

TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISINDA GENEL HİZMET SÖZLEŞMESİ TARAFLARININ KARŞILIKLI HAK VE BORÇLARI VE İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

Doç. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*)

1) Genel Olarak

Bilindiği gibi, 818 sayılı Borçlar Kanunu 24 Nisan 1926 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile birlikte 818 sayılı Borçlar Kanunu olarak 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen sürede yapılan bazı küçük değişiklikler dışında Borçlar Kanununun sistemini ve genel yapısını değiştirecek kadar esaslı değişiklikler yapılmamıştır. Ne var ki, özellikle son beş yıl içerisinde pek çok kanunda yapılan köklü değişikliklerle birlikte, Borçlar Kanunu'nun da değişiklik yapılması gündeme gelmiştir. Bu amaçla oluşturulan Komisyon yaklaşık üç yıllık süre içerisinde "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı"nı hazırlamıştır.

Şekil olarak, yürürlükteki Kanunun bölüm ve madde numaralarından ayrılınmış, bölüm ve maddelere birbirini izleyen yeni numaralar verilmiştir.

Tasarı oldukça arı bir dille sahiptir. Aynı şekilde, kullanılan kavramlar da olabildiğince arılaştırılmıştır.

Tasarının Altıncı Bölümü Hizmet Sözleşmeleri başlığını taşımaktadır. Bu bölümde oldukça önemli değişikliklere yer verilmiştir. Herşeyden önce hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak iki ayrı sözleşmeye ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Nitekim bu bölümün birinci ayırımında genel hizmet sözleşmesi, ikinci ayırımında pazarlamacılık sözleşmesi ve üçüncü ayırımında evde hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin özel türlerinden başka, Tasarı Altıncı Bölümünde yeni müesseseler de yer almıştır.

Kuşkusuz Borçlar Kanununda yer alan iş sözleşmesine ilişkin hükümler çalışma hayatı bakımından en az diğer İş Kanunları kadar önem taşımaktadır. Nitekim; 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 Kanununda hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulacaktır. Örneğin; işverenin talimat verme hakkı, cezai şartın geçerliliği, rekabet yasağı, kişisel verilerin saklanması, giderlerin öden-

(*) I.Ü. Hukuk Fakültesi

mesi, 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.

Bu incelemenin amacı Tasarı hükümlerinin eleştirisi değil, sadece ne gibi hükümler getirildiğinin incelenmesidir. Bununla birlikte; Tasarının iş sözleşmesine ilişkin hükümlerine öncelikle yapılması gereken eleştiri, anılan hükümlerin son derece geniş bir uygulama alanına sahip bulunacağı düşünülmenden İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin neredeyse tam bir çevirisi yapılarak, adeta yeni bir çalışma mevzuatı yaratılmış olmasıdır. Nitekim; mevcut Borçlar Kanunu'nun 313 - 354 arasında toplam 41 maddesi iş sözleşmesine ayrılmışken, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı iş sözleşmesi bölümünü 77 maddeyle düzenleyerek hemen hemen iki katına çıkarmıştır.

İsviçre Hukukundaki gelişimin, olduğu gibi Hukukumuzda alınmasının isabet derecesi de tartışmaya açıktır. Gerçekten; İsviçre Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra zaman içerisinde iş sözleşmesine ilişkin hükümler yetersiz kaldığında, yeni bir iş kanunu yapılmadan, Borçlar Kanununda mevcut maddeler (a), (b), (c) şeklinde çoğaltılarak ihtiyaçlara uygun hale getirilmiştir. Halbuki Türk Hukukunda, Borçlar Kanununda yer alan maddelere dokunulmaksızın, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu yürürlüğe konularak bireysel iş ilişkilerinin bu kanunlarla düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Şimdi ise söz konusu kanunların varlığı düşünülmeksizin, İsviçre Borçlar Kanununun oldukça ayrıntılı hükümlerinin yeniden Türk Hukukuna alınması yoluna gidilmiştir.

