

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri

I. GENEL OLARAK

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen sürede, yapılan bazı küçük değişiklikler dışında Kanunu'nun sistemini ve genel yapısını etkileyecek esaslı değişiklikler yapılmamıştır. Ne var ki, son yıllarda pek çok kanunda yapılan köklü değişikliklerle birlikte, Borçlar Kanunu'nun da değişiklik yapılması gündeme gelmiş ve oluşturulan Komisyonca hazırlanan Taslak Meclise inmiştir.

Oldukça arı bir dile sahip Tasarıda kullanılan kavramlar da arılaştırılmıştır. Tasarının Altıncı Bölümü Hizmet Sözleşmeleri başlığını taşımaktadır. Bu bölümde oldukça önemli ve değişik hükümlere yer verilmiştir.

Belirtelim ki; Borçlar Kanunu'nda yer alan iş sözleşmesine ilişkin hükümler, çalışma hayatı bakımından en az diğer iş kanunları kadar önem taşımaktadır. Zira; Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde kapsam dışı bırakılan iş ilişkileri hakkında uygulama alanı bulacağı gibi, gerek 4857 sayılı İş Kanunu ve gerekse 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulacaktır. Örne-

ğin; işverenin talimat verme hakkı, cezai şartın geçerliliği, rekabet yasağı, kişisel verilerin saklanması, giderlerin ödenmesi, işçinin özen ve sadakat yükümü, ibra ve feragat ve bunun gibi pek çok konuda, diğer iş kanunlarında hüküm bulunmadığı için, Borçlar Kanunu hükümleri doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca Taslağın 393. maddesine göre; genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, çıraklık sözleşmesine de uygulanacaktır.

Taslağın toplam 77 maddenin yer aldığı iş sözleşmesine ilişkin bölümünde, bazı konularda Yargıtay kararlarıyla yerleşik hale gelmiş birtakım uygulamalar da kanun hükmü haline getirilmiştir.

Bu incelemede, Tasarıda iş sözleşmesine ilişkin hükümlerde yer alan belli başlı değişiklikler aktarılmaya çalışılmıştır.

II. HİZMET SÖZLEŞMESİ VE TARAFLARIN BORÇLARI

1) Tasarı 4857 sayılı İş Kanunu'nda kullanılan iş sözleşmesi yerine hizmet sözleşmesi terimini esas almıştır.

Tasarıda önemli bir yenilik olarak fiili hizmet ilişkisine göre, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Tasarının 393. maddesine göre; hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendikleri sözleşmedir. Hükümde; hizmet sözleşmesinde ücretin, "... zamana veya yapılan işe göre ..." olabileceği düzenlenmişse de, hizmet sözleşmesinde ücretin hem zamana ve hem de yapılan işe göre veya başkaca şekilde ödeneceğinin kararlaştırılmasına bir engel bulunmamaktadır.

Maddenin devamında, işçinin işverene bir hizmeti kısmî süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmelerin de hizmet sözleşmesi olduğu vurgulanmış ve genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin, kıyas yoluyla çiraklık sözleşmesine de uygulanacağı, ancak özel kanun hükümlerinin saklı olduğu öngörülmüştür.

Tasarının, iş sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen 394. maddesinde öncelikle, hizmet sözleşmesinin, kanunda aksine bir hüküm yoksa, özel bir şekle bağlı olmadığı vurgulanmıştır. Bu hüküm esasen BK m. 314/I. fıkrası hükmünün tekrarı niteliğinde olup, aynı esas bilindiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde de kabul edilmiştir. Bunun İş Kanunu'ndaki istisnası, belirli süreli iş sözleşmeleridir.

Maddenin ikinci fıkrası, BK m. 314/II. fıkrası hükmünün tekrarı niteliğinde, bir hizmet sözleşmesinin örtülü olarak ne zaman kurulmuş sayılacağını düzenlemektedir. Buna göre; bir kimsenin, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görmesi ve bu işin de işveren tara-

findan kabul edilmesi durumunda da aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır.

