

**BORÇLAR KANUNU TASARISI'NIN
HİZMET SÖZLEŞMESİ
İLE İLGİLİ YENİ DÜZENLEMELERİ***

Ar. Gör. Sedef KOÇ**

GİRİŞ

Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan Komisyonun hazırladığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı kamuoyunun bilgisine sunulmuştur¹. Tasarı, halihazırda Bakanlığın internet sitesinde "görüşe gönderilen kanun tasarıları" arasında yer almaktadır.

Tasarı'nın "*Hizmet Sözleşmeleri*" ile ilgili bölümünde, yürürlükte bulunan hükümlerde değişiklik yapılmasının yanında birçok yeni düzenleme getirilmiştir. Getirilen düzenlemelerde, genellikle İsviçre Borçlar Kanunu'nun ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükümlerinin göz önünde tutulduğu görülmektedir. Bazı konularda, İş Kanunu'nda dahi yer almayan hükümlere yer verildiği göze çarpmaktadır. Böylece, Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi ile ilgili hükümleri, İş Kanunu düzenlemelerine yaklaştırılmak istenmiştir.

Bu noktada, öncelikle Tasarı'da konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi hususu üzerinde durulmalıdır. Bireysel iş ilişkilerini düzenleyen ayrı bir kanun mevcut iken, Borçlar Kanunu içinde iş sözleşmesi ile ilgili bu kadar ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi eleştirilebilir. Bu görüşe karşı da, İş Kanunu'nun kapsam dışında bıraktığı Borçlar Kanunu'na tabi kişilerin durumlarının düzenlenmesi ve iyileştirilmesi gereği ileri sürülebilir.

Konuyla ilgili olarak yabancı ülke mevzuatlarına baktığımızda, farklı sistemlerin tercih edilmiş olduğu görülmektedir. İsviçre'de iş hukuku, birçok farklı kanunda düzenlenmiş durumdadır. Esas olarak İsviçre Borçlar Kanunu içinde yer alan hükümlerle iş ilişkileri ayrıntılı olarak düzenlenmiş (m. 319-362), diğer birtakım kanunlarda da bu hukuk dahi ile ilgili bazı konular hükme bağlanmıştır². Ancak iş ilişkilerini tümüyle düzenleyen bir iş kanu-

* Bu çalışma, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın kamuoyunun bilgisine sunulduğu andaki hali dikkate alınarak hazırlanmıştır. Çalışma yayınlanmak üzere verildikten sonra, Başbakanlığa gönderilen Tasarı'da, bizim de eleştirdiğimiz bazı konularda birtakım değişiklikler yapılmıştır.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Tasarı ile ilgili raporu için bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Erden KUNTALP/Nami BARLAS/Ahu AYANOĞLU MORALI/Pelin ÇAVUŞOĞLU İŞİNTAN/Mehtap İPEK/Mert YAŞAR/Sedef KOÇ, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Mayıs 2005

² REHBINDER Manfred, Droit Suisse du travail, Berne 1979, s. 23; AUBERT Gabriel, Les sources du droit du travail en Suisse, Les sources du droit du travail, sous la direction de Bernard TEYSSIE, PUF, Paris 1998, s. 113

nu mevcut değildir. Alman Hukukunda da benzer bir durum söz konusudur. Alman Medeni Kanunu içinde iş sözleşmesi ile ilgili hükümler yer almakta; bunun yanında ayrı birtakım kanuni düzenlemeler bulunmaktadır³. Bunlar arasında Feshe Karşı Koruma Kanunu, İşçi Buluşları Hakkında Kanun, Hastalık Halinde Ücretin Korunması Kanunu sayılabilir. Fransız hukukunda ise ayrı bir "iş kodu" bulunmakta, ayrıca Borçlar Kanunu kapsamında iş sözleşmesi düzenlenmemektedir⁴.

Ülkemizde de iş hukuku, çeşitli kanuni düzenlemelere konu olmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu, bireysel iş ilişkilerini düzenleyen temel kanundur ancak tüm iş ilişkilerini kapsayan genel bir "iş kodu" niteliğine sahip değildir⁵. Gemi adamları ile işverenler arasındaki ilişkileri düzenleyen Deniz İş Kanunu ve gazetecilerle işverenler arasındaki ilişkileri düzenleyen Basın İş Kanunu (Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanun) bireysel iş ilişkilerini düzenleyen diğer önemli kanunlardır. Toplu iş hukukuna ilişkin olarak da Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu bulunmaktadır. İş hukukunun kaynaklarından olan diğer kanun, Borçlar Kanunu'dur. Yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun Onuncu Babında "Hizmet akdi" ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işlere (İşK m. 4), niteliği itibarıyla otuz işgününden az süren süreksiz işlere (İşK m. 10), Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamına girmeyen iş ilişkilerine ve sözü geçen bu kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun *hizmet akdine* ilişkin hükümleri ile genel hükümleri uygulanmaktadır. Bu temel kanunlar dışında iş hukuku ile ilgili birçok kanun yürürlükte bulunmaktadır.

Tasarı'da İş Kanunu'nun birçok hükmü göz önünde tutularak, hatta bazı hükümleri aynen alınarak düzenlemeler yapılmış ve dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi ile ilgili hükümleri İş Kanunu düzenlemelerine yaklaştırılmıştır. İş Kanunu'nun Tasarı'da yer almayan bazı düzenlemeleri de (mesela iş güvencesi ile ilgili olanları) İş Kanunu kapsamındaki tüm işçilere uygulanmamaktadır. Buna karşılık iş sözleşmesi ile çalışan ancak İş Kanunu'nun kapsamında olmayanlara da asgari ücret uygulanacaktır (İşK m. 39/1). Giderek İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılan ve başka özel

³ KAUFMANN Otto, KESSLER Francis, KÖHLER Peter A., Le droit social en Allemagne, Paris 1991, s. 14

⁴ RIVERO Jean/Jean SAVATIER, Droit du travail, Paris 1993, s. 64-65; COUTURIER Gérard, Droit du travail I, Paris 1996, s. 49 vd.; JAVILLIER Jean-Claude, Droit du travail, L.G.D.J., Paris 1996, s. 85-86 ; PUIGELIER Catherine, Droit du travail, Dalloz, Paris 2001, s. 3; MAZEAUD Antoine, Droit du travail, Paris 2002, s.37; VERDIER Jean-Maurice, CŒURET Alain, SOURIAU Marie-Armelle, Droit du travail, DALLOZ, Paris 2002, s. 18 vd.

⁵ SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2005 (İş Hukuku), s. 45

düzenlemelere konu olmayan iş ilişkileri ve işçileri kapsama alma yolu tercih edilebilir ve böylece iş sözleşmesine dayanarak çalışan gruplar arasında ki bu ayrım ortadan kaldırılabilir.

Bu çalışma kapsamında, Tasarı'nın "Hizmet Sözleşmeleri" başlıklı Altıncı Bölümü ile ilgili genel bir değerlendirmenin ardından bu bölümde getirilen yenilikler, çarpıcı değişiklikler üzerinde durulacaktır⁶.