Kuşkusuz Tasarıda isabetli hükümler de bulunmaktadır. Bununla birlikte; Tasarının iş sözleşmesine ilişkin maddelerinin gerekçeleri isabetli kaleme alınmamıştır. Nitekim gerekçeler çoğunlukla maddenin tekrardan ibarettir ve maddenin uygulamasına ilişkin ipuçları vermekten son derece uzaktır. Hatta bazı maddelerde, maddenin metni ile gerekçesi çelişmektedir. Bu anlamda, madde gerekçelerinin yeterli özen gösterilmeksizin hazırlandığını söylemek hatalı olmaz.

II) Hizmet Sözleşmesi ve Tarafların Borçları

1) Tasarının 397. maddesinde genel hizmet sözleşmesi tanımlanmıştır. Bu tanıma 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. Ayrıca işçinin işverene bir hizmeti kısmî süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesi olduğu vurgulanmış ve genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin, kıyas yoluyla çiraklık sözleşmesine de uygulanacağı, ancak özel kanun hükümlerinin saklı olduğu öngörülmüştür.

Bu tanım yapılırken esas itibarıyla kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 319 uncu maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununun 8 inci maddesindeki tanım esas alınmıştır. Bununla birlikte; İş Kanunu'nda kavram olarak "iş sözleşmesi" kullanılmışken, Tasarıda farklı bir terim kullanılması isabetli olmamıştır. Bu konuda terim birliğinin sağlanması daha uygun olacaktır.

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 tarafından 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 hükümden, bu durumun söz konusu olabilmesi, geçersizliğin sonradan ortaya çıkması koşuluna bağlanmıştır. Hükme göre; işçi eğer, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Bununla birlikte, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır.

Tasarının 400. maddesinde işçinin özen ve sadakat borcu düzenlenmiştir. Esasen Borçlar Kanunu'nun 321. maddesinde de düzenlenen bu yükümlülüğe Tasarıda çok daha geniş biçimde yer verilmiştir. Buna göre;

işçi yüklendiği 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 girer. Nihayet işçi iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet 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.

Tasarının 401. maddesinde, yeni bir hüküm olarak işçinin teslim ve hesap verme borcuna 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 derhâl işverene teslim etmekle yükümlüdür.

Tasarı'nın düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu başlıklı 403. maddesi de Borçlar Kanununda bulunmayan yeni bir maddedir. Hükme göre; işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar. Hükümün gerekçesinde; maddede, işverenin işin görülmesi ve işyerinde işçilerin davranışlarına ilişkin olarak genel düzenlemeler yapabilmesi 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 ifade edilmiştir.

Tasarının fazla çalışma ücreti başlıklı 406. maddesi önemli yenilikler içermektedir. Öncelikle maddede fazla çalışma ücretinin oranı % 50 olarak belirlenmiştir. Böylelikle işçinin fazla çalışma borcunu ve fazla çalışma kavramını düzenleyen 402. maddede İş Kanunu'na atıf yapılmışken, fazla çalışma ücreti oranını düzenleyen maddede fazla çalışma – fazla sürelerle çalışma ayırımı yapılmaksızın, fazla çalışma zammı oranı % 50 olarak belirlenmiştir. Öte yandan maddede, İş Kanunu'na uygun olarak, fazla çalışma karşılığının serbest zaman olarak da ödenebileceği düzenlenmiştir. Ancak İş Kanunundaki gibi, serbest zamanın ne kadar süre içerisinde kullanılacağı belirlenmemiş, sadece “uygun bir zamanda” kullanılacağından söz edilmiştir. Ayrıca, İş Kanununda fazla çalışma için ücret yerine serbest zaman kullanma tercihi işçiye bağlı olduğu halde, Tasarının m.406/I. fıkrasındaki, “işveren, izin verebilir.” şeklindeki ifadedden, fazla çalışma karşılığı olarak para yerine serbest zaman verme olanağının münhasıran işverene tanındığı sonucu çıkmaktadır.