Maddenin son fıkrasında önemli bir yenilik olarak fiili hizmet ilişkisi kavramına yer verilmiştir. Buna göre, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak hükümde, bu durumun söz konusu olabilmesi, geçersizliğin sonradan ortaya çıkması koşuluna bağlanmıştır.

Tasarının 395. maddesine göre; sözleşmeden veya durumun gereklerinden aksi anlaşılmadıkça işçi yüklediği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.

Tasarının 396. maddesinde işçinin özen ve sadakat borcu düzenlenmiştir. Tüm iş kanunları bakımından uygulanma olanağına sahip olan bu yükümlülüğe Tasarıda, mevcut hükümlerden çok daha geniş biçimde yer verilmiştir. Buna göre; işçi yüklediği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatla davranmak zorundadır.

Ayrıca işçi, işverene ait makinaları, 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 yükümlüdür.

Bunun yanı sıra, işçi hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.

Nihayet maddede işçinin sırları saklama yükümlülüğüne de açık surette yer verilmiştir. Nitekim; işçi iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hiz-

Tasarıda özen ve sadakat borcunun bir devamı olarak; işçinin teslim ve hesap verme yükümlülüğüne yer verilmiştir.

met ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür. Böylelikle; uygulamada iş sözleşmelerinde veya eki niteliğindeki hükümlerde yer verilen iş sırlarının korunmasına ilişkin düzenlemeler yasal bir zemine kavuşturulmuş, bir sözleşme hükmünde yer almasa dahi, işçinin sır saklamakla yükümlü bulunduğu belirgin hale getirilmiştir.

Tasarıda özen ve sadakat borcunun bir devamı olarak; işçinin teslim ve hesap verme yükümlülüğüne yer verilmiştir. Buna göre; işçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhâl ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür. Ayrıca işçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhal işverene teslim etmekle yükümlüdür.

Kanunu'na tabi olan bir işçinin hangi saatten itibaren fazla çalışma ücretine hak kazanacağı da belli değildir.

Taslağın 398. maddesinde, fazla çalışma işçinin rızasına bağlı tutulmakla birlikte, bir halde işçinin fazla çalışma yapmakla yükümlü bulunduğu vurgulanmıştır. Buna göre; 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 ödenmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür.

Tasarı'nın düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu başlıklı 399. maddesi de mevcut Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir maddedir ve tüm iş mevzuatı bakımından uygulanma olanağına sahiptir.

Hükme göre; işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat

Tasarının 404. maddesinde işçinin verdiği zararlardan sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre; işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur.

Tasarı, işçinin fazla çalışma borcunu da özen ve sadakat borcu çerçevesinde değerlendirmiştir. Borçlar Kanunu'nun 329. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Bununla birlikte Tasarıda fazla çalışma kavramı da tanımlanmış ve bu konuda özel kanunlardaki hükümlerin saklı bulunduğu düzenlenmiştir.

Hükme göre; fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır. Bu tanıma isabetli bulmak mümkün olmadığı gibi, ne işe yaradığını anlamak da mümkün değildir. Zira maddede zaten özel kanunlardaki hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Özel kanun olarak ilk akla gelen İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda zaten fazla çalışmanın ne surette meydana geleceği düzenlenmiştir.

Öte yandan; Tasarıda Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkileri için günlük veya haftalık iş süresinden söz edilmemiştir. Bu duruma göre; Borçlar

verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar. Böylelikle işverenin işyerinde tek taraflı olarak yapacağı düzenlemelerin hangi hallerde işçi bakımından bağlayıcı nitelikte olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

Hükümün gerekçesinde; maddede, işverenin işin görülmesi ve işyerinde işçilerin davranışlarına ilişkin olarak genel düzenlemeler yapılması ve ayrıca özel talimat verebilmesinin kabul edildiği, işverenin koyduğu genel düzenlemeler bütün işçiler ve işyeri için bağlayıcı düzenlemeler olduğu hâlde, özel talimat, ancak işin özelliği gerektirdiği ölçüde konulabilen ve sadece muhataplarının bilgisine ulaştırıldığı takdirde bağlayıcı olabilen düzenlemeler olduğu, bununla birlikte söz konusu özel talimatın bağlayıcı olması için, mutlaka önceden yazılı biçimde belirlenmesi koşulunun aranmasından vazgeçildiği ifade edilmiştir.