I- Genel Olarak

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Altıncı Bölümünde "Hizmet Sözleşmeleri" başlığı altında "Genel Hizmet Sözleşmesi" (m. 397-452), "Pazarlamacılık Sözleşmesi" (m. 453-465) ve "Evde Hizmet Sözleşmesi" (m. 466-474) düzenlenmiştir.

Tasarı'da, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki 'hizmet akdi' yerine 'hizmet sözleşmesi' terimi kullanılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise "iş sözleşmesi" terimi tercih edilmiştir. Doktrinde bu sözleşmeyi ifade etmek üzere "hizmet akdi", "hizmet sözleşmesi", "iş akdi", "iş sözleşmesi" terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Bu terimlerin her biri aynı sözleşmeyi ifade ettiği için⁷, terim birliğini sağlamak adına yürürlükteki İş Kanunumuzda kullanılan iş sözleşmesi terimi burada da tercih edilmelidir. "İş sahibi" terimi ise yerinde bir değişiklik ile Tasarı'da "işveren" terimi ile karşılanmıştır. Hizmet sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili hükümlerde ise, "ihbar müddeti" yerine "fesih süresi" terimi kullanılmıştır. Yine İş Kanunu ile terim birliğini sağlamak adına "bildirim süresi" teriminin tercih edilmesi uygun olacaktır.

Tasarı, yeni birtakım düzenlemeler getirmiş, Borçlar Kanunu'nun bazı maddelerini değiştirerek düzenlemiş, bazı maddelerini ise almamıştır. Yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 315, 316, 317, 318, 319, 322, 330, 343, 350 (başka bir madde içinde düzenlenmiştir), 353 ve 354. maddelerinin Tasarı'da karşılığı bulunmamaktadır.

II- Hizmet Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları, Geçersizliği

Tasarı'nın 397. maddesinin ilk fıkrasına 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 söz-

⁶ Tasarı'nın bu bölümünde yer alan maddelere ilişkin değerlendirmeler için bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler'in Sedef KOÇ tarafından hazırlanan bölümü, s. 202 vd.

⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 25-29 Haziran 2003 Çeşme, s. 79, 81-82

leşmedir." Bu düzenlemedeki önemli yenilik, hizmet sözleşmesinin tanımında bağımlılık unsuruna yer verilmiş olmasıdır. Bağımlılık, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda yer almayan ancak doktrinde ve yargı kararlarında iş sözleşmesinin ayırdedici unsuru olarak kabul edilmiş bir ölçüttür⁸ ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin ilk fıkrasındaki iş sözleşmesi tanımında da yer almıştır. Maddenin gerekçesinde de, Tasarı'nın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin genelinde olduğu gibi, İsviçre Borçlar Kanununun ve İş Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinin göz önünde tutulduğu ifade edilmiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise kısmî süreli hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin de, İBK m. 319/2 ve İşK m. 13 dikkate alınarak yapıldığı görülmektedir. Buna göre, işçinin iş görme edimini bir işverene kısmî süreli olarak sunması halinde de hizmet sözleşmesinin varlığından bahsedilecektir. Böylece, uygulamada sıkça görülen bir çalışma modeline Tasarı'da yer verilmiş bulunmaktadır.

Tasarı'nın 398. maddesinin son fıkrasında hizmet sözleşmesinin geçersizliği ile ilgili yeni bir düzenleme getirilmektedir. Bu düzenleme ile, doktrinde kabul edildiği gibi, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağı ifade edilmiştir. Gerçekten de, iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması halinde, tarafların o güne kadar ifa etmiş oldukları edimlerin geri verilmesi gerekir. Ancak bu durum, iş sözleşmesinin yapısına uymayan çözümsüz bir tasfiye sistemi yaratır. Bu sebeple iş sözleşmesinin geçersizliğinin ancak ileriye dönük etki göstereceği kabul edilmektedir⁹. Söz konusu düzenleme de, bu görüşü yansıtmaktadır. Maddenin gerekçesinde ifade edildiği üzere, "işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır." Maddenin düzenlenmesinde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinin göz önünde tutulduğu ancak,

⁸ SAYMEN Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 395-397; EKONOMİ Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 73-74; NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s. 135-139; ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004, s. 73 vd., SÜZEK, İş Hukuku, s. 191 vd.; GÜZEL Ali, Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997 (Bağımlılık), s. 97; AYM, 26-27.9.1967, E.1963/336, K.1967/29, RG 19 Ekim 1968, S. 13031; YHGK, 13.04.1977, 9-1635/355, YKD Mayıs 1978, s. 676

⁹ REHBINDER s. 40-41 ; SÜZEK, İş Hukuku, s. 261; YİBK, 18.06.1958, 20/9, RG 30.09.1958, S. 10020

işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan "iyiniyetle iş görme" koşuluna Tasarı'da yer verilmediği de açıklanmıştır.

III- İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar

1) İşçinin borçları ve sorumluluğu

Tasarı'da, "İşçinin borçları" başlığı altında, "Bizzat çalışma borcu", "Özen ve sadakat borcu", "Teslim ve hesap verme borcu", "Fazla çalışma borcu" ve "Düzenlemelere ve talimata uyma borcu"nun düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

- 399. maddede, işçinin iş görme edimini bizzat ifa etmesi yönündeki kural korunmuş ancak işverenin iş görme alacağını devri ile ilgili BK m. 320/2 hükmü Tasarı'ya alınmamıştır. BK m. 320/2'ye göre, aksi kararlaştırılmadıkça veya halin icabından anlaşılmadıkça işveren de işin yapılmasını isteme hakkını başkasına devredemez. Bu hüküm, iş hukuku doktrininde, konu İş Kanunu'nda düzenlenmeden önce, bir işverenin işçisini, onun rızasını alarak geçici bir süre için başka bir işverenin yanında çalışmak üzere göndermesi suretiyle kurulan geçici (ödünç) iş ilişkisinin kanuni dayanağı olarak kabul edilmekteydi¹⁰. Bu hukuki ilişki, 4857 sayılı İş Kanunu'nda özel düzenlemeye konu olmuştur.
- 400. maddenin işçinin özenle ifa borcunu ve işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakat borcunu düzenleyen ilk fıkrası, kısmen BK m. 321/1'i karşılamaktadır. Mevcut düzenlemedeki işçinin özenle ifa borcunun yanında sadakat borcu da düzenlenmiştir. İşçinin, işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranma yükümlülüğü, sonraki maddelerle bir arada değerlendirilmelidir. "Teslim ve hesap verme borcu" ile "fazla çalışma borcu", sadakat borcunun olumlu yönünü; bu maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenen rekabet etmeme ve sır saklama borçları da olumsuz yönünü ifade etmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu'ndan aynen alınan maddede özen borcu, sadakat borcu, sır saklama yükümlülüğü ve rekabet etmeme borcunun bir arada düzenlendiği görülmektedir. Özen borcunun ve bu borca aykırılığın ayrı bir maddede düzenlenmesi yolu tercih edilebilir.

İBK m. 321b'nin tercümesi olan 401. maddede düzenlenen hususlar, işçinin iş görme edimini özenle ifa ve sadakat borcu kapsamında değerlendirilebilir. İşin görülmesi sırasında işçinin üçüncü kişiden aldığı şeyleri derhal teslim etme ve bunlar hakkında hesap verme yükümlülüğü özel olarak düzenlenmiştir.