Bu hususta maddenin gerekçesi son derece hatalı ifadeler içermektedir. Gerçekten öncelikle; maddede sanki fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman kullanılması işçinin tercihinine bağlı tutulmuş gibi, İş Kanununun 41 inci maddesinin dördüncü fıkrasının zikredilmesi hatalıdır. Maddede olmayan bir husus gerekçede yer almıştır. Ayrıca Tasarıda fazla çalışma karşılığının % 50 olarak tespit edildiği gözdürü edilerek, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçinin isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabileceğinden söz edilmiştir. Bu gibi gerekçe hatalarına Tasarıda sıklıkla rastlanmaktadır.

Tasarının “işin sonucundan pay alma” başlıklı 407. 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 ticari esaslardan söz etmek mümkün değildir. Öte yandan; maddenin ikinci fıkrasına göre, işçiye belli bir pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde, payın hesaplanmasında uyusulamazsa 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 uygulanması 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.

Tasarının 409. maddesinde ikramiye ödenmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Böyle bir düzenleme Borçlar Kanununda bulunmamaktadır. Hükme göre, işveren, bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine özel ikramiye verebilir. Ancak, işçilerin bu ikramiyeyi istem hakları bu konuda anlaşma olması hâlinde doğar. Hizmet sözleşmesi ikramiye-

nin verildiği dönemden önce sona ermişse, işçinin bundan orantılı bir bölümünü isteme hakkı, ancak bu konuda anlaşma olması hâlinde doğar.

Kuşkusuz işverenin özel günler nedeniyle işçilere ikramiye ödemesine, bu yolda örneğin personel yönetmeliği gibi kaynaklarda hüküm getirilmesine bir engel bulunmamaktadır. Bu gibi günler için ikramiye ödemek yasal bir zorunluluk olmadığına göre, işçinin ikramiye talep hakkı elbette bu konuda bir anlaşma bulunması halinde doğacaktır. Bu bakımdan sözkonusu ibare yeni bir durum yaratmamaktadır. Ancak maddenin ikinci fıkrasında, iş sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, işçinin bundan orantılı bir bölümünü isteme hakkının, ancak bu konuda anlaşma olması hâlinde doğacağına hükme bağlanmış olması önemlidir. Böylelikle, belirli özel bir gün için verilen ikramiye uygulamasında, aksi kararlaştırılmadıkça, orantılı olarak talep hakkının doğmayacağı hususu açıklığa kavuşturulmuştur.

Tasarının 411. maddesinde ücretin ödenme yeri ve ücretin korunmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir. Öncelikle 4857 sayılı İş Kanununda olduğu gibi ücretin, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadıkça, işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği ve her ödeme döneminde işçiye hesap pusulası verileceği öngörülmüştür. 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.

Tasarının 412. 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.

Tasarının 414. maddesi de Borçlar Kanununda 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 Kanununun 35. maddesinde de yer verilmiştir.

III) İşçinin Kişiliğinin Korunması

Tasarının 421 ve devamı maddeleri işçinin kişiliğinin korunmasına ayrılmıştır. Genel olarak işçinin kişiliğini korunmasını düzenleyen 421. maddeye göre; işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize

uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. İşveren, işçinin yaşamını, sağlığını ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Buna göre işveren, 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 yükümlüdür. İşverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine uymaması sonucunda işçinin ölmesi durumunda, desteğinden yoksun kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşılık isteyebilecekleri tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir.

