bakımından gerekli olmalı, hukuki ilişkinin tâbi olduğu koşullarda önceden öngörülemeyen değişikliklere uyum için gerekli olmalıdır. İkincisi, değişiklik kayıtları ile bu amaç dışında meşru olmayan başka bir amaç izlenmemeli, özellikle aslında işverene ait risklerin işçiye yüklenmemelidir.

Bu sınırlamalara uygunluğun ortaya konabilmesi için, değişiklik kaydının konusuna göre farklılaşan bir denetim yapılmalıdır: İşverenin ücret borcunu etkilemeyen bir değişiklik yetkisinin saklı tutulabilmesi için, işverenin keyfi davranmasını önleyen, objektif duruma ve değişikliğin konusuna uygun nedenler yeterlidir. Ana edimleri, özellikle işverenin ücret borcunu değiştirme olanağı sağlayan kayıtlar için ise, değişiklik feshini ve feshi haklı kılabilecek ağırlıkta nedenler gösterilmesi zorunludur.

3) Tek yanlı değişiklik yetkisi, değişiklik kaydında yer alan nedenler bulunmadıkça kullanılmalı ve bu kullanım ölçülü olmalıdır. Bu üçüncü ölçüt, asıl olarak içerik denetimini izleyen kullanım-hakkaniyet denetiminin ölçütüdür.

DİPNOTLAR

- 1 Öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları konusunda ayrıntılı bilgi için: Hozar, Sicil Haziran 2006, 82, 86 vd.
- 2 Taşkent, Yönetim Hakkı, 19; Preis, Arbeitsvertrag, 736.
- 3 Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, 31.
- 4 Soyer, Genel İş Koşulları, 161; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 79; Oğuzman, Borçlar Hukuku, 206.
- 5 Oğuzman, Borçlar Hukuku, 124.
- 6 Rieble, § 315 BGB Rn. 93.

- 7 Preis, Arbeitsvertrag, 1342; Lindemann, 31 vd.; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 262 vd.
- 8 Soyer, Genel İş, 46; Süzek, İşyeri Uygulamaları, 154.
- 9 Güzel, İş Güvencesi, 120.
- 10 Öğretide çıkartılan fıkra hükmü değişiklik kayıtlarının bir denetime tâbi olmayacakları şeklinde yorumlanmıştı. Ekmekçi, 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümleri Üzerine, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Marmaris, 25-29 Eylül 2002, 72.
- 11 Alpagut, Çimento İşv. Eylül 2004/59.
- 12 Türk Hukuk Lugatı, 185; Eren, 290.
- 13 Tek sınır geçmişe etkili değişikliktir (m. 22 f. 2).
- 14 Güzel, Oğuzman Armağanı, 83, 84; Ekonomi, Esnekleşme, 57, 63.
- 15 Yarg. 9. HD. 11.4.1988, 2824/4049, Tekstil İşveren, Ocak 1989, 15, 16; HGK 20.6.1986, 82/2073, Ulucan, İş Güvencesi, 69; Soyer: "Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi, Milli Komite 15. Yıl Armağanı, İstanbul, 1991, 263; Narmanlıoğlu, İşçinin Türkiye Genelinde İşverene Ait İşyerlerinde Çalışmasını Öngören Sözleşme Hükümünün Bağlayıcılığının Sınırı, İHU İK 16 No. 7; Ekonomi, Oğuzman Armağanı, 166; Doğan-Yenisey, Çelik Armağanı, 1175.
- 16 Fastrich, Inhaltskontrolle, 5, 6.
- 17 Taslak BK. m. 25.
- 18 Schmidt-Rimpler, Walter: Grundfragen zur Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130, 156; Larenz/Wolf, 754; Schmidt-Rimpler: Zum Vertragsproblem, FS für Ludwig Raiser, Tübingen, 1963, 3, 15; Alp, 268 vd.
- 19 Rekabetin sözleşme tarafları arasındaki dengesizliği giderici rolü konusunda: Hönn, 109, 116.