¹⁰ SOYER Polat, İşçinin İş Görme Borcu, İzmir 1979, Yayınlanmamış doktora tezi, s. 100 vd.; AKYİĞİT Ercan, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, s.12 vd.; ENGİN Murat, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993, s. 91 vd.

- 402. madde, mevcut BK m. 329/1'deki düzenlemeyi karşılamaktadır. Ancak BK m. 329/1'den farklı olarak İş Kanunu'na göre belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmayı fazla çalışma olarak tanımlamıştır. Buna göre, haftalık 45 saatlik çalışma süresini aşan çalışmalar fazla çalışma sayılacaktır (İşK m. 63, m. 41). Madde-nin ilk fıkrasının ilk cümlesi, olağan fazla çalışmayı tanımlamaktadır. Ar-dından, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğunun doğması hali düzenlenmiştir. Bu durumda, bu çalışmayı yerine getirebilecek durumda bulunan ve bundan kaçınma-sı dürüstlük kuralına aykırı sayılabilecek olan işçi, karşılığı ödenmek şartıyla fazla çalışma yapmakla yükümlüdür. Bu ikinci cümle, BK m. 329/1'de yer alan ifadeyi karşılamaktadır. Aynı zamanda zorunlu neden-lerle fazla çalışmayı düzenleyen İşK m. 42 ile paralellik arz etmektedir. Ancak İş Kanunu'nda zorlayıcı nedeni de içine alan daha geniş kapsamlı bir düzenleme söz konusudur. Burada İşK m. 42'ye paralel bir düzenleme mi yoksa olağan fazla çalışmada işçinin rızasının aranması kuralına bir istisna mı getirildiği tartışılabilir. Bu açıdan madde metnine açıklık ka-zandırılması uygun olacaktır. Fazla çalışmanın karşılığı 406. maddede düzenlenmektedir.
- Yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir düzenleme geti-ren 403. maddede, işverenin yönetim hakkı ve işçinin talimatlara uyma borcu düzenlenmektedir. İşverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerinde-ki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapması ile kastedilen, uy-gulamada "iç yönetmelik", "personel yönetmeliği", "dâhili talimatname", "işyeri yönetmeliği" gibi isimlerle anılan düzenlemelerdir. Özel talimat verme ise, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde işin yürütümü ile ilgili olarak işçileri emir ve talimatlarıyla yönlendirmesini ifade eder. Madde-nin gerekçesinde de bu ayrım şöyle belirtilmiştir: "İşverenin koyduğu ge-nel düzenlemeler bütün işçiler ve işyeri için bağlayıcı düzenlemeler ol-duğu halde, özel talimat, ancak işin özelliği gerektirdiği ölçüde konula-bilen ve sadece muhataplarının bilgisine ulaştırıldığı takdirde bağlayıcı olabilen düzenlemelerdir." İki fıkradan oluşan İBK m. 321d, tek fıkra halinde aynen alınmıştır. Konuyla ilgili olarak BK m. 315'in Tasarı'ya alınmamış olduğu da belirtilmelidir. BK m. 315, işverence düzenlenen iç yönetmelik hükümlerinin bağlayıcılık kazanabilmesinin şartlarını hük-me bağlamaktadır. Buna göre, iç yönetmelik kurallarının işverence iş sözleşmesinin kurulmasından önce yazılmış ve işçiye bildirilmiş olması gerekir. Ancak bu şartlar yerine getirildikten sonra bağlayıcılık kazanan iç yönetmelik, iş sözleşmesinin eki niteliğini kazanır. Tasarı'nın bu mad-desinde de, bu şartları ortaya koyan düzenlemenin korunması yerinde olacaktır.

- İşçinin sorumluluğu başlığını taşıyan 404. maddede, BK m. 321/2'deki "kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik" ifadeleri yerine kusur ifadesi tercih edilmiştir. Buna göre, işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Maddenin ikinci fıkrasında işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılacak ölçütlere yer verilmiştir. Bu ölçütler arasında, BK m. 321/3 ve İBK m. 321e'de yer alan sözleşmeden bahsedilmemiştir. İşin tehlikeli olup olmaması ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ölçütü, İsviçre Borçlar Kanunundan alınmış; yine İsviçre Borçlar Kanununda ve BK m. 321/3'te yer alan işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri ölçütü korunmuştur. Maddeyi, işçinin işini özenle ifa borcunu düzenleyen 400. madde ile bir arada ele almak gerekir.

2) İşverenin borçları

Tasarı'da "İşverenin borçları" başlığı altında, I. Ücret ödeme borcu, II. İş araç ve malzemeleri, III. Giderler, IV. İşçinin kişiliğinin korunması, V. Tatil ve izinler, VI. Hizmet belgesi düzenlenmiştir.

a) Ücretle ilgili düzenlemeler

- İşverenin iş sözleşmesinden doğan temel borcu olan ücretle ilgili olarak ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. "Ücret ödeme borcu" başlığı altında, ücret türleri düzenlenmiş, ücretin ödenme zamanı ve yeri belirtilmiş, işverenin işçiden olan alacağı ile ücretin takas edilmesi hususu hükme bağlanmış, işverenin temerrüdü ile işçinin iş görme edimini yerine getiremediği bazı hallerde ücretin ödenmesi ile ilgili düzenleme getirilmiş, ücret alacağının haczi, devri ve rehnedilmesi ile ilgili yeni bir hükme yer verilmiş ve parça başına veya götürü usulü çalışmada ödenecek ücret de ayrıca düzenlenmiştir.
- Fazla çalışma ücretini düzenleyen ve BK m. 329/2'yi karşılayan 406. maddede, İş Kanunu'ndaki düzenlemeye (İşK m. 41/2, 4) paralel şekilde, fazla çalışmanın karşılığı olarak normal ücretin en az yüzde elli fazlasıyla ödeneceği veya işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine izin verilebileceği ifade edilmiştir. Tasarının bu düzenlemesi bir noktada, İş Kanunu'nun ilgili hükmünden ayrılmaktadır. İşK m. 42/4'e göre, "...işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı ... serbest zaman olarak kullanabilir." Görüldüğü gibi, İş Kanunu'na göre, işçi isterse fazla çalışma ücretini alacak, isterse serbest zaman kullanacaktır. Tasarı'daki düzenlemede ise, işveren, fazla çalışma ücreti ödemek yerine işçinin rızasını alarak ona izin verebilecektir. Böylece, fazla çalışma ücreti ile serbest zaman arasında seçim yetkisi işverene tanınmaktadır. Bu düzenlemenin, ilgili İş Kanunu hük-

mü de dikkate alınarak gözden geçirilmesi gerekir. Maddede, bu iznin "uygun bir zamanda" kullanılacağı belirtilmekle yetinilmiştir. BK m. 329/2'de, işçiye, sözleşme ile belirlenen ücretiyle orantılı ve hususi halleri dikkate alarak belirlenecek bir ücretin ödeneceği hüküm altına alınmıştır.