Maddenin gerekçesinde; işverenin işyerinde “ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle” yükümlü olduğu kabul edildiği, bu yükümlülüğünün diğer bir görünümünün, işverenin işçilerin cinsel tacize uğramamaları için gerekli önlemleri almasının oluşturduğu, işveren bu amaçla, işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

Kuşkusuz işverenin işçilerinin cinsel tacize uğramaları halinde gerekli önlemleri almalarının öngörülmesi isabetlidir. Bununla birlikte maddenin gerekçesinde, işverenin bu amaçla işyerinde işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma ve güvenlik personeli bulundurma yükümlülüklerinden söz edilmesi son derece isabetsizdir. 5188 sayılı Kanunda dahi, işverenin güvenlik birimi oluşturmamasının iradesine bağlı olduğu öngörülmüşken, gerekçede salt cinsel taciz için dahi böyle bir güvenlik birimi kurma yükümlülüğünden söz edilmesini isabetli bulmak mümkün değildir.

Tasarının “kişisel verilerin işlenmesi” başlıklı 423. maddesinde Borçlar Kanununda bulunmayan yeni bir hükme yer verilmiştir. Buna göre; işveren, işyeri kayıt ve belgelerindeki işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları hâlinde işleyebilir. Özel kanun hükümleri saklıdır.

Gerekçesine göre, maddede, teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşamın bir parçası hâline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin işlenmesi konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapılmıştır. Buna göre, işveren, işyeri kayıt ve belgelerindeki işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları hâlinde işleyebilecektir. Özel kanun hükümleri ise saklı tutulmuştur.

Tasarının 424. maddesinde ise, uygulamada hep sorunlar yaratmış bulunan iki ayrı müesseseye yer verilmiştir. Diğer iş kanunlarında bu konuda bir hüküm bulunmadığı için, anılan düzenleme tüm iş sözleşmeleri için uygulama alanı bulacaktır.

Maddenin ilk fıkrasında, bu konudaki Yargıtay kararları göz önünde bulundurularak, hizmet sözleşmesine konulan cezai şartın her iki taraf için de öngörülmedikçe geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bu maddenin esasen Yargıtayın konuda ilişkin kararlarının ifadesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira Yargıtayın konuya ilişkin kararları, salt işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılan cezai şartın geçerli olmadığı yolunda iken, Tasarıdaki

hüküm salt işveren aleyhine kararlaştırılan cezai şartı da geçersiz kabul etmekte ve bunun mutlaka hem işçi ve hem de işveren için bağlayıcı olarak kararlaştırılmış olmasını aramıştır. Bu nedenle bundan sonra artık, iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğinden hareketle, işveren aleyhine kararlaştırılan cezai şartın geçerli olduğu ileri sürülemeyecektir.

Fıkra, cezai şart miktarının iki taraf için de aynı olması gerektiği yolunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte; fıkradaki "... her iki taraf için de öngörülmedikçe geçersizdir." ifadesini, her iki taraf için de aynı miktarda öngörülmedikçe geçersizdir şeklinde anlamak daha uygun olacaktır.

Bu hüküm, Yargıtayın artık yerleşik nitelik kazanmış bulunan, eğitim gideri karşılığı kararlaştırılmış bulunan cezai şartın geçerli olduğu yolundaki kararlarını değiştirecek midir? Kanımca hayır. Zira eğitim gideri veya transfer ücreti gibi ödemelerin geri ödenmesine ilişkin taahhütlerde kanımca ceza olarak kararlaştırılan bir miktar söz konusu olmayıp, yapılan bir masrafın geri ödenmesi söz konusudur. Bu bakımdan, Tasarıdaki hükmün, Yargıtayın özellikle eğitim giderlerinin karşılığı olarak kararlaştırılan zorunlu çalışma sürelerine ilişkin kararlarında değişiklik yapmasını gerektirmeyeceği görüşündeyim.

Bu arada, Tasarının m.187/son fıkrasında, hakimın aşırı gördüğü cezai şartı talebe gerek olmaksızın kendiliğinden indirmekle yükümlü bulunduğu düzenlenerek, bu konudaki tartışmalar da ortadan kaldırılmıştır.

Yine Tasarının 137. maddesinde ilk kez ibraya yerverilmiştir. Nitekim anılan düzenlemede, borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile, borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra anlaşmasıyla tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabileceği öngörülmüştür.