- 20 BVerfG 19.10.1993, AP Nr. 35 zu § 2 GG; Lakies, AR-Blattei, Rn. 5; Busche, 104.
- 21 Coester-Waltjen, Dagmar: Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, AcP 190 (1990), 1, 16; Rittner, Fritz: Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188, 1988, 403, 410; Habersack, 44; Fastrich, Inhaltskontrolle, 56, 60; Säcker, Gruppenautonomie, 205, 207; Soyer, Genel İş, 135 vd.; Atamer, 58.
- 22 Säcker, Allgemeine Arbeitsbedingungen 57; Soyer, Genel İş, 33 vd.; Fastrich, Inhaltskontrolle, 79, 80.
- 23 Thüsing, AR-Komm. § 611 BGB Rn. 415; Hromadka, NJW 2002, 2523, 2525.
- 24 Alp, 280 vd.
- 25 Alp, 319 vd.
- 26 Karş. Süzek, TİSK Akademi, 2006/I, 6, 21. Olması gereken hukuk anlamında Süzek de içerik denetimine taraftardır.
- 27 18.3.1996, 1996/734-2495, YKD Mayıs 1996, 746, 750 ve 2.6.1998, 1998/4263-6098, YKD Temmuz 1998, 976.
- 28 9. HD 7.5.1998, 5745/8434, Tekstil İşveren, Ocak 1999, 13, 14.
- 29 9. HD. 27.12.1999, 17469/20361, Çimento İşveren, Mart 2000, 38, 39; Karagöz, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, 96 vd.
- 30 Soyer, İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, 367. Oysa ölçütleri geliştirilen ve açıkça yapılan bir içerik denetiminde, bazı durumlarda tek yanlı cezai şartın haklı olduğunun kabul edilmesi ve geçerli sayılması da mümkün olabilirdi: Şahlanan, Fevzi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, 144; Özdemir, Erdem: "İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret", III. Yılında İş Yasası, 27, 41 vd; Karagöz, Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, 96 vd.
- 31 RG. 8.10.1998, s. 23487; Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 48, 197.
- 32 Havutçu, Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, 219, Dn. 538; Aslan, Tüketici Hukuku, 289.
- 33 Süzek, Askı, 46, 47.
- 34 İş hukukunun emredici kurallara sahip olması nedeni ile bu konuda bir boşluk olmadığı da söylenemez. Aksine iş ilişkisinde değişiklik kayıtlarına konu olan pek çok konuda emredici yasa hükümleri bulunmamakta, yan edimler ve ifa modaliteleri geniş ölçüde sözleşme özgürlüğüne bırakılmaktadır. Zöllner, RdA 1989, 152, 162; Kittner, FS Kissel, 497; Doğan-Yenisey, Tek Taraflı Müdahale, 139.
- 35 Soyer, Genel İş, 153 vd.
- 36 Alman hukukunda bu görüş kabul görmüştür.
- 37 Kramer, Ernst: Berner Kommentar Art. 19-20 OR, Rn. 156; Stockar, Conrad: Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standartverträgen nach schweizerischem Recht, Basel, Stuttgart, 1971, 61.
- 38 Larenz, AT des BGB, 5. Aufl. München, 1980, 42; Hukuk boşluklarının doldurulmasında, hukuki değerler (Rechtswerte), hukuki fikirler (Rechtsidee) ve eşyanın doğasına uygunluğun (Natur der Sache) rolü konusunda bkz. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. Berlin, 1983, 106 vd.
- 39 Larenz, AT des BGB, 42; Atamer, 295.
- 40 Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201, 241
- 41 Canaris, AcP 184 (1984), 201, 242; Soyer, Genel İş, 179; Atamer, 150.
- 42 BAG 16.3.1994, NZA 1994, 937, 943.
- 43 Soyer, Rekabet, 71, 72. Taslak BK.'nun halen geçerli BK. 349'a karşılık gelen 449. maddesinin 2. fıkrasında bu yaptırım daha açık bir şekilde belirtilmektedir: "Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir."
- 44 Hromadka, NJW 2002, 2523, 2529.