- 408. maddede, işçinin belli işlerde aracılık yapması hali ve bunun karşılığında ödenecek ücretle ilgili hususlar düzenlenmektedir. Aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçi ücrete hak kazanmaktadır. Borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmelerle sigorta sözleşmelerinde aracılık halinde, taraflar, her kısma ilişkin ücretin o kısma ait borcun muaccel olması veya yerine getirilmesiyle doğacağını yazılı olarak kararlaştırabilirler. Aracılık yapılan sözleşmeden doğan borçların işverence, kendisinin kusuru olmaksızın ifa edilmemesi ya da üçüncü kişinin borçlarını yerine getirmemesi halinde işçinin ücreti talep hakkının sona ereceği hükme bağlanmaktadır. Ancak bu fıkradaki "sözleşmenin ifa edilmemesi" ifadesi gözden geçirilmelidir. Son iki fıkroda ise, işverenin ücretle ilgili yazılı hesap verme ve hesabın gözden geçirilmesi ihtiyacının ortaya çıkması halinde bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmektedir.
- 409. maddede düzenlenen ikramiye, asıl ücrete ek olarak bazı vesilelerle verilen özel bir ücret olarak tanımlanmaktadır. İkramiye, toplu iş sözleşmesinde veya bireysel iş sözleşmesinde kararlaştırılmışsa veya bir iş şartı haline gelmişse, ücretin bir bölümünü oluşturur ve işçiye talep hakkı sağlar¹¹. Maddenin ilk fıkrasında bu durum, "bu konuda anlaşma olması hali" ile ifade edilmiştir. İkramiyenin verilmesinin iş şartı haline gelmesi ihtimali de burada düzenlenmelidir. Maddenin ikinci fıkrasında, iş hukuku doktrini ve yargısı tarafından kabul edilen görüşe uygun olarak, hizmet sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermesi halinde işçinin bunun orantılı bir bölümünü isteyebileceği hükme bağlanmıştır¹². Bu ifadeyi, işçinin çalıştığı süre ile orantılı olarak talepte bulunması şeklinde anlamak gerekir.
- Tasarı'nın 412. maddesinde işverenin direnimi durumunda ücret konusu düzenlenmektedir. BK m. 325'i karşılayan maddede işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesinin yanında "iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi" hali de düzenlenmektedir. Maddenin gerekçesinde, işverenin işin görülmesini kusuruyla engellemesinin, o işin yapılmasından vazgeçmesi, işçinin yerine başkasını çalıştırması gibi nedenlere

¹¹ ÇELİK, s. 136; SÜZEK, İş Hukuku, s. 284

¹² ÇELİK, s. 137; Yarg. 9. HD., 20.09.1993, 9825/13246, İHD Ekim-Aralık 1993, s. 603; Yarg. 9. HD., 24.03.1998, 3248/5578, EKONOMİ Münir, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000, s. 92

dayanabileceği ifade edilmiştir. Gerekçede yer alan bu haller de, işverenin temerrüdü sonucunu doğurmaktadır. Madde metninde kısaca işverenin direniminden bahsedilmesi yeterlidir.

- 413. maddede işçinin çalışmayı durdurması durumunda, işverenin ücret ödeme yükümlülüğü sınırlandırılmıştır. Buna göre, işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, işçiye çalışmadığı süre için hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür. Maddenin gerekçesinde de, işçinin çalışmadığı süre içinde başka bir yoldan, mesela bir sosyal güvenlik kurumundan gelir elde etmesi halinde işverenin ücret ödeme borcunun bulunmadığı ifade edilmiştir. İş Kanununun geçici iş göremezlik ödeneğini düzenleyen 48. maddesinde de bu yönde bir hüküm yer almaktadır. Maddede, işverenin ödeyeceği ücret, hakkaniyete uygun bir ücret olarak öngörülmüştür. Maddenin düzenlenmesinde göz önünde tutulan İBK m. 324a'nın ikinci fıkrasında ise, bu halde işverenin, aksi kararlaştırılmamışsa, ilk yıl boyunca üç haftalık ücreti, daha sonra ise ilişkinin süresi ve özel şartlar göz önünde tutularak hakkaniyete göre belirlenecek daha uzun bir sürenin ücretini ödeyeceği hükme bağlanmıştır.
- BK m. 324/2 ise maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında değiştirilerek düzenlenmiştir. Buna göre, işverenin kusuru bulunmaksızın sözleşmede öngörülen parça başına veya götürü iş sağlanamıyorsa ya da işletme şartları geçici olarak öyle gerektiriyorsa, işçiye ücreti zaman esasına göre ödenir. Bu durumda ödenecek ücret başka şekilde belirlenmemişse parça başına veya götürü olarak alınan ortalama ücrete eşdeğer olacaktır. İşveren zamana göre de iş sağlayamıyorsa, alacaklı temerrüdü hükümleri (m. 412) uyarınca ödeyeceği ücreti ödemekle yükümlü olur.

b) İşçinin kişiliğinin korunması ile ilgili düzenlemeler

- Genel olarak

Tasarı'nın 421. maddesinde, işverenin işçiyi gözetme borcu düzenlenmektedir. Gözetme borcunun kapsamına, genel olarak işçinin kişiliğinin korunması ve buna bağlı olarak işçinin yaşamının, sağlığının ve vücut bütünlüğünün sağlanması için gerekli önlemlerin alınması girer. Yeni bir düzenleme getiren ilk fıkra da özellikle işçinin kişiliğinin korunması, cinsel tacize uğramasının önlenmesi hususu vurgulanmaktadır. Gerekçesinde metnin tekrardan başka birtakım açıklamaların yapıldığı ender maddelerden biridir: "Gerçekten, işverenin, işçinin sağlığını korumak amacıyla hastalandığında onu çalışmaya zorlamama, tedavisi için gerekli izinleri verme, gerektiğinde işyerinde acil tedavi olanaklarını sağlama gibi yükümlülükleri söz konusudur. Böylece, işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağ-

lanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde "ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle" yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Bu yükümlülüğünün diğer bir görünümünü ise, işverenin işçilerin cinsel tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alması oluşturmaktadır. İşveren bu amaçla, işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlüdür."

Maddenin ikinci fıkrasında, işverenin, işçinin yaşamını, sağlığını ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir. Gerekçede, işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. İşverenin, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen, deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Gerekçede, İş Kanunu'nun 77. maddesinin birinci fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verildiği belirtilmiştir. Söz konusu maddede, işverenler, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için, herhangi bir sınırlama öngörülmezsizin gerekli her türlü önlemi almakla yükümlü tutulmuşlardır. İşçinin ev düzeni içinde çalışması halinde işverenin yükümlülüğü, 422. maddede ayrıca düzenlenmiştir.

- Kişisel verilerin işlenmesinde

423. madde, işçinin özel hayatının korunması ile ilgili önemli bir düzenleme getirmektedir. Maddenin gerekçesinde ifade edildiği üzere, "teknolojik gelişmeler sonucu günlük hayatının bir parçası hâline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin işlenmesi konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapılmıştır." İşyeri kayıt ve belgelerindeki kişisel verilerin belirtilen şartlarla işlenebileceği hükme bağlanmıştır. Ancak "*işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği (...) için gerekli olmaları*" ibaresi ile neyin anlatılmak istendiği tam olarak anlaşılamamaktadır.