Tasarının 404. maddesinde işçinin verdiği zararlardan sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre; işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur.

2) Tasarıda işverenin borçları arasında öncelikle ücret ödeme borcu düzenlenmiştir. Tasarının m. 401/I. fıkrasına göre, işveren işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten daha az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.

Fıkranın ilk halindeki “adet olan ücreti ödemekle yükümlüdür” yerine, tüm işçiler için zaten geçerli olan yasal asgari ücrete atıf yapılması isabetli bir değişiklik niteliğinde ise de,

Tasarının fazla çalışma ücreti başlıklı 402. maddesi önemli yenilikler içermektedir. Öncelikle maddede fazla çalışma ücretinin oranı %50 olarak belirlenmiştir. Öte yandan maddede, İş Kanunu'na uygun olarak, fazla çalışma karşılığının serbest zaman olarak da ödenebileceği düzenlenmiştir. Ancak İş Kanunu'ndaki gibi, serbest zamanın ne kadar süre içerisinde kullanılacağı belirlenmemiş, sadece “uygun bir zamanda” kullanılacağından söz edilmiştir. Ayrıca, İş Kanunu'nda fazla çalışma için ücret yerine serbest zaman kullanma tercihi işçiye bağlı olduğu halde, Tasarının m. 402/II. fıkrasındaki, “İşveren, işçinin rızasıyla ... izin verebilir.” şeklindeki ifadeden, işçi rıza göstermedikçe fazla çalışma karşılığı serbest zaman veremeyeceği sonucu çıktığı gibi, işçi talepte bulunmuş olsa dahi, işverenin fazla çalışma karşılığı olarak para yerine serbest zaman vermeme hakkı bulunduğu sonucu da çıkmaktadır.

Bilirkişinin dava dışında taraflarca atanması uygulaması Türk usul hukukunda bulunmamaktadır. Bu bakımdan “tarafların atadığı bilirkişi”, “tarafların bilirkişiye bilgi ve belge vermesi” gibi Türk hukukuyla bağdaşmayan ibarelere yer verilmemesi gerekirdi.

fıkranın asgari ücrete atıf yapılarak bitirilmesi gerekirken, bu kez de , “... asgari ücretten daha az olmamak üzere emsal ücret ...” ifadesine yer verilmesi yeni bir belirsizlik ortaya çıkaracaktır. Nitekim; yasal asgari ücretten az olmamak üzere işverenin işçiye vereceği ücretin belirlenmesinde; işçinin objektif ve subjektif nitelikleri, piyasanın genel gidişi, işverenin ekonomik gücü, üretim ve yatırım durumu, rekabet gücü, maliyetler, coğrafi durum ve benzeri nitelikte onlarca faktör rol oynayabilir. Bu itibarla; aynı işi yapan kişilerin ücretleri arasında önemli farklılıklar bulunması da mümkün olabilir. Bir işveren işçisine, kendisiyle benzer konumdaki işverenin işçisine verdiği ücreti vermek zorunda değildir. Bu bakımdan; hükümdeki “... asgari ücretten daha az olmamak üzere emsal ücret ...” ifadesinin çıkarılması, ileride meydana gelebilecek sayısız ihtilafın önüne geçmek için zorunludur.

Tasarının “İşin sonucundan pay alma” başlıklı 403. maddesinde; sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kârdan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu payın belirlenmesinde yasal hükümler ile genel kabul görmüş ticarî esasların göz önüne alınacağı öngörülmüştür. Ne var ki; Türk Hukukunda hiç de yaygın olmayan bu ücretlendirme şeklinde genel kabul görmüş ticarî esaslardan söz etmek mümkün değildir. Öte yandan; maddenin ikinci fıkrasına göre, işçiye belli bir pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde, payın hesaplanmasında uyuşulamazsa işveren, 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 yıl sonu kâr zarar cetvelini vermek zorundadır.

