

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış

I. Giriş

Yeni Borçlar Kanunu'nda, sadece Borçlar Kanunu kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm çalışanları da etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirilmiştir. Ancak, kanun koyucu çağdaş iş hukukunun gelişim çizgisini yakalayamamış, bizim iş hukukumuzda göre geri olan İsviçre Hukukundan gereksiz yere fazlasıyla etkilenmiştir. Yapılan düzenlemeler, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçiler bakımından "iyileştirme" olarak nitelendirilebilir. Ancak Borçlar Kanunu hükümleri, genel kanun olması dolayısı ile İş Kanunu kapsamındaki işçileri de etkilemektedir. Özellikle bu işçiler bakımından sorunlar karşımıza çarpıcı biçimde çıkmaktadır. Konuya ilişkin eleştiri ve değerlendirmelerimiz aşağıda yer almaktadır.

II. Hizmet Sözleşmesinin Feshine Bağlı Tazminatlar

1. Fesih Tazminatı

Hizmet sözleşmesinin işverence nedensiz

olarak feshi durumunda, işçiye kıdem tazminatına karşılık gelecek nitelikte bir tazminat ödenmesinin söz konusu olmaması Borçlar Kanundaki önemli bir eksiklik idi. Nitekim, yeni Borçlar Kanunu'na göre; işverence yapılan ve haklı sebebe dayanmayan fesihlerde hakim tüm koşulları dikkate alarak işçiye 6 aylık ücretini aşmayacak oranda tazminata hükmedebilecektir. Tam anlamıyla kıdem tazminatına karşılık gelmemekle birlikte, getirilen bu düzenlemenin İş Kanunu kapsamı dışındaki işçiler bakımından isabet taşıdığını söylememiz mümkündür. Borçlar Kanunu'nda, tazminatı belirlerken, hakime takdir hakkı verilmesi ise yerinde olmuştur. Tazminatın takdirinde, hakim, işçinin kıdemini göz önüne alabileceği gibi, işyerinin ve işverenin ekonomik durumunu da gözetebilecektir.

Buna karşılık; 438. madde incelendiğinde, anılan tazminat hükmünün ayrıca belirli süreli iş sözleşmelerinde de uygulanabileceği anlamı da çıkmaktadır. Başka bir anlatımla; belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshinde de anılan tazminat hükmü uy-

Yeni Borçlar Kanunu'nda, sadece Borçlar Kanunu kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm çalışanları da etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirilmiştir.

gulanabilecek gibi görünmektedir. Bunun ise isabetli olmadığı kanısındayız. Gerçekten; belirli süreli iş sözleşmesinin işverence zamanından önce haksız şekilde feshi durumunda, işçi İş Kanunu kapsamında ise ve 1 yıldan fazla kıdem varsa; kıdem tazminatı da alabilmektedir. Yine boşta geçen süre ücreti de buna eklenmektedir. Bunlara bir tazminat daha katılmasının mantığını anlayabilmiş değiliz.

2. Kötüniyet Tazminatı

İşverenin hizmet sözleşmesini herhangi bir nedene dayanmaksızın sona erdirebileceğinin kabul edildiği liberal hukuk düzenlerinde de fesih hakkının sınırsız biçimde tanınması söz konusu olmamıştır. Nitekim, işverenin fesih hakkını sınırlandıran mekanizmalardan biri de, "fesih hakkının kötüye kullanılması" teorisidir¹. Fesih hakkının kötüye kullanma teorisi, 1475 sayılı Yasa döneminde, 4773 sayılı Yasa ile iş güvencesine ilişkin düzenlemeler hukukumuzda girinceye kadar, işverenin fesih hakkını sınırlandıran kurumlardan biri olmuştur². Ancak, iş güvencesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından bu kuruma ayrıca gerek kalmamaktadır.