- Ceza koşulunda ve ibrada

424. maddenin ilk fıkrasında, doktrinde ileri sürülen ve Yargıtay tarafından benimsenen görüşler çerçevesinde, cezai şartın geçerliliği konusunda önemli bir düzenleme getirilmektedir. Buna göre, hizmet sözleşmelerine koyulacak ceza koşulunun geçerli olabilmesi, her iki taraf için de öngörülmesine bağlı olacaktır. Bu hükümle, konu ile ilgili yerleşmiş uygulama kanunî düzenlemeye konu olmaktadır. Cezai şartın belirli süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olabileceğini kabul eden Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, iş sözleşmesinde tek taraflı olarak işçi aleyhine cezai şart getirilmesini geçersiz

saymaktadır¹³. Bunun gibi, işçinin ödemek zorunda kalacağı cezai şart miktarının işvereninkine göre yüksek tutulduğu hallerde de, düşük olan cezai şartın işçi için de geçerli olduğu sonucuna varmaktadır. Bununla birlikte, bazı hallerde (özellikle mesleki eğitim verilmesi durumunda) tek taraflı olarak cezai şartın kararlaştırılabilmesinin menfaatler dengesine uygun düştüğü görüşü, Yargıtay tarafından da benimsenmiştir¹⁴. Ancak burada açıkça cezai şartın her iki taraf için de öngörülmesi şartı getirilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrası, ibra anlaşmaları ile ilgili düzenleme getirmektedir. İş Kanununda düzenlenmeyen ancak uygulamada sıkça karşılaşılan bir konu hükme bağlanmaktadır. İş hukuku doktrini ve Yargıtay, iş sözleşmesinin sona ermesinden önce düzenlenen ibranameleri geçersiz kabul etmektedir¹⁵. Ayrıca Yargıtay, işçinin işverenden olan bir veya birden çok alacağını ortadan kaldıran bu sözleşmede, ibra edilen alacakların tek tek sayılmasını aramaktadır¹⁶. Getirilen düzenleme, iş hukukunda kabul gören görüş doğrultusunda ibranamenin dar yorumlanması gerektiğini yansıtmaktadır. İlgili hükümde yer alan, *işçinin haklarını yeterince korumadığı veya aşırı ölçüde sınırladığı açıkça belli olan ibra anlaşmaları* ifadesi de herhalde bu gereği yansıtmaktadır. Sözü geçen ibra anlaşmalarının, hizmet ilişkisinin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde iptalinin istenebileceği hükme bağlanmaktadır. İbra sözleşmesini hata, hile veya tehdit sonucu yapmış olan işçi, genel hükümler uyarınca irade sakatlığına dayanarak sözleşmenin iptalini isteyebilir¹⁷. Burada ibra sözleşmesinin iptali konusu özel olarak düzenlenmekte ve iptal hakkı için öngörülen iki yıllık süre hizmet ilişkisinin sona ermesinden itibaren bağlamaktadır. Bu noktada, iş sözleşmesinin sona ermesinden önce düzenlenen ibranamelerin geçersiz olacağı açıkça ifade edilmelidir.

c) Tatil ve izinlerle ilgili düzenlemeler

“Tatil ve izinler” başlığı altında “Hafta tatili ve iş arama izni” ile “Yıllık izin”

- 13 Yarg. 9.HD., 17.11.1992, 8777/12603, SOYER'in incelemesi, İHD Nisan-Haziran 1993, s. 306-308
- 14 Yarg. 9.HD., 29.03.2000, 507/4100, SOYER'in incelemesi, Çimento İşveren, Eylül 2000, s. 19-25
- 15 SAYMEN, s. 614; OĞUZMAN M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 287; ÇELİK, s. 254; SÜZEK, İş Hukuku, s. 599; Yarg. 9.HD., 18.12.2003, 8998/20326, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 2004, s. 659-660
- 16 Yarg. 9.HD., 03.06.1997, 7572/10644, YKD, Mayıs 1998, s. 686-687; Yarg. 9.HD., 13.05.1997, 3755/8805, YKD, Kasım 1998, s. 1639-1640; Yarg. 9.HD., 25.09.2003, 2690/15379, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 2004, s. 210-211
- 17 SAYMEN, s. 614; OĞUZMAN, s. 287; SÜZEK, İş Hukuku, s. 602

düzenlenmektedir. 425. maddeye göre, işveren işçiye kural olarak pazar günü, eğer bu mümkün olmazsa başka bir tam gün tatil vermekle yükümlüdür.

Tasarı'nın 426 vd. maddelerinde işçilerin yıllık izin hakkı düzenlenmektedir. Anayasa'nın 50. maddesi, çalışanların dinlenme hakkını güvence altına almış, bu çerçevede yıllık ücretli izin hakkının da kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. Yürürlükte bulunan Borçlar Kanunumuzda yer almayan yıllık ücretli iznin Tasarı'da düzenlenmesi, önemli bir eksikliği gidermiş olmaktadır. 426. maddede, İş Kanunu'na paralel olarak en az bir yıl çalışmış olma şartı getirilmiş, İş Kanunu'ndan farklı olarak hizmet süresine göre bir belirleme yapılmadan en az iki haftalık bir süre öngörülmüştür. Yine İş Kanunundaki gibi, 18 yaşından küçük ve 50 yaşından büyük işçiler için asgari bir sınır getirilmiştir. Burada üç hafta olarak öngörülen süre, İşK m. 53/5'te 20 gün olarak belirlenmiştir.

427. maddede, yıllık ücretli izin süresinden indirim yapılabilecek ve yapılamayacak haller düzenlenmektedir. İşK m. 56/4 bu konuda, işveren tarafından yıl içinde verilen diğer ücretli veya ücretsiz izinlerin veya dinlenme ve hastalık izinlerinin yıllık izinden mahsup edilemeyeceği kuralını getirmektedir.

İlk fıkrada, işçinin bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun süre iş görmemesi hali, yıllık ücretli izin süresinden indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, çalışılmayan her ay için izin süresinden bir gün indirim yapılabilecektir. İkinci fıkrada belirtilen hallerden kaza ve hastalık hali için İş Kanunu'na göre çalışma süresine göre bildirim sürelerine eklenecek altı haftaya kadar olan süre ve kanunî bir ödevin yerine getirilmesi hali için de doksan günlük süre esas alınmıştır. Üçüncü fıkrada, gebelik ve doğum halinde en çok üç ay süreyle çalışmayan kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapılamayacağı düzenlenmektedir. İş Kanununda kadın işçilerin doğumdan önce sekiz hafta ve doğumdan sonra sekiz hafta süre için çalıştırılmamaları esasını getiren İşK m. 74'e ve bu süreleri yıllık ücretli iznin hesabında çalışılmış gibi sayan İşK m. 55/b'ye ters düşen bir düzenlemedir. Son fıkrada ise, ikinci ve üçüncü fıkralardaki düzenlemelerin aksinin kararlaştırılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yıllık ücretli iznin nasıl kullanılacağını düzenleyen 428. maddeye göre, kural yıllık ücretli iznin aralıksız kullanılmasıdır, ancak taraflar anlaşarak bu süreyi ikiye bölebilirler. İşK m. 56'ya göre, izin süreleri tarafların anlaşmasıyla bir bölümü on günden az olmamak üzere en çok üçe bölünebilir. İkinci fıkrada, yıllık ücretli izin tarihlerinin belirlenmesinde, işyeri ve ev düzeni ile bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerinin göz önünde tutulacağı hükme bağlanmıştır.