Belirtmek gerekir ki, bilirkişinin dava dışında taraflarca atanması uygulaması Türk usul hukukunda bulunmamaktadır. Bilirkişi mahkeme tarafından atanır ve fakat taraflar bilirkişiye değil mahkemeye bilgi veya belge sunmak zorundadırlar. Bu bakımdan; anılan maddelerden, “tarafların atadığı bilirkişi”, “tarafların bilirkişiye bilgi ve belge vermesi” gibi Türk hukukuyla bağdaşmayan ibarelere yer verilmemesi gerekirdi.

Türk hukukunda çok fazla uygulaması olmayan ve Borçlar Kanunu’nda da yer almayan ücret şekline ilişkin bir diğer hüküm Tasarının “Aracılık ücreti” başlıklı 404. maddesinde yer almaktadır. Bu hükümde de, işçiye eğer belirli işlerde aracılık yapması karşılığı ücret ödemesi kararlaştırılmışsa, ücreti talep hakkının ne zaman doğacağı ve ne zaman sona ereceği düzenlenmiştir.

Buna 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. 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. Sözleşme işverence kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona erer. Sadece kısmî ifa hâlinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılır Sözleşmeyle işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemişse, işveren işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için bu ücrete tâbi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlüdür. Maddenin son fıkrasında, 403. maddede olduğu gibi, 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 hükme bağlanmıştır. Yukarıda yapılan eleştiriler burada da geçerlidir.

Tasarının 405. maddesinde ikramiye ödenmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Böyle bir düzenleme mevcut Borçlar Kanunu’nda bu-

lunmamaktadır ve diğer mevzuatta da bu yolda bir düzenleme olmadığı için tüm iş kanunları bakımından uygulanacak bir hüküm niteliğindedir.

Hükme göre, işveren, bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine özel ikramiye verebilir. Ancak, işçilerin bu ikramiyeyi isteme hakları bu konuda anlaşmanın veya çalışma şartının ya da işverenin tek taraflı taahhüdünün varlığı halinde doğar. Hizmet sözleşmesi ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümü ödenir.

Kuşkusuz işverenin özel günler nedeniyle işçilere ikramiye ödemesine bir engel bulunmamaktadır. İşverenin bu konudaki yükümlülüğü bir sözleşme hükmünden doğabileceği gibi, maddede, bu yükümlülüğün bir çalışma şartının varlığı veya işverenin tek taraflı taahhüdü ile de doğabileceği isabetli olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte; ikramiyenin salt belirli günler nedeniyle değil, başka türlü vesilelerle de verilmesi mümkün iken, maddede salt “... bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla ...” verilmesinden söz edilmesi isabetli olmamıştır.

Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında, iş sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümünün ödeneceğinin düzenlenmiş olması son derece isabetsizdir. Halbuki Tasarının ilk halinde, özel günler için verilen ikramiyenin çalışılan süreyle orantılı olarak ödeme yükümlünün aksini kararlaştırılmadıkça doğmayacağı düzenlenmişti. Yapılan değişiklikte, bayram, yılbaşı, doğum günü gibi belirli bir gün için kararlaştırılan ikramiye uygulanması halinde dahi, kıstelyevm esasına göre ödeme yapılacağından söz edilmesi son derece isabetsizdir. Sadece belirli günler vesilesiyle verilen ikramiye uygulamasında, o veya bu nedenle iş sözleşmesi söz konusu günde devam etmeyen işçinin kıstelyevm esasına göre ikramiyeden yararlanması mümkün olmamak gerekir. Madde düzenlenirken; belirli günler için verilen ikramiye uygulaması ile belirli bir süre çalışmakla hak kazanılan ikramiye uygulaması birbirine karıştırılmıştır.

Tasarının 406. maddesinde, ücretin ödenmesi süresine ilişkin usul ve esaslar Borçlar Kanunu'nun 326 ve 327. maddeleri esas alınarak ve fakat daha geniş olarak hükme bağlanmıştır. İşçiye belirli koşullarla avans verilmesi yükümüne yine yer verilmiştir.