Tarihsel gelişim süreci ve mukayeseli hukuk bakımından³ konu incelendiğinde, fesih hakkını kötüye kullanma teorisinin iş güvencesi ile temelde aynı amaca hizmet eden, ancak deyim yerindeyse, daha ilkel bir mekanizma olduğu görülür. Gerçekten iki sistem arasında önemli farklılıklar vardır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında, fesih haksız veya kötüniyetli dahi olsa, hakkın kullanıldığı her durumda sözleşme sona erer ve işçi ancak şartları varsa kötüniyet tazminatına hak kazanır. Oysa

iş güvencesi sisteminde aslolan iş ilişkisinin devamıdır⁴. İki sistem arasındaki ikinci belirsizlik fark, ispat yükü bağlamında görülür. Nitekim, fesih hakkının kötüye kullanılmasında, ispat yükü, genel kurallar uyarınca işçideyken, iş güvencesi sisteminde, sözleşmenin devamı kural, fesih ise istisnadır; dolayısıyla, feshin geçerli nedene dayandığının ispatı işverenden beklenir⁵. Nitekim, Süzek de; "İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması" konulu eserinin sonuç kısmında, bu hususu şu şekilde vurgulamıştır; "...İncelememiz içinde vardığımız en genel sonuç, zamanının modern iş hukukunun yarattığı bu ikinci müessese (iş güvencesi) lehinde işlediği, gelişmenin doğrultusunun işçilerin iş güvencesinin sağlanması yönünde olduğudur. Gene incelememizin bizi ulaştırdığı bir diğer sonuç da, feshe karşı korumada eskiden işçiler lehinde tek araç olan hakkın kötüye kullanılması teorisinin ikinci plana düşmeye başladığı, günümüz iş hukukunda iş güvencesinin korunması amacıyla daha etkili sistemlerin geliştirildiğidir"⁶.

4857 sayılı Kanunumuzda, iş güvencesi modeli kabul edilmiş, ancak kanun kapsamına girmeyen işçiler bakımından kötüniyet tazminatı korunmuştur. Buna karşılık mevcut Borçlar Kanunumuzda, işçileri kötüniyetli feshe karşı koruyan bir hüküm mevcut değildi. Eskisinde mevcut olmayan kötüniyet tazminatının yeni kanunda düzenlendiğini görüyoruz. BK m. 434 hükmüne göre hizmet sözleşmesi işverence kötüniyetle sona erdirilir ise, işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bu yenilik, Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler bakımından yerinde olmuştur. İş güvencesi olmayan bir modelde, en azından kötüniyet tazminatını bulunması çağdaş iş hukukunun bir gereğidir. Sonuç olarak, anılan düzenleme isabetlidir.

3. İhbar Süreleri ve Tazminatı

Yeni Borçlar Kanunu'nun 431. maddesine göre taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyararak feshetme hakkı vardır. 432. maddeye göre ise, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce,

durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir. İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörül-müşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır. Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez.

Yeni Borçlar Kanunu'nda, dikkat çeken ilk yenilik ihbar sürelerinin artırılmış olmasıdır. Gerçekten, eski kanundaki ihbar sürelerini yeterli görmek mümkün değildi. İhbar süreleri konusunda Borçlar Kanunu öncelikle bu sürelerin kısaltılamayacağını; ancak sözleşmeyle artırılabilceğini düzenlemektedir. Yine Borçlar Kanunu'na göre, fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur. Sözleşmede farklı süreler öngörül-müşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır.

Bu anlayış klasik İsviçre doktrinini yansıtmaktadır; oysa ihbar sürelerinin her iki taraf için de tam bir eşitlik içinde düzenlenmesi anlayışı isabetli değildir. Bize göre, bugün, hala doktrinde de izlerini gördüğümüz ihbar sürelerinin kısaltılamayacağı yolundaki tabunun öncelikle işçi açısından yıkılması zorunludur. Buna göre, ihbar süreleri işçi açısından kısaltılabilmelidir. Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanunun da benzer şekildeki düzenlemesi de bizce isabetli değildir; Borçlar Kanunu'nun düzenlemesi de yerinde olmamıştır. Ekonomi'nin de haklı olarak vurguladığı gibi, ülkemizde işçilerin genellikle bildirim süresine uymadıkları, işverenlerin de ihbar tazminatı isteği ile dava açmadıkları, hatta işçilerin, işverenin kabulü dahilinde bildirim sürelerine uymaksızın işten ayrıldıkları bilinen bir gerçektir. Bu hususta Kanuna uygun düşmeyen davranışlara devam etmek yerine, sözleşmeler veya sadece toplu

iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinin kısaltılması olanağı getirildiğinde, işçinin yararına olmasının yanında işverenin de kesin olarak uyulmasını bekleyeceği bir sürenin tespiti için geçerli bir çözüm yolu sağlanmış olacaktır⁷.