Tasarıda borcu sona erdiren bir neden olarak ibraya yer verilmesine paralel olarak 424. maddenin ikinci fıkrasında da iş sözleşmelerinde ibraya yer verilmiştir. Bu fıkra, hizmet sözleşmelerinde işçinin haklarına ilişkin olup, o hakları yeterince korumadığı veya aşırı ölçüde sınırladığı açıkça belli olan ibra anlaşmalarının, hizmet ilişkisinin sona erdiği tarihten başlayarak iki yıl içinde iptali istenebileceği hükme bağlanmıştır.

Geçmişte ibra sözleşmelerine ilişkin tartışmalar hatırlanacak olursa, İşviçre Borçlar Kanunu'nun ibraya ilişkin hükmünün Türk Hukukuna alınmadığı, ancak ibra sözleşmesi yapılmasına da bir engel bulunmadığı kabul edilmekte ve işçiye imzalatılan bu gibi belgelerin geçerliliği Yargıtayın bu konudaki pek de yerleşik olmayan kararlarıyla şekillendirilmekteydi.

Fıkranın önemi, iş hukukunda ilk kez ibra sözleşmelerine ilişkin açık bir hüküm getirmesidir. İş Kanunlarında ibra konusunda bir hüküm bulunmadığı için, bu düzenleme de geniş bir uygulama alanına sahip olacaktır.

Fıkra esas itibarıyla ibra sözleşmelerini sınırlamış gibi gözükmektedir. Ancak durum tam tersidir. Tasarı ibra sözleşmelerini tamamen hukuki hale getirmiş, ancak bunun iptalini iki yıllık süreye ve "... hakları yeterince korumadığı veya aşırı ölçüde sınırladığı açıkça belli olan ..." gibi son derece muğlak nedenlere bağlamıştır. Buna göre; işçinin haklarını aşırı nitelikte değil fakat bir miktar sınırlayan ibra sözleşmeleri geçerli olacaktır.

**PROVISIONS PERTAINING TO THE PROTECTION OF
MUTUAL RIGHTS AND DEBTS OF THE PARTIES TO A
GENERAL SERVICE CONTRACT AS WELL AS THE
PERSONALITY OF THE EMPLOYEE UNDER THE TURKISH
DEBTS DRAFT LAW**

Assoc. Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

I) General

As is known, the Debts Law numbered 818 has been published in the Official Gazette dated April 24, 1926 concurrently with the Turkish Civil Code numbered 743, entering into force as Debts Law numbered 818 on October 4, 1926. From the date of the law entering into effect up to the present no substantial changes have been effected to the systematique and general structure of the Debts Law except for some minor amendments. However, in conjunction with profound changes made to numerous laws especially over the last five years, the issue of potential changes to the Debts Law has been brought onto the agenda. A Commission set up for this purpose has prepared a "Turkish Debts Law Draft" over a period of about approximately 3 years.

Formally, the sequence of the sections and articles of the current Law were abandoned and new a new sequence of numbers has been introduced.

The Draft text uses a rather simplified (purely Turkish) language. In the same way, terms used have been kept as simplified as possible.

The heading Service Contracts appears in the sixth chapter of the Draft. The section includes significant changes. First and foremost, it comprises provisions pertaining to two (distinct) contracts which constitute a special category of service contracts. Likewise, the first section of the chapter regulates "general service contracts", the second section "marketing contracts" and the third section "home service contracts". Apart from special categories of work contracts, the sixth section of the Draft also deals with new entities.

There is not doubt that provisions pertaining to work contracts included in the Debts Law are as important with regard to the work environment as other Laws pertaining to labor. This is also evident from provisions pertaining to works contracts included in the Debts Law; which will be applicable to work relations outside of the scope of article 4 of the Labor Law numbered 4857, as well as being applicable to cases for which provisions have been omitted in the Labor Law numbered 4857 and Naval Labor Law numbered 854 as well as Press Labor Law numbered 5953. For example; provisions of the Debts Law will find extensive direct application in various field such as the employer's right to issue instructions, validity of penalty clauses, competition ban, confidentiality of personal data, reimbursement of expenditures, employee's

obligation to conscientiousness and loyalty, acquittal and waiver (clauses) in the absence of (relevant) provisions in other laws.