Hükme göre; aksine âdet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir. 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. Asıl ücrete ek olarak üretilenden pay verilmesi öngörülen hâllerde, ürün payı belirlenir belirlenmez, cirodan veya kârdan pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde ise, payın

iş kanunlarına tabi işverenlerden 10 ve üzerinde işçi çalıştıran işverenler ücretleri banka hesabına yatırmak suretiyle ödemekle yükümlü iken, Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin ücretlerinin, işçi sayısı ne olursa olsun, banka vasıtasıyla ödenmesi gerekecektir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, işveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. Ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.

Görüldüğü gibi Tasarıda, kasten sebebiyet verilen zararlar için de takas sınırı getirilmiştir. Ayrıca işveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemeyecektir. Eğer işçi rıza gösterirse, işverenin ondan olan alacağını işçiye olan ücret borcuyla takas etmesi mümkündür. Bu rızanın kanımca

Tasarı kanunlaştığında diğer iş kanunlarına tabi işverenlerden 10 ve üzerinde işçi çalıştıran işverenler ücretleri banka hesabına yatırmak suretiyle ödemekle yükümlü iken, Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin ücretlerinin, işçi sayısı ne olursa olsun, banka vasıtasıyla ödenmesi gerekecektir.

hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde belirlenerek ödenmesi şarttır.

İşveren ayrıca, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür.

Tasarının 407. maddesinde ücretin ödenme yeri ve ücretin korunmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir.

Bilindiği gibi; 5754 sayılı Kanunla 4857, 854 ve 5953 sayılı Kanunlarda değişiklik yapılmış ve 18.11.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelikle de 10 ve üzerinde işçi çalıştıran işverenlerin işçi ücretlerini banka hesabına ödemesi esası getirilmiştir. Taslağın 407. maddesinin ilk fıkrasında ise işçi sayısı konusunda bir sınır getirilmeksizin, ücretin özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği düzenlenmiştir. Böylelikle; Tasarı kanunlaştığında diğer

iş sözleşmesinde baştan alınmasına bir engel bulunmamaktadır.

Tasarının 408. maddesinde Borçlar Kanunu'nun 325. maddesini karşılayan bir düzenleme yapılmıştır. Hükme göre; işveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde direnime düşerse işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme nedeniyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.

Maddeye göre, hizmet sözleşmesinde işverenin direnimi, alacaklının direniminin özel bir hâlidir. İşverenin, işçinin iş görme ediminin ifasının engellendiği şu iki durumda da ücret ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir: (1) İşverenin, işçisinin gereği gibi önerdiği iş

Tasarıda, kasten sebebiyet verilen zararlar için takas sınırı getirilmiştir.

görme edimini kabulde direnime düşmesi ve (2) İşverenin, işçinin iş görme edimini ifasını kusuruyla engellemesi, işverenin işin görülmesini kusuruyla engellemesi, o işin yapılmasından vazgeçmesi, işçinin yerine başkasını çalıştırması gibi nedenlere dayanabilir. Bu iki durumdan biri gerçekleştiği takdirde işveren, kabulden kaçındığı ya da ifasını kusuruyla engellediği iş görülmediği hâlde, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacak ve daha sonra, aynı işin görülmesini ondan isteyemeyecektir. Ancak maddenin ikinci cümlesinde, işverenin kabulden kaçındığı veya ifasını kusuruyla engellediği iş nedeniyle, işi yapmayan işçinin, bu şekilde elde ettiği serbest zamanı başka bir işte değerlendirerek elde ettiği veya elde etmekten bilerek kaçındığı yararlar ile yapmaktan kurtulduğu giderlerin ücret alacağından indirilmesi hükme bağlanmıştır.

Tasarının 409. maddesinde işçinin çalışmayı durdurması durumunda işverenin ücret borcu düzenlenmektedir. Maddenin başlığı da işçinin çalışmayı durdurmasıdır. Maddede, işçinin kusuru olmaksızın belirli nedenlerle çalışmaması hali düzenlenmiştir. İşçinin çalışmayı durdurması terimi ise daha çok kusuruyla çalışmaması halini çağrıştırmaktadır. Bu itibarla, işçinin belirli nedenlerle çalışmamasının sonuçlarının düzenlendiği bir maddenin başlığının da buna uygun olarak konulması daha isabetli olurdu.