Yıllık izin ücretini düzenleyen 429. maddenin ilk fıkrası, İşK m. 57/1'e paralel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, yıllık ücretli izin süresine ait ücret, işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödenecek veya avans olarak verilecektir. İkinci fıkrada, İşK m. 53/2'ye paralel olarak, işçinin işverenden alacağı para veya başka menfaatler karşılığında izin hakkından feragat edemeyeceği düzenlenmektedir. Yıllık ücretli izinle ilgili temel bir ilkeyi ortaya koyan düzenlemenin, yıllık izin ücretini düzenleyen maddenin içinde değil de, konuyla ilgili ilk hüküm olan 426. maddede ele alınması düşünülebilir. Üçüncü fıkrada, İşK m. 59/1 düzenlemesine paralel olarak, kullanılmayan izin sürelerine ait ücretin sözleşmenin sona ermesi halinde ödenmesi ve buna ilişkin zamanaşımı hükmüne bağlanmaktadır. Dördüncü fıkrada da yine İşK m. 58 ile paralellik sağlamaktadır. Yıllık izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalışan işçiye ödenen izin ücretinin işveren tarafından geri alınabileceği düzenlenmektedir.

IV- Hizmet ilişkisinin devri

1) İşyerinin tamamının veya bir bölümünün devri

Tasarı'nın 432. maddesi, İşK m. 6'da düzenlenen işyeri devrini aynen hükme bağlamaktadır. İşyerinin tamamen veya kısmen devri halinde, hizmet sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla yeni işverene geçeceği yönündeki esas ortaya koymakta, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı belirtilmekte ve devirden önce doğmuş olan borçlardan iki işverenin müteselsil sorumluluğu düzenlenmektedir.

2) Sözleşmenin devri

Tasarı'nın 433. maddesinde, 4857 sayılı İş Kanununun Tasarısında¹⁸ yer alıp da kanunlaşmayan sözleşmenin devri kurumu düzenlenmektedir. Tasarı'nın 210. maddesinde yer alan kurumun özel düzenlemesidir. İlk fıkraya işçinin rızasının yazılı olması şartı eklenmelidir.

¹⁸ İş Kanunu Tasarısının 7. maddesi iş sözleşmesinin devrini düzenlemekteydi: "Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını sürekli olarak başka işverene devredebilir. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan işveren bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı sıfatını kazanır."

V- Sözleşmenin sona ermesi

1) Belirli süreli sözleşmede

Tasarı'nın 434. maddesinde, sürenin sonunda sözleşmenin sona erdirilmeyecek taraflarca zımnen sürdürülmesi hali düzenlenmektedir. BK m. 339/1'deki "... akit aynı müddet ve fakat nihayet bir sene için tecdit edilmiş sayılır" ifadesi yerine bu halde sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği yönünde bir ifade kullanılmıştır. Buna göre, sürenin bitmiş olmasına rağmen sözleşme ilişkisinin taraflarca sürdürülmesi halinde, sözleşmenin yenilenmesinden değil, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesinden bahsedilecektir. Aynı fıkra, esaslı bir nedenin varlığı halinde üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Gerekçede, İŞK m. 11'den yararlanıldığı ve düzenlemenin bu maddeyle uyumlu hale getirildiği açıklanmıştır. Ancak İş Kanunu ile paralellik sağlamak için, belirli süreli sözleşmenin ancak esaslı nedenin varlığı halinde yapılabileceği de hükme bağlanmıştır.

2) Belirsiz süreli sözleşmede

Tasarı'nın "Fesih süresi" başlıklı 436. maddesi, BK m. 340 ve m. 341 düzenlemelerini karşılamakta ancak İŞK m. 17 dikkate alınarak getirilen yenilikleri de içermektedir. İhbar süreleri, İş Kanunu'na göre daha uzun kıdem aralıklarına daha kısa süreler olarak düzenlenmiştir. Üçüncü fıkra, İŞK m. 17/3'ü karşılayan nisbi emredici bir hükümdür. İhbar tazminatı ve bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi yoluyla fesih ile ilgili hükümler de yine İş Kanunu ile paralellik göstermektedir. Altıncı fıkra, fesih sürelerinin her iki taraf için de aynı olması gerektiği (BK m. 340/3), sözleşme ile farklı süreler kararlaştırılmışsa, her iki tarafa da uzun olan fesih süresinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Taraflar için farklı bildirim sürelerinin öngörülüp öngörülemeyeceği iş hukuku doktrininde tartışmalı bir konudur. Tasarı'nın bu düzenlemesi, işverenin uyması gereken sürenin daha uzun tutulabileceği yönündeki görüşü¹⁹ yansıtmaktadır. Aynı maddenin son fıkrasında, askı süresinde fesih (bildirim) sürelerinin işlemeyeceği de belirtilmiştir.

3) Feshe karşı koruma

Tasarı'nın 438. maddesinde, İŞK m. 17/6'ya paralel olarak kötü niyet tazminatı düzenlenmektedir. İşverenin fesih hakkını kötüye kullanarak sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda, işçiye fesih (bildirim) süresinin üç katı tutarında tazminat ödemesi öngörülmüştür.

¹⁹ ÇELİK, s. 180-181; SÜZEK, İş Hukuku, s. 405-406

4) Haklı nedenle derhal fesih

Tasarı'nın 439. maddesinin ilk fıkrası ile sözleşmeyi fesheden tarafın diğer tarafın isteği üzerine fesih sebebini yazılı olarak bildirme zorunluluğu düzenlenmiştir. 439. maddenin ikinci fıkrasında, yürürlükteki Borçlar Kanunu'ndaki haklı neden tanımı korunmuştur. Maddenin gerekçesinde, hizmet ilişkisini sürdürmenin dürüstlük kurallarına göre mümkün olup olmadığı'nın her somut olaya göre değerlendirileceği, bu konuda İşK m. 24 ve m. 25'teki haklı neden örneklerinden ve İşK m. 18'de yer alan geçerli sebep örneklerinden yararlanılabileceği ifade edilmiştir. Ancak bu maddede haklı nedenle derhal fesih hakkı düzenlenmektedir ve süreli fesih ve haklı nedenle derhal fesih iki ayrı fesih türü olduğundan burada süreli fesihle ilgili hükümlere atıf yapılması yerinde olmamıştır. Ayrıca, İşK m. 18'de geçerli sebep örnekleri değil, özellikle fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar sayılmaktadır. İşK m. 17 vd.'da süreli fesih düzenlenmekte, İşK m. 18'de de feshin geçerli sebebe dayandırılması esası getirilmektedir.