- 45 Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 219.
- 46 Dieterich, ErfK Art. 2 GG Rn. 45. Yeni Alman Medeni Yasası'nda (BGB § 313) açıkça öngörülen bu esas, Borçlar Kanunu Taslağı'nda da yer almaktadır (m. 143).
- 47 Alp, 322 vd.
- 48 Larenz, Schuldrecht, Bd. I, 9. Aufl., München, 1968, § 8 IV; Flume, Fs Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Band 1, 167, 168; Bötticher, Gestaltungsrecht Und Unterwerfung İm Privatrecht, 8, Dn. 10, 15, 17 ve Fs Dölle, 45, 51; Rieble, § 315 BGB Rn. 28.
- 49 Zöllner, RdA 1989, 152, 160; Hromadka, FS Dieterich, 251, 265; Lakies, AR-Blattei, Rn. 190, 251 vd.; Rieble, § 315 BGB Rn. 232..
- 50 Preis, Arbeitsvertrag, 122; Rieble, § 315 BGB Rn. 228
- 51 Preis, Sonderbeilage zu NZA Heft 16/2003, 19, 22; Aslan, 29, 30.
- 52 Alp, 313 vd.

- 53 Däubler/Dorndorf, 178.
- 54 Wiedemann, Rainer: Preisänderungsvorbehalte, 1991, 134, 159, 180; Baur, Jürgen F.: Vertragliche Anpassungsregelungen, 1983, 104.
- 55 Zöllner, Nza 1997, 121, 128; Henssler, SaA, 1988, 164, 165; Preis, ErfK BGB 310 Rn. 59; Lakies, Ar-Blattei, Rn. 190.
- 56 Gotthardt, AR-komm, BGB 307 Rn. 19.
- 57 BGB 307 özellikle yasal düzenlemenin temel fikrine aykırı veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan önemli hak ve borçları sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye düşürecek şekilde sınırlayan kayıtların haksız olabileceğini öngörmektedir.
- 58 Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl. AGBG § 9 Rn. 132, 133; Wolf/Horn/Ulmer, 4. Aufl. AGBG § 9 Rn. 70; Lakies, AR-Blattei, Rn. 168.
- 59 Soyer, İHD, c.3, s. 2, 306 ve Esener Armağanı, 363, 372 vd.
- 60 Atamer, 204 vd.; Preis, 302 vd.
- 61 Atamer, 207.
- 62 Lindemann, 172..
- 63 Soyer, Genel İş, 39; Stöckli, 233. Alman Hukukunda da bu hükmü karşılayan BGB 615 hükmünün emredici olmadığı kabul edilmektedir, Bkz. Richardi, Staudinger BGB 615 Rn. 9. İsviçre'de ise borçlar kanununda yapılan değişiklik ile bu hükmü karşılayan Or 324 işçi lehine nispi emredici hale getirilmiştir (Or 362).
- 64 Richardi, Staudinger BGB 615 Rn. 10; Hueck/Nipperdey I, 328; Preis, Grundfragen, 332; Krause, AR, BGB 615 Rn. 123.
- 65 Wolf/Horn/Ulmer, 4. Aufl. Agbg § 9 Rn. 61; V. Hoyningen-Huene, Inhaltskontrolle, Rn. 134, 143; Fastrich, Inhaltskontrolle, 298 Vd.
- 66 Thüsing, Arbeitsverträge, Rn. 44; Zöllner de, RdA 1989, 152, 159, işçinin aleyhine hükümlerin, işverenin meşru menfaatlerini korumak için uygun, gerekli ve ölçülü olmaları zorunluluğunu vurgulamaktadır.
- 67 Preis, Grundfragen, 298.
- 68 Fastrich, 300; Thüsing, Arbeitsverträge, Rn. 44; Zöllner, RdA 1989, 152, 159; Aslan, 291; Karş. Atamer, 212.