Ancak Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinde olduğu gibi, Tasarının bu maddesi de son derece muğlaktır. Hükme göre; 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. Maddede işçinin kusuru olmaksızın işini ifa edememesi halinde işverenin ücret ödeme yükümü; hizmet ilişki-

sinin uzun süreli olmasına ve ayrıca işçinin iş görme edimini ifa edemediği sürenin iş gördüğü süreyi oranla kısa bir süre olması koşullarına bağlanmıştır. Bu süre ölçütlerinin son derece muğlak olduğu açıktır. Ayrıca işçinin askerliği esnasında işverenin neden ücret ödemekle yükümlü olacağını ve hakkaniyete uygun ücretin ne olduğunu anlamak mümkün değildir.

Tasarının 410. maddesi de Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Hükme göre; işçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, başkasına devredilemez ve rehnedilemez. Ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için mahkemece takdir edilecek miktar bu orana dahil değildir. Nafaka alacaklılarının hakları saklıdır. Gelecekteki ücret alacaklarının, devredilmesi veya rehnedilmesi geçersizdir.

Benzer düzenlemeye İş Kanunu'nun 35. maddesinde de yer verilmiştir.

Tasarının 411 ve 412. maddelerinde parça başına veya götürü iş yapmayı üstlenen işçilere verilecek ücrete ilişkin esaslar hükme bağlanmıştır. Buna göre; işçi, sözleşme gereğince yalnız bir işveren için sadece parça başına veya götürü iş yapmayı üstlenmişse, işveren ona yeterli iş vermekle yükümlüdür. İşveren, 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 öder. Bu durumda, zamana göre ödenecek ücret anlaşmada veya hizmet ya da toplu iş sözleşmesinde belirlenmemişse işveren, işçiye parça başına veya götürü olarak daha önce aldığı ortalama ücrete eşdeğer bir ücret ödemekle yükümlüdür. Parça başına veya götürü ya da zamana göre iş sağlayamayan işveren, en azından iş görme edimini kabulde direnir hükümleri uyarınca zamana göre iş görmede ödeyeceği ücreti ödemekle yükümlüdür.

412. maddede ise parça başına veya götürü usulde çalışan işçiye ödenecek birim ücretin bildirilmesi ve bu bildirim yapmamanın yaptırımını düzenlenmiştir. Bu düzenleme Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Buna göre; işçi, sözleşme gereğince parça başına veya götürü olarak çalışmayı üstlendiği takdirde işveren,

her işin başlamasından önce ona ödenecek birim ücretini bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim yapmayan işveren, aynı veya benzer bir iş için belirlenmiş olan birim ücretini ödemekle yükümlüdür.

Tasarının 413. maddesinde de Borçlar Kanunu'nun 331. maddesine benzer bir düzenleme getirilmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre; aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür. Fıkra da söz konusu edilen 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 etmektedir.

İkinci fıkraya göre; işçi işverenle anlaşarak kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgülürse, aksi anlaşmada kararlaştırılmadıkça veya yerel âdet bulunmadıkça işveren, bunun için işçiye uygun bir karşılık ödemekle yüküm-

redici bir kural getirilmiştir. Buna göre, zorunlu giderlerin tamamen veya kısmen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmaların yapılamayacağı, aksi hâlde bunların geçersiz olduğu kabul edilmiştir.

Bu düzenlemenin pek çok tereddütlere yol açacağını söylemek yanlış olmaz. Öncelikle, işveren işçiye işyeri dışında çalıştırdığında neden geçimi için zorunlu harcamalarını karşılaması gerektiğini anlamak mümkün değildir. Nitekim taraflar iş sözleşmesinde, işçinin ücretini, işyeri dışında da çalışacağını göz önünde bulundurarak buna göre belirlemiş olabilir. Ücret, işçinin bu çalışma şekli dikkate alınarak belirlenmiş olabileceğine göre, hâlâ işyeri dışında çalıştığı takdirde zorunlu harcamaların ödenmesi yükümü getirilmesi tarafların iradesinin önüne geçmek anlamını taşır.

Kaldı ki; "... geçimi için zorunlu harcamalar..." ifadesi de son derece muğlaktır ve işçi ile işveren arasında çeşitli uyumsuzluklara neden olacak niteliktedir.