Tasarı'nın 442. maddesinde, işveren tarafından haklı neden olmaksızın yapılan feshin sonuçları düzenlenmektedir. İşverenin sözleşmeyi haklı bir neden olmadan derhal feshi halinde, işçinin, belirsiz süreli sözleşmede fesih (bildirim) sürelerine ait ücreti, belirli süreli sözleşmede ise sözleşme süresinin sonuna kadar olan ücretini tazminat olarak isteyebileceği belirtilmektedir. İşçinin isteyebileceği bu tazminat miktarından, sözleşmenin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir indirilecektir.

Üçüncü fıkra ise, hâkimin tüm hal ve şartları göz önünde tutarak tazminat miktarını serbestçe belirleyebileceğini ancak bu miktarın işçinin altı aylık ücretini aşamayacağını hükme bağlamaktadır. Burada sözü geçen tazminatın, ilk fıkra düzenlenilen tazminatın dışında hakimin ayrıca hükmedebileceği bir tazminat olarak anlaşılması gerekir.

Tasarı'nın 442. maddesinde belirli ve belirsiz süreli sözleşmelerin haksız feshinin sonuçları hükme bağlanmıştır. Belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir sebep olmaksızın süresinin dolmasından önce sona erdirilmesinin sonuçları konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, işçinin iş görme edimini kabul etmeyen işveren BK m. 325 uyarınca alacaklı temerrüdüne düşmekte, iş sözleşmesi süresinin sonuna kadar devam etmekte ve işçi bu süreye ait ücreti talep edebilmektedir²⁰. Diğer bir görüş, bu du-

²⁰ REİSOĞLU Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s.167 vd.; SELİÇİ Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 216, dn. 341; ESENER Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, s. 215-216; TUNÇOMAĞ Kenan, İş Hukuku, C. I, İstanbul 1986, s.399

rumda işverenin iş verme borcunu yerine getirmeyerek kusurlu imkansızlık yarattığını ileri sürmektedir²¹. Üçüncü bir görüş ise, bu durumun bir haksız fesih teşkil ettiğini ve iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine işçinin tazminat talep edebileceğini ve haksız feshin sonucu olarak kıdem tazminatına da hak kazanacağını savunmaktadır²². Yargıtay, işverenin bu tutumunu haksız fesih olarak nitelendirmektedir. Bu durumda işçi kıdem tazminatını talep edebilmektedir. Buna karşılık işçinin tazminat alacağı ile ilgili olarak Yargıtay BK m. 325'i uygulamakta; buna göre, işçi bakiye ücrete hak kazanmaktadır²³.

İş Kanununda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce haklı bir sebep olmaksızın sona erdirilmesinin sonucunu düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. BK m. 325'te işverenin temerrüdü düzenlenmektedir. Belirli süreli sözleşmenin süresinden önce haklı sebebe dayanmadan sona erdirilmesi ise bir haksız fesihtir²⁴. Hal böyle iken haksız feshe, işverenin temerrüdünü düzenleyen hükmün uygulanması yerinde değildir. Tasarı'nın bu düzenlemesi konuyu açıklığa kavuşturmuştur.

443. madde ise, işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması halini düzenlemektedir. Maddenin başlığı, durumu tam olarak ifade etmemektedir. 'Haksız feshin sonuçları' üst başlığı altında işçi ve işveren tarafından yapılan haksız fesih hallerinin incelenmesi daha uygun olacaktır. Maddede, işçinin haklı sebep olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi halinde işverenin isteyeceği tazminat miktarı belirtilmektedir.

5) Rekabet yasağı

Tasarı'nın 449. maddesinde, rekabet yasağının süresinin özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı öngörülmüştür. Ayrıca ikinci fıkrada, hakime, aşırı nitelikteki rekabet yasağını kapsam ve süre bakımından sınırlama yetkisi tanınmıştır.

²¹ OĞUZMAN, s. 143 vd.

²² SÜZEK Sarper, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1998, İstanbul 2000, s. 74 vd.; NARMANLI OĞLU Ünal, Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 401 vd.; ÇELİK, s. 239; ALPAGUT Gülsevil, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek, Ocak 2004, s. 90

²³ Yarg. 9.HD., 13.04.1998, 3198/6469, Tekstil İşveren, Eylül 1998, s. 17-18; Yarg. 9.HD. 17.11.1999, 14668/17565, Çimento İşveren, Ocak 2000, s. 31-32; Yarg. 9.HD., 19.09.2000: 2296/14832, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ekim-Aralık 2004, 1465-1466

²⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.536

VI- Pazarlamacılık Sözleşmesi

Tasarı'nın gerekçesinde ifade edildiği üzere, "İkinci Ayrımda düzenlenen "Pazarlamacılık Sözleşmesi", yürürlükteki Kanunda yer almadığı olmakla beraber uygulamada çok sık karşılaşılan, hizmet sözleşmesinin özel bir türüdür. Bu ayrımın içerdiği hükümlerin yer aldığı 453 ilâ 465. maddeler, tamamen yeni düzenlemelerdir."

"Hizmet Sözleşmeleri" başlığını taşıyan altıncı bölümünün ikinci ayrımında düzenlenen "Pazarlamacılık Sözleşmesi" ile ilgili hükümlerin, birkaç maddede küçük değişiklikler yapılarak, tümüyle İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmış görülmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda konu, 1971 yılında yürürlükten kaldırılan 463. maddenin yerine getirilen 347 vd. maddelerinde düzenlenmiştir²⁵. Borçlar Kanunumuzun "seyyar tüccar memurları" başlığını taşıyan 454. maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun kaldırılan 463. maddesini karşılamakta ve Tasarı'da yer almamaktadır. Böylece, İsviçre'de yapılan değişikliğin izlendiği görülmektedir.

İsviçre hukukunda, Tasarı'da kullanılan terimle pazarlamacılık sözleşmesinin (le contrat d'engagement des voyageurs de commerce, der Handelreisendenvertrag) özellikle acentalıktan ayırılması konusu önem taşımaktadır. Aynı tür faaliyeti yürüten acenta ve pazarlamacının ayırılmasında kullanılan ölçüt bağımlılıktır²⁶. Acenta bu faaliyeti bağımsız olarak yürütmekte, pazarlamacı ise işverene bağımlı olarak çalışmaktadır. Pazarlamacılık sözleşmesi, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak tanımlanmaktadır. Pazarlamacı da iş sözleşmesinin özel bir türü olan pazarlamacılık sözleşmesi uyarınca çalıştığına ve işçi sayıldığına göre, Tasarı'nın ilgili hükümlerinde "pazarlamacı" yerine "işçi" kavramının kullanılması tercih edilmelidir.

Tasarı'nın 453.maddesinde pazarlamacılık sözleşmesi tanımlanmaktadır. Bu sözleşmenin tarafları ticarî işletme sahibi işveren ve pazarlamacıdır. Bu sözleşme ile pazarlamacı, işveren hesabına işletmenin dışında her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma olması halinde bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işveren de karşılığında ücret ödemeyi üstlenmektedir. Kural, pazarlamacının sadece işlemlere aracılık etmesidir. Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkili kılınmışsa, bu işlerin icrası için gerekli tüm olağan hukukî işlem ve fiilleri yapabilir. Ancak müşterilerden tahsilat yapmak ve ödeme günlerini değiştirmek için özel yetki gerekmektedir (m. 457).