İkinci olarak, ihbar sürelerinin artırılması durumunda her iki taraf için de bunun geçerli olacağı görüşünün de aşılması gerekir. Çağdaş iş hukukunun hizmet sözleşmesinin feshi konusuna yaklaşımı " tarafların eşitliği" değil, "işçinin korunması" düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla, ihbar önelleri bakımından da işçinin korunması ilkesini ön plana alan bir yorum tercih edilmelidir. Nitekim Fransız Hukukunda yer alan düzenlemeler bu konuda güzel bir örnek oluşturmaktadır. Fransız hukukunda, işverenin uymak zorunda olduğu ihbar öneli yasa ile düzenlenmişken, işçi bakımından bu husus yasal düzenleme konusu yapılmamış ve taraf iradelerine bırakılmıştır. Uygulamada, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri veya adete göre işçinin uymak zorunda olduğu ihbar öneli belirlenmektedir⁸.

İhbar sürelerinin tek yanlı olarak artırılmasının işçiyi feshe karşı koruyucu bir yönü vardır ve nitekim Yargıtayımız da İş Kanunu kapsamında verdiği kararlarda ihbar sürelerinin artırılmasının sadece işçi lehinde geçerli olacağını, sözleşmeyi fesheden taraf işçi ise, yasal sürenin uygulanacağını son derece isabetli biçimde uzun yıllardır kabul etmektedir. Dolayısıyla, ihbar sürelerine ilişkin düzenlemede gerek Yüksek Mahkemenin isabetli görüşü, gerekse de çağdaş iş hukuku anlayışı gözardı edilmiş bulunmaktadır⁹.

İşçinin ihbar öneline uymaması durumunda; işverenin isteyebileceği tazminat konusunda Borçlar Kanunu belirsizlik yaratmaktadır. Madde 439 hükmüne göre; işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. Burada ihbar tazminatına karşılık gelecek şekilde, ihbar süreleri esas alınarak bir tazminatın açıkça öngörülmediğini görüyoruz. Yani işçi işi bırakır ise,

Yeni Borçlar Kanunu'nda, dikkat çeken ilk yenilik ihbar sürelerinin arttırılmış olmasıdır.

işveren sadece 1/4 maaş tutarında tazminat isteyebilecektir. Bu tazminatın neden bu şekilde öngörüldüğünü de anlayabilmiş değiliz. Bu hüküm eğer ihbar tazminatına karşılık geliyor ise; bunun ihbar sürelerini esas alınarak düzenlenmesi gerekirdi.

BK m. 439 hükmünün belirli süreli iş sözleşmelerinin işçi tarafından haklı bir neden olmaksızın feshi durumunda da uygulanabilirliği mümkün görülmekte olup; bunun da isabetli olup olmadığı ayrıca tartışmaya açıktır. Özellikle son fıkrada belirtilen “tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer” hükmü maddenin uygulanmasını daha da karmaşık hale getirmektedir.

Borçlar Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin önemli düzenlemelere de yer verildiğini görmekteyiz. Nitekim; BK m. 430'a göre; “Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir. Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder. Sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.” Belirli süreli iş sözleşmelere ilişkin olarak; esaslı sebebin olmaması durumunda sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşeceği yolundaki düzenleme isabet taşımaktadır.

Borçlar Kanunu m.430'a göre; taraflardan

her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilecek; fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade edecektir. Bu düzenlemenin ise isabetsiz olduğu kanısındayız. Bugün Batı Avrupa ülkelerine baktığımızda belirli süreli sözleşmelerinin genelde “en fazla süre” ile (örneğin 18 veya 24 ay gibi) kısıtlandığını görüyoruz. 4857 sayılı Kanun hazırlık sürecinde tartışılmakla birlikte, belirli süreli sözleşmeleri ilişkin bir üst sınır getirilmemiştir. Buna göre 4857 sayılı Kanunun düzenlemesi yerinde olmamıştır. Aynı şekilde Borçlar Kanunu'nda belirli süreli sözleşmenin 10 yıldan fazla yapılması gibi bir olasılık hakkında hüküm getirilmesi anlamsızdır. 10 yıllık bir sözleşmeye çalışma hayatında rastlamak imkansızdır.