Zorunlu giderlerin tamamen veya kısmen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmaların yapılamayacağı, aksi halde bunların geçersiz olduğu kabul edilmiştir.

lüdür. Ancak, fıkra emredici nitelikte olmadığı için, sözleşmede bunun aksi kararlaştırılabileceği gibi, malzeme ve araçların kullanımına ilişkin işçiye ayrıca ücret ödenmeyeceği konusunda yerel bir âdet de olabilir.

Tasarının 414. maddesi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayan son derece önemli bir düzenleme içermektedir. Maddenin birinci fıkrasında, işverenin, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü gideri ve işçiye işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu harcamaları ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. İkinci fıkrada, yazılı olarak yapılmış bir hizmet sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde ya da sonradan yapılacak yazılı bir anlaşmada, işçi tarafından üstlenilen giderlerin kendisine götürü biçimde günlük, haftalık veya aylık olarak ödenmesinin öngörülebileceği ifade edilmiştir. Son fıkrasında ise, işçiye korumaya yönelik em-

Benzer bir düzenleme 415. maddede yer almaktadır. Maddede taşıma araçlarının gerektirdiği giderlerden sorumluluk düzenlenmiştir ve bu düzenleme de Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında, işçinin, işin görülmesi için işverenle anlaşarak işverenin veya kendisinin sağladığı bir taşıma aracı kullanması durumunda, taşıtın işletilmesinin ve bakımının gerektirdiği olağan giderlerin, hizmet için kullanıldığı ölçüde işverence karşılanacağı belirtilmiştir. İkinci fıkrasında, işçinin işverenle anlaşarak işin görülmesinde kendi motorlu aracını kullanması durumunda, işverenin sadece motorlu aracın işletilmesinin ve bakımının gerektirdiği olağan giderlerden değil, aynı zamanda bunların vergi, zorunlu malî sorumluluk sigortası primlerini ve aracın yıpranması karşılığında uygun bir tazminatı da

ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Ancak, işveren tarafından karşılanacak olan bu giderler, “hizmet için kullanıldığı ölçüde” sınırlanmasına tâbi tutulmuştur. Son fıkrasında ise, işçinin işverenle anlaşarak, hizmetin görülmesinde kendisine ait diğer taşıma araçlarını ve hayvanlarını kullanması durumunda, işverenin, bunların kullanımının ve bakımının gerektirdiği olağan giderleri, yine hizmet için kullanıldığı ölçüde karşılamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

Yine giderlere ilişkin 416. maddede, işçinin yapmış olduğu giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödeneceği, işçi, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapıyorsa, kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verileceği düzenlenmiştir.

III. İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNİN KORUNMASI

Tasarının 417, 418 ve 419. maddeleri işçinin kişiliğinin korunmasına ayrılmıştır. Genel olarak işçinin kişiliğini korunmasını düzenleyen 417. maddeye göre; işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları, bu tür tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

Maddenin son fıkrasında da; işverenin yukarıdaki hükümler dahil, kanuna veya sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararlarının tazmininin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiştir.

Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda; işçinin onur ve saygı gösterilmek dahil

bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğünün düzenlendiği, cinsel tacizin yanında diğer psikolojik tacizlerin de (mobbing) kişilik değerlerini ihlal eden sebepler kategorisinde sayıldığı, yürürlükteki İş Kanunu'nun 77. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemeleri arasında bir bütünlük sağlandığı, hizmet akdinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda yaşanan tartışmaların düzenleme ile sona erdirildiği, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırıldığı, kabul edilen madde ile hizmet sözleşmesine aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğun hakkaniyet veya kusursuz sorumluluk olduğu tartışmasına son verildiği belirtilmiştir.