The objective of this study is not to criticize the provisions of the Draft, but merely to examine what kind of provisions have been established. Apart from this; principal criticism to be directed at the provisions of the Draft related to work contracts consists of having prepared a nearly complete translation of said provisions from the Swiss Labor Law without taking into account the extremely wide field of law's applicability, whereby, in a sense, new work legislation has been created. This is also evident; from the fact that the current Debts Law has dedicated a total of 41 articles numbered from 313 to 354 to work contracts whereas the chapter of the Turkish Debts Draft Law almost doubles the number of articles (77) which regulate works contracts.

The exact adaptation of the Swiss Law to our Law is also open to discussion. In fact; whenever provisions dealing with work contracts proved gradually inadequate after the entering into effect of the Swiss Debts Law, existing articles of the Debts Law were diversified under items (a), (b), (c) without passing a new Labor Law to meet new requirements whereas in the Turkish Law, articles of the Debts Law were not touched, and instead a Labor Law, Naval Labor Law and Press Labor Law were introduced with a view to regulating individual work relations under said laws. Notwithstanding the foregoing, it has been attempted to reintegrate rather detailed provisions of the Swiss Debts Law to Turkish Law without giving consideration to the existence of above-mentioned laws.

There is no doubt that the Draft contains appropriate provisions. However; the formulation of the justification of those Draft articles which deal with work contracts has been found inappropriate. This also evident from the fact that reasons quoted in many cases are a mere repetition of the article and far removed from providing insight on the application of the article. In some articles there is even a conflict between the wording and the justification. In this context, it is not wrong to say that insufficient care was given to the preparation of the justification of the article.

II) Service Contracts and Debts of the Parties

1) Article 397 of the Draft provides a definition of general service contracts. According to this definition, a service contract is a contract under which an employee commits to work in subordination to an employer for a finite or infinite duration during which the employer undertakes to pay a salary in line with the time served or work rendered. Additionally, contracts under which an employee pledges to regularly perform a part time service on behalf of the employer are also described as service contracts and it is stipulated that provisions pertaining to a general service contract may be applicable to apprentice contracts by way of comparison while special legal provisions are reserved.

The formulation of this definition has been based principally on the definition set forth in article 319 of the Swiss Debts Law as well as article 8 of the Labor Law numbered 4857. Nevertheless, it has not been found appropriate for the draft to use a different term than the term "Labor Contract" included in

Labor Law. It is more recommendable to seek unity of terms in this regard.

The second paragraph of the article is a repetition of the provision set forth in article 314/II insofar as it prescribes under which conditions a hidden service contract may be deemed to have been established. Accordingly; a service contract may be deemed to have been set up between a person who performs a job of a nature which may be rendered only against a salary under specific circumstances for a certain period and subject to acceptance of such a situation by the employer.

The last paragraph of the article introduces as an important novelty the concept of an actual service relationship. This means that a service contract which is subsequently understood to be invalid will create all the conditions and outcomes of a valid service contract until the relationship is terminated. However, this is conditional upon the substantiation of the invalidity in the post of the event. The provision stipulates; that if the employee is aware of the invalidity of the service contract he will not benefit from the goodwill clause; in this case, there can be no mention of a service contract which invalidity is understood subsequently as set forth in the paragraph, thereby precluding accrual of benefits under this clause. At the same time, an employer who employs an employee in full awareness of the invalidity of the service contract will not be entitled to claim invalidity of the contract and be held accountable toward the employee just as if a valid contract had existed.