- 69 Kısmi süreli çalışmalarda fazla süreli ve fazla çalışmaları yasaklayan Fazla Çalışma Yönetmeliği m. 8/d ise maksadı aşan bir düzenlemedir. Çelik, 301; Süzek, İş Hukuku, 220. Aksi görüşte: Soyer, Fazla Saatler, 807, 808. Emredici düzenlemeler ile kesin yasaklar koyma yerine, esnekliğe olanak tanıyan bir içerik denetimin daha yerinde olduğu bu örnekten de anlaşılmaktadır.
- 70 BAG 14.10.1970 AP Nr. 60 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; Lindemann, 219; Preis, Grundfragen, 360.
- 71 Hanau, Fs Zöllner, 753 Vd.; Lakies, Ar-Blattei, Rn. 175, 176.
- 72 Lindemann, 233.
- 73 Alp, 348 vd.
- 74 Rieble, § 315 BGB Rn. 93; Kittner/Däubler/Zwanziger, § 2 KSchG Rn. 90; Kittner/Zwanziger, AR § 15 Rn. 68.
- 75 Alp, 373 vd.
- 76 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/17213, K. 2006/2266, T. 6.2.2006, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası.
- 77 Hanau, MünchArb, § 60 Rn. 100; Hromadka, RdA 1992, 234, 239; Preis, FS Kissel, 910
- 78 BAG 14.7.2004, 7 AZR 213/03, II/2/a/bb, juris Rechtsprechung; Wank, Änderung, 40; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 75.
- 79 Çelik, 91; Süzek, İş Hukuku, 223; Karş. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 75; Alman hukukunda ise çağrı üzerine çalışmada haftalık ve günlük çalışma sürelerinin sözleşmede öngörülmesi yani değiştirilebilir olmaması emredici olarak düzenlenmiştir. Taraflar haftalık bir süre öngörmemiş iseler haftada 10 saat, günlük bir süre öngörmemiş iseler günde üst üste 3 saat çalışması kararlaştırılmış sayılır (TzBfG 12). Tuncay, İş Sözleşmesi Türleri, 125, 137.
- 80 Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 28; Alman Federal İş Mahkemesi, kısmi süreli iş ilişkilerinde işverene çalışma süresi ve dolayısıyla ücreti değiştirme yetkisi tanıyan kayıtların, sözleşmenin dokunulmaz "öz" alanına gerçekleşen müdahale nedeni ile, değişiklik feshi (§2 KSchG) hükmüne karşı hile oluşturduğu gerekçesi ile geçersiz olacağına hükmetmiştir (BAG 12.12.1984, AP Nr. 6 zu § 2 KSchG). Sonradan mahkemenin bu içtihadına uygun şekilde yasa değişikliğine gidilmiştir (BeschFG § 4 ve sonradan TzBfG § 12).
- 81 Preis, ErfK BGB 305-310 Rn. 55; Lakies, AR-Blattei, Rn. 254; Thüsing, Arbeitsverträge, Rn. 117; Staudacher, Heribert/Hellmann, Andrea/Hartmann, Claudia/Wenk, Herbert: Teilzeitarbeit, München, 2003, 75; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 75
- 82 Wank, Änderung, 40.
- 83 Preis, ErfK § 4 BeschFG Rn. 6; Schüren, MünchArb § 166 Rn. 12; Staudacher/Hellmann/Hartman/Wenk, 75.
- 84 BAG 12.12.1984, AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969; Preis, Arbeitsvertrag, 353 Ve Erfk § 4 BeschFG Rn. 2, 23; Lindemann, 264; Kittner/Däubler/Zwanziger, § 2 KSchG Rn. 26; Lakies, Ar-Blattei, Rn. 254.
- 85 Karş. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 28; Tuncay, Sözleşme Türleri, 138; Süzek, İş Hukuku, 223.
- 86 Schüren, MünchArb § 166 Rn. 26; Preis, Arbeitsvertrag, 386; Staudacher/Hellmann/Hartman/Wenk, 75; Lindemann, 255.
- 87 Preis, Arbeitsvertrag, 386; Schüren, MünchArb § 166 Rn. 26; Lindemann, 255; Staudacher/Hellmann/Hartman/Wenk, 75.