Madde tüm iş kanunları bakımından uygulama olanağına sahiptir ve son derece önemli yenilikler getirmektedir. Şöyle ki;

Öncelikle maddede, işverene işçinin onur ve saygı gösterilmek dahil bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğü açık olarak düzenlenmiş ve ayrıca sadece cinsel tacize karşı değil, son dönemlerde giderek daha fazla duyulan mobbing olarak tabir edilen psikolojik tacizlere karşı da önlem alma yükümü getirilmiştir. Psikolojik taciz hukukumuz için yeni bir kavramdır ve sınırlarının ne olduğunu belirleyebilmek son derece güçtür. Nitekim bir işyerinde herkesin, o veya bu şekilde, örneğin; yeterli ücret zammı yapılmadığı, performans notunun eksik verildiği, yükseltilmediği, çalışma yerinin değiştirildiği, kıyafetlerine karışıldığı gibi sınırsız gerekçelerle kendisini psikolojik taciz altında hissetmesi mümkündür. Bu kavramın içinin doldurulmasının zaman alacağı, pek çok iddialara ve uyuşmazlıklara neden olacağı açıktır. Konu yargı kararlarıyla zaman içerisinde şekillenecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesine uygun bir düzenleme yapılarak, işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği

İşverenin gözetme yükümünün sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandığı düzenlenerek, işverenin sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bir ölçüde ortadan kaldırılarak kusur sorumluluğu esası benimsenmiştir.

konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü olduğunun düzenlenmiş olması uygulama birliği sağlanması bakımından isabetli olmuştur.

Nihayet; maddenin son fıkrasında; işverenin gözetme yükümünün sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandığı düzenlenerek, işverenin sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bir ölçüde ortadan kaldırılarak kusur sorumluluğu esası benimsenmiştir.

İşçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin 418. maddede Borçlar Kanunu'nun 337. maddesine benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, işçinin işveren ile bir ev düzeni içinde birlikte yaşadığı durumlarda, işverenin işçinin beslenme ve barınma gereksinimlerini karşılamakla yükümlü olduğu öngörülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin kusuru olmadan hastalanması veya kaza gibi nedenlerle iş görememesi hâlinde, işverenin, en az iki hafta süreyle, işçiye bakma ve onu tedavi ettirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Fıkra göre, işçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün arttırılacaktır.

Maddenin son fıkrasında, kadın işçilerin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da işverenin yine aynı sürelerle bağlı olarak, aynı edimleri ifa etmekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.

Tasarının "Kişisel verilerin kullanılmasında" başlıklı 419. maddesinde Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir hükme yer verilmiştir.

Buna göre; işveren, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet

sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Maddenin gerekçesinde; kişisel veri terimi, bilgisayarda saklanabilen veriler için kullanılmış gibi ifade olunmuş ise de, herhalde bunu nerede saklanırsa saklansın işçiye ait kişisel bilgiler şeklinde anlamak gerekir. Kuşkusuz işçiye ait kişisel bilgilerin tamamının kullanılması yasaklanmamıştır. Yasaklanan husus, işi görmesi ile ilgili bulunmayan, işini ifa edebilmesi için zorunlu olmayan kişisel verilerin kullanılmasıdır.

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART

İş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılması Tasarının 420. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; iş sözleşmesinde sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.

Anılan hüküm; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yıllarca istikrarlı olarak sürdürdüğü, belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce feshinde sadece işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz olduğu yolundaki kararlarının bir ifadesi niteliğindedir.

İş sözleşmesinde tek taraflı olarak ceza koşulunun geçersiz olması için, bunun fahiş nitelikte olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan, öngörülen ceza koşulunun sadece işçi aleyhine olup olmadığıdır.

Öte yandan bu hüküm, iş sözleşmesinde işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunu değil, salt işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunu yasaklamaktadır. Bu itibarla; iş sözleşmesinde iki tarafı da bağlayıcı nitelikte olan ceza koşulu hükümleri geçerli olmaya devam edecek, fakat yargının kararlaştırılan miktarın fahiş olup olmadığı konusundaki incelemesine tabi olacaktır.

Önemle belirtelim ki; kendisi için eğitim gideri yapılan işçinin belirli bir süre çalışmadan ayrılması halinde eğitim giderlerinin geri alınacağına ilişkin hükümler tek taraflı ceza koşulu niteliğinde olmadığından, yine Yargıtay kararlarıyla istikrar kazanmış koşullarla geçerliliğini sürdürmeye devam edecektir.