Article 400 of the Draft regulates the employee's obligation to conscientiousness and loyalty. In principle, the obligation is also regulated under article 321 of the Debts Law but it handled much more extensively under the Draft. Accordingly;

The employee is obliged to exert care through the performance of the job and to act loyally in terms of protecting the rightful interests of the employer. Also, the employee is obliged to make proper use of the machinery, tools and instruments, technical systems, facilities and vehicles under ownership of the employer and to treat those materials which are delivered to him with care throughout the performance of the job. In addition, throughout the duration of the service relationship, the employee will be prohibited to serve a third person in exchange for a salary which would constitute a violation of the loyalty obligation particularly if it entails entering into competition with his own employer. Finally, the employee may not use to his own advantage or disclose any information such as confidential data about the production and work which he may acquire in the course of his employment for the duration of the service relationship. The employee will be obliged to continue to keep confidential any information even after the expiry of the service relationship to the extent it is necessary for the protection of the employer's rightful interests.

Article 401 of the Draft includes as a new provision on the employee's obligation pertaining to delivery and accountability. Accordingly, the employee is obliged to return to the employer promptly any items and especially monies received from third persons on behalf of the employer in the course of the performance of the work and to provide an explanation on accounts. Also, the employee will be obliged to return to the employer any items handed to him due to the performance of the job.

Article 403 of the Draft under the heading "Obligation to Adhere to Regulations and Instructions" is also a new article not available in the Debts Law. According to this provision; the employer is entitled to issue general directives related to job performance and employees behavior at the work place and to give special instructions. Employees are bound to adhere to them to the extent mandated by ethical (honesty) rules. It is stated in the justification of the provision; that the article contains stipulations on the authority of the employer regarding the performance of work and passing general directives related to the behavior of employees at the workplace and also issuance of special instructions as well as general regulations which will be binding unto all employees and the workplace, whereas special directives may be issued only to the extent required by the specifications of the work and will be binding only if conveyed to the concerned people to whom they are directed.

Article 406 of the Draft under the heading "Overtime" includes significant novelties. The article stipulates under priority an overtime rate of 50%. Thus it makes reference to article 402 of the Labor Law which regulates overtime duties of employees and the concept of overtime, while the article governing the overtime work rate makes no distinction between overtime versus working extended hours, and sets the overtime surcharge at 50%. On the other hand, the article conforms to the Labor Law insofar as it is drafted to allow for payment of overtime in the form of extra absence (time off). However, it does not determine the period during which the time off has to be utilized as the Labor Law does, mentioning only that it may be used "at an convenient time". Also, the Labor Law grants to the employee the right to make a preference over free time versus paid overtime, whereas it is concluded from the expression in paragraph 406/I of the article of the Draft stating, "The employer may give permission," that the right to allow time off instead of money against overtime is granted exclusively to the employer.

The justification of the article contains extremely erroneous formulations in this regard. In fact, principally; it is wrong to make reference in the article to article 41 of the Labor Law so as to imply that declaring a preference for time off versus overtime is a right reserved for the employee. An issue which is omitted in the article has been included in the justification. Also, the Draft ignores the specification of 50% compensation in exchange for overtime, making reference that employees who work overtime or extended hours may avail themselves of time off at a rate of one hour thirty minutes in exchange for each hour of overtime, one hour and fifteen minutes in exchange for each one hour of extended hours as compensation in place of overtime payment in exchange for such work. Such justification errors occur frequently in the Draft.

Article 407 under the heading "Distribution of the proceedings of Labor"; envisages that in case the contract agrees to effect distribution of proceedings to the employee in addition to the salary, a specific share from turnover or profit, the determination of such a share at the end of the accounting period will take into account legal provision as well as generally accepted commercial practices. However; this is not a very common salary system under Turkish Law, thus it is not possible to refer to generally accepted commercial customs. On the other hand; the second paragraph of the article stipulates that if a dispute on the share calculation method arises in cases where

it is agreed to give a specific share to the employee, it is mandatory for the employer to provide information to the employee or an expert who will be mutually agreed upon or appointed by the judge to act in his place and to submit to his inspection the company accounts and documents as underlying proof; if distribution of dividends has been agreed upon, the employer will also be obliged to provide a year-end profit and loss table upon the employee's request. It should be noted that the Turkish procedural code does not comprise the practice of having an expert appointed by outside parties. An expert is appointed by the court but the parties will be obliged to provide information and documentation to the court and not to the expert. In this regard; said articles should be formulated so as to exclude any wording like "expert appointed by the parties", "information and documentation provided to the expert by the parties" which are incompatible with Turkish law.