III. Cezai Şart ve İbranameler

a) Cezai Şart

Borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı üstlendiği edim olarak tanımlanan¹⁰ cezai şart, kaynağını tarafların iradesinde bulur ve sebebi asıl borcun garanti altına alınmasıdır¹¹. Cezai şart, akde aykırılığa karşı etkili bir silah olarak görünür ve bu sayede borçlu, zamanında ve gereği gibi borcunu ifa etmeye zorlanır¹². Gerçekten, borcun ihlal edilmesi halinde nasıl hesaplanacağı ve ne kadar tutacağı henüz belirsiz olan bir tazminat yükü altına girmekten pek fazla çekinmeyecek olan borçlu, borcu ihlal ettiği anda alacaklının uğradığı zarara bağlı olmaksızın doğacak önceden belli bir cezanın kararlaştırılması durumunda, daha dikkatli ve özenli davranma zorunluluğu duyacaktır¹³. Sözleşme taraflarının, işçi ya da işveren bakımından cezai şart öngörmeleri mümkündür. İşveren bakımından, uygulamada özellikle hizmet sözleşmesinin feshine ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin cezai şarta bağlandığı görülmektedir. Cezai şart işçi aleyhine de öngörülebilir. Ancak, hizmet sözleşmesinde işçi aleyhinde cezai şart öngörülmesi, ekonomik yönden güçlü işverenin çok yüksek miktarda bir tutarı işçiye kabul ettirmesi riskini de

Yeni kanuna göre, rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sıraları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.

beraberinde getirmektedir. Nitekim, Yargıtay bu riski dikkate alarak, işçi aleyhinde getirilen cezai şartları sınırlamalara tabi tutmuştur. Yüksek Mahkeme, öncelikle, cezai şartın geçerliliğini belirlerken bunun işçi ve işveren bakımından “karşılıklı olup olmaması” noktasından hareket ederek, cezai şart işçi ve işveren açısından karşılıklı olarak değil de sadece işçi için öngörülmüşse, bunun tek yanlı olarak işçi aleyhine yapılan bir düzenleme niteliğinde olduğu gerekçesiyle işçiyi bağlamayacağı sonucuna ulaşmış¹⁴, buna mukabil karşılıklı olarak öngörülen cezai şartı geçerli olarak kabul etmiştir¹⁵. Yüksek Mahkemeye göre, işçinin aleyhine daha fazla miktarda cezai şartın öngörülmüş olması halinde, daha düşük olan, işveren aleyhindeki cezai şartın göz önünde tutulması ve bunun üzerindeki kısmın geçersiz sayılması gerekir¹⁶.

Cezai şart ile ilgili 420. maddeye göre; “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir”. Söz konusu düzenleme ile Yargıtay’ın görüşü bir anlamda yasalaşmış olmaktadır. Ancak özellikle eğitim karşılığı getirilen ceza hükümleri ve belirli süreli iş sözleşmesinde işçi aleyhine getirilen cezai şartlar bakımından söz konusu düzenlemenin isabet derecesi tartışılabilir niteliktedir¹⁷.

b) İbraname Uygulamaları

Hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, uygulamada son derece yaygın bir biçimde, işçiye imzalatılan ve işçinin alacaklarının tamamını aldığını ve hiçbir alacağı kalmadığını

gösteren ibranameler iş hukukumuzda tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır¹⁸. Yargıtay bu belgelerin geçerliliği ve ispat değeri konusunda vermiş olduğu kararlarla uygulamaya yön vermiştir. İbraname uygulaması, iş hukukumuz bakımından önemli bir sorunu oluşturmaktadır. Ancak, bu sorunun çözümü konusunda 4857 sayılı İş Yasası herhangi bir çözüm getirmemiştir.

Buna karşılık, yeni Borçlar Kanunu’nda ibranameye ilişkin önemli bir düzenleme getirildiğini görüyoruz. “*İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.*” (m. 420/2)

“*Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.*” (420/3)

“*İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır.*” (420/4)

Borçlar Kanunu’nun bu düzenlemelerinin isabet derecesi tartışmaya açıktır. Miktar içermeyen ibranamelerin, işçiler bakımından aleyhte bir durum yarattığı uzun zamandır tartışılan bir konudur. Bu noktada ibranamelerin değişik yönlerden sınırlanması akademik çevrelerde ve uygulamada da sıkça tartışılmıştır. Ancak Borçlar Kanunu’nun bu düzenlemesi “sınırlama” kavramını aşmış, deyim yerinde ise, ibranameler tamamen etkisiz hale getirilmiştir. Gerçekten, ibraname sadece basit bir makbuza dönüştürülmüştür. Maddede ibradan bahsedilmekle birlikte, içerikte “ibra” kavramını dahi görememekteyiz. İbranın yerini, deyim yerindeyse “ifa” almıştır¹⁹. Maddenin teknik açıdan isabetsizliği açıktır. Ulaşmaya çalıştı-

ğı hedef yönünden de aşırılığa kaçılmış olup, madde bu şekli ile yerinde olmamıştır²⁰.