²⁵ TERCIER Pierre, Les contrats spéciaux, Zurich 1995, s. 378 vd.; ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse, Berne 2000, s. 408 vd.

²⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, 5.9.2003 (4C.78/2003), JDT 2004 I p.60-63

VII- Evde Hizmet Sözleşmesi

Tasarı'nın gerekçesinde evde hizmet sözleşmesi ile ilgili olarak şu ifadelere yer verilmiştir: "Tasarının 466 ncı maddesiyle başlayan Üçüncü Ayrımında, "Evde Hizmet Sözleşmesi" düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bu sözleşmeye yer verilmemekle birlikte, uygulamada sıkça karşılaşılan ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 351 ilâ 355 inci maddelerinde düzenlenen bu sözleşmenin, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak Tasarıda düzenlenmesi yararlı görülmüştür."

4857 sayılı İş Kanunu'nun 9. maddesi, tarafların kanunî sınırlar içinde diledikleri türde iş sözleşmesi yapabileceklerini belirtmiştir. Kanunda bazı yeni iş sözleşmesi tiplerine yer verilmiş, tüm atipik iş sözleşmesi türleri düzenlenmemiştir. Evde çalışma da düzenlenmeyen tiplerden biridir. Ekonomik, teknolojik ve sosyal gelişmelerin etkisiyle klasik istihdam yanında ortaya çıkan yeni çalışma biçimlerinin ortak özelliği, klasik istihdam modelinin öngördüğü işverene ait işyerinde, belirsiz süreli iş sözleşmesi temelinde, tam gün süre ile çalışma esasının dışına çıkmalarıdır. Yeni çalışma biçimleri bağımlılık ilişkisinin belirsizleşmesine neden olmakta ve bağımlılık unsuru belirlenemediği takdirde, bu modellere göre çalışanlar iş hukuku mevzuatının dışında kalmaktadır²⁷.

Evde çalışanların klasik ölçütlere göre işçi olarak nitelendirilememesi karşısında, çeşitli ülkeler, konu ile ilgili özel düzenlemeler getirmişlerdir: İsviçre ve Fransa'da genel kanunlar içinde özel hükümlerle düzenlenmiş, Almanya'da evde çalışanlar ayrı bir kanunda ele alınarak işçi statüsüne yaklaştırılmıştır. Bu düzenlemelerde, kişisel değil ekonomik bağımlılığın esas alındığı göze çarpmaktadır²⁸. Tasarı'daki ilgili maddeler de, konuyu düzenleyen İBK m. 350 vd. maddeleri göz önünde tutularak kaleme alınmıştır. 1996 tarih ve 177 sayılı Evde Çalışmaya İlişkin ILO Sözleşmesinde, ev çalışanı, bağımsız çalışma için gerekli olan özerklik ve ekonomik bağımsızlığı bulunmayan kişi olarak tanımlanmaktadır (m.1/a.iii).

Doktrinde, BK m. 322'nin atipik bir iş sözleşmesi olarak evde çalışmayı düzenlediği görüşü ifade edilmiştir²⁹. BK m. 322, işverenin yönetim ve denetimi altında bulunmaksızın parça başına çalışan kişiyi işçi olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre, genel hükümler çerçevesinde bakıldığında, kişisel bağımlılık olmaksızın, sonuç sorumluluğunu üstlenerek parça başına çalış-

27 ENGİN Murat, Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Turhan Esener'e Armağan (Evde Çalışma), s. 270

28 ENGİN, Evde Çalışma, s.273

29 ENGİN, Evde Çalışma, s. 274-275 ; SÜZEK Sarper, İş Akdinin Türleri, Mercek, Nisan 2001, s. 30

manın aslında istisna sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekirken, kanun koyucu bu şekilde çalışan kişiyi işçi saymış ve bu işçilerin işlenen maddeler ve işin sözleşmeye göre yerine getirilmesi konusunda sorumluluğu açısından istisna sözleşmesi ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulanacağını belirtmiştir. Tasarı'da karşılığı bulunmayan bu hükmün kaynağı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun eski 329. maddesidir. 1971 yılında, İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesi ile ilgili hükümlerinde yapılan değişiklikler sırasında 329. madde kaldırılmış ve evde çalışma İBK m. 351 vd.'da düzenlenmiştir³⁰.

İşK m. 4/I,d hükmü de bu görüşü desteklemektedir. Bu hükme göre, "Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dâhil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde" İş Kanunu hükümleri uygulanmaz.

Tasarı'nın 466. maddesinde evde hizmet sözleşmesinin tanımı verilmiştir. Bu tanım, konuyla ilgili doktrinde verilen tanımlarla da paralellik göstermektedir. Buna göre, evde hizmet sözleşmesinin esaslı unsurları, iş görme ve ücrettir. Maddenin gerekçesinde, bir mağazaya çeyiz, yatak örtüsü, giysi dikip verme, kendisine teslim edilen ürünleri paketleme örnekleri verilmiştir. Evde yapılan işin el sanatı olması ihtimalinde, yapılan bu işe ailenin üyeleri ve 3. dereceye kadar hısımları dışında birinin katılması halinde, bu faaliyet İş Kanunu'nun uygulama alanına girecektir.

İşveren, her yeni iş verişinde, sözleşmede kararlaştırdıkları genel çalışma koşulları dışında o işe özgü özellikleri işçiye bildirmekle yükümlüdür. İşveren, verdiği her yeni işe özgü talimatlarını işçiye bildirecek ve işçi de iş görme edimini bu çerçevede yerine getirecektir.

Tipik iş sözleşmesinden farklı olarak, evde hizmet sözleşmesinde işçi kendi belirlediği yerde çalışmaktadır. Kişisel bağımsızlığının karşısında, özenle ifa borcu yanında sonuç sorumluluğunu da üstlenmektedir. Bu özelliği sebebiyle evde çalışmanın hukukî çerçevesini aslında istisna sözleşmesinin çizdiği ifade edilmektedir³¹. Bu sözleşme uyarınca çalışan işçinin işe zamanında başlama, işi kararlaştırılan zamanda bitirme ve çalışmasının sonucunu işverene teslim etme yükümlülüğü vardır.

Maddenin ikinci fıkrasında, işçinin işi kusuruyla ayıplı olarak görmesi halinde, giderilmesi mümkün ayıpları gidermek zorunda olduğu ifade edilmektedir. Bu durumda, masraflar işçiye ait olacaktır. Gerekçede, işçinin kusuruyla işin ayıplı olmasına örnek olarak, "işçinin sözleşmeyle üstlendiği malzeme sağlama borcu çerçevesinde kalitesiz veya bozuk malzeme kullanması,

³⁰ TERCIER, s. 386 vd.; ENGEL, s. 416 vd.

³¹ ENGİN, Evde Çalışma, 273, 277

işveren tarafından kendisine teslim edilen malzemeyi özensiz kullanması gibi durumlar” gösterilmiştir.

Tasarının 474. maddesine göre, hizmet sözleşmesinin özel türleri olan pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri (genel hizmet sözleşmesi hükümleri) uygulanacaktır.