IV. Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Rekabet Yasağı

Yeni Borçlar Kanunu, rekabet yasağına ilişkin olarak da önemli düzenlemeler getirmiştir. Nitekim, BK. 444. madde hükmüne göre; *“- Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir (f. I). Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir (f. II).”*

Rekabet yasağının sınırlarını belirleyen 445. maddeye göre ise; *“Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz (f. I). 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 (f. II).”*

Rekabet yasağına ilişkin olarak üç önemli değişiklik ve yenilik dikkat çekmektedir:

İlk olarak rekabet yasağına aykırılığın tespiti yeni bir ölçüt göze çarpmaktadır. Nitekim eski Borçlar Kanunu'nda, iki ölçüt getirilmişti: Müşterileri tanımak ve işin esrarına nüfuz etmek. Bu ölçütlerin yeni Borçlar Kanunu'nda da -genel olarak, kısmen ifade değiştirilmekle birlikte- korunduğunu görüyoruz. Yeni kanuna göre, rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda

bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir. Dikkat edilecek olur ise, burada “işverenin yaptığı işler” şeklinde bir üçüncü ölçüt daha getirilmiş olmaktadır.

Kanımızca İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alındığı (Fransızca metin) anlaşılan²¹ bu ölçüte de bir anlam verebilmek mümkün değildir. Bu değişiklik yasağın geçerlilik koşullarını işveren lehinde anlamsız biçimde genişletecektir. Her ne kadar bu koşulun maddede daha sonra gelen zarar tehlikesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekeceği söylenebilirse de, uygulama bakımından yerleşmiş, somut biçimde denetim konusu yapılabilen ölçütlere soyut ve belirsiz bir ölçüt eklemenin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

İkinci önemli değişiklik, rekabet yasağının bir üst sınır ile sınırlandırıldığını görüyoruz. Maddeye göre, rekabet yasağı özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz. Bu da isabetli bir düzenleme olmakla birlikte “özel durumlar dışında” aşamaz derken, özel durumlardan neyi kastettiğini anlamak mümkün değildir.

Üçüncü olarak; rekabet yasağının sınırlandırılmasında, işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutulması öngörülmüştür ki, bu düzenleme isabet taşımaktadır. Dikkat edilir ise, maddede, işverenin üstlendiği karşı edimden söz edilmiştir. Ancak böyle bir kavramdan söz edilmesine rağmen kanun bu kavramı olması gerektiği gibi düzenlememiştir. Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin olarak birçok ülkede, işçinin rekabet yasağı altına girmesinin karşılığı olarak işverenin de ona bir karşı edimde bulunma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Örneğin Alman Ticaret Kanunu'na göre rekabet yasağının geçerliliği, her yıl için son ücretin yarısı kadar bir karşı edimde bulunma şartına bağlanmıştır. Benzer şekilde İspanyol hukukunda, Portekiz hukukunda, İtalyan hukukunda, Avusturya hukukunda işverenin karşı edim yükümlülüğü mevcuttur. Macaristan'da, sınırlanan her yıl için işçinin ücretinin %25-50 arası değişen bir oranının ödenmesi gerekmektedir. Hollanda'da 2005 yılında yürürlüğe giren yasa ile, rekabet yasağı bir yıl ile sınırlanmış

ve işverene makul bir karşı edimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. İsveç'te ise, işverenin işçinin kayba uğradığı ücretin % 60'ını karşılayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Polonya'da ise bu oran % 25 olarak belirlenmiştir. Fransa gibi bazı ülke hukuklarında ise, yasada bir hüküm bulunmamakla birlikte, uygulamada toplu iş sözleşmeleri ile işverenin kaşı edim borcu düzenlenmektedir²². Buna göre karşı edimin kanunumuza alınmamış olması önemli bir eksiklik oluşturmaktadır. Hatta bu hali ile rekabet yasağına ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya, çalışma özgürlüğüne aykırı olduğunu dahi ileri sürmemiz mümkündür.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, 69 vd.
- 2 N. Çelik, İşçinin Feshe Karşı Korunması, Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul 1981, 49 vd; S.Taşkent, İş Güvencesi, Eyrenci-Sağlam-Taşkent-Ulucan'ın ortak yayını, Çalışma Hayatının Güncel Sorunları, İstanbul 1987, 74 vd.
- 3 Engin, Hizmet Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul 2003, 19.
- 4 Engin, Hizmet Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, 20-21.
- 5 Engin, Hizmet Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, 21.
- 6 Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 203.
- 7 Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik, Ankara 1995, 27-28.
- 8 Pélissier/Supiot/Jeamnaud, Droit du Travail, Dalloz 2002, 482-483.
- 9 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 22. bası, 195 ve dn. 47'de anılan kararlar; ihbar sürelerine ilişkin Yargıtay'ın görüşü ve değerlendirilmesi için: E. Özdemir, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 3, 95 vd.
- 10 Reisoğlu, Borçlar Hukuku, İstanbul 2005, 356; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, 341; P. Antonmattei, Contrat de Travail (Conclusion), Ed. Juris-Classeur-1997, (Travail/Traité), Fasc. 17-12, 26.
- 11 D. Mazeaud, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, Droit Social Avril 1994, 344; Antonmattei, Contrat de Travail, 26.
- 12 Mazeaud, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, 344.
- 13 Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 385; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 342.
- 14 Y. 9. HD, 17.11.1992, E. 1992/8777 K. 1992/12603 ve P. Soyer'in incelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1993, 306-308; Y. 9. HD, 26.6.1997, E. 1997/10135 K. 1997/13040, C. İ. Günay, İş Kanunu I, Ankara 1999, 300; HGK, 17.12.1997, E. 1997/9-816 K.1997/1062, Tekstil İşveren, Mart 1999, 15-16; 21.1.1998 1997/19361 K. 1998/389, Tekstil İşveren, Mayıs-Haziran 1998, 14; 2.3.1998. E. 1997/215; 1998/2833, YKD, Ekim 1998, 1483-1484.
- 15 Yargıtay'a göre, "...Taraflar arasında akdedilen bir yıllık belirli süreli hizmet sözleşmesinin süre bitiminden sonra feshedilmemesi nedeniyle sürenin bir yıl daha uzadığı taraflar arasında ihtilaf konusu değildir. Sözleşme gereğince taraflardan birisinin hizmet sözleşmesini haklı bir sebep olmadan feshetmesi hâlinde öngörülen 3000 USD 'nin ceza şart olduğu belirtilmiştir. Mahkeme iddiaı yerinde görerek 3000 USD' na hükmetmiştir. BK'nun 161/son maddesine göre hükmedilen miktar fahiş olup bir indirimle gidilmesi hatalıdır" 14.02.2005 2004/14528 2005/4135, (Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, sayı: 6, 705.
- 16 Y. 9. HD., 26.3.1997, E. 1996/22867, K. 1997/6102, C. İ. Günay, İş Kanunu I, Ankara 1998, m. 13 dn. 125.
- 17 Bu konu Yargıtay'ın 1992 yılı kararları seminerinde tartışılmış olup, K. Oğuzman genel görüşme sırasında bu konuda Yargıtay kararlarını kapsamlı biçimde eleştirmiştir. Oğuzman'ın eleştiri ve değerlendirmelerine katılıyoruz. Bkz. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1992, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, İstanbul 1994, 83-84.
- 18 İ. Sayıl, İbraname ve Hukuku Değeri, İşveren Dergisi, Ekim 1968/I, 28; M. Sözen, Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Adalet Dergisi, 1973/10, 856 vd.; Y. Kabalak, Yargıtay Kararlarına Göre İş Hukukunda İbra Belgeleri, İstanbul Barosu Dergisi, 944 vd.; M. Doğan, Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, İBD, Ekim/Kasım/Aralık 1990, 175 vd; H. Keser, Türk İş Hukukunda İbraname Uygulamamalı, Kamu-İş Dergisi, Temmuz 1999/105 vd.; Ş. Çil, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Kamu-İş Dergisi, 2004/3, 129 vd; E. Özdemir, "İş Hukukunda İbraname Uygulamaları", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, Sayı 5; 40 vd.
- 19 İbranın artık mümkün olamayacağı yönünde: Ş. Çil, 6098 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde iş hukukunda İbra sözleşmelerinin geçerliliği, Sicil, Mart 2011, 81.
- 20 E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 398 vd.
- 21 Art. 340/2: "La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible".
- 22 E. Özdemir, İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, III. Yılında Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası yay., 2005, 50-51.