Article 409 of the Draft deals with procedures and principles pertaining to the payment of bonuses. Such a provision is not included in the Debts Law. According to said provision, the employer may give a special bonus to employees on special days such as bayram's (religious holidays), new year and birthdays. However, employees right to claim such a bonus depends on having previously reached an agreement in this regard. If the service contract expires prior to the date on which a bonus is given, the employee's right to claim a corresponding amount from such a bonus will be conditional upon having reached agreement in this regard beforehand.

Doubtlessly, there is no preclusion to the employer's payment of a bonus to employees due to special days, or to insert a relevant provision in the personnel regulations for example. Considering that there is no legal compulsion to pay a bonus on such days, the employee's right to claim such a bonus will naturally depend on having reached an agreement in this regard. Therefore, said formulation does not constitute a novelty. However, the stipulation of the second paragraph of the article is important insofar as it decrees that in case of the expiry of the Labor Contract prior to the period in which the bonus was distributed, the employee's right to claim a corresponding amount of the bonus will be conditional upon having reached an agreement beforehand. This means that it has been clarified with regard to the practice of distributing a bonus on special days that no right exists to claim a corresponding amount (of the bonus) unless the contrary has been (expressly) agreed upon.

Article 411 of the draft sets forth principles with regard to the payment venue of salaries and protection of the salary. Under priority, as in Labor Law numbered 4857, the salary, unless agreed on otherwise in the contract, will be paid into a bank account opened at the work place or into a privately opened bank account and the employee will be issued a payroll sheet for each period. According to the second paragraph of the article, the employer may not exchange the employee's debt against salary without his prior consent. However, any receivables due to damage deliberately caused by the employee may be deducted up to the portion of the sequestrable salary. Contracts to the effect that the salary may be used by the employer shall be null and void.

As can be seen, the Draft imposes an exchange limit also on deliberately caused damages. Also, the employer shall not be entitled to exchange debt

against salary without the prior consent of the employee. If the employee is willing, the employer may exchange the employee's salary against his outstanding debt.

Article 412 of the Draft contains a regulation that matches article 325 of the Debts Law. According to the provision; the employer, who prevents the fulfillment of the employee's obligation to perform work through his own fault or non-acceptance of the obligation will be obliged to pay a salary without entitlement to request the employee to perform the work at a later date. However, any savings on the part of the employee due to such preclusion and benefits actually enjoyed or deliberately evaded through the performance of another (alternative) job will be deducted from the salary.

Article 414 of the Draft has also been omitted in the Debts Law. According to the provision; maximum one fourth of the employee's salary will be sequestrable, transferable to another person or usable as security. However, the ratio does not incorporate any sums allotted by court for dependent family members. Claims of alimony recipients will be reserved. Transfer or use of prospective outstanding salaries as collateral will not be acceptable. Similar stipulations are included in article 35 of the Labor Law.

III) Protection of the Personality of the Employee

Article 421 and subsequent articles of the Draft are dedicated to the protection of the personality of the employee. Generally, under article 421 which regulates the protection of the personality of the employee; the employer is obliged to protect and respect the personality of the employee throughout the service relationship, pay attention to his health as required and ensure an ethical environment at the workplace, in particular to safeguarding against sexual harassment of female and male employees and to take necessary action in order to prevent further harmful effects on those who suffered sexual harassment. The employer will be obliged to take necessary precautions to protect the life, health and physical integrity of the employee. In line with the above, the employer, taking into account the nature of the service relationship and work performed, will be obliged to comply with demands made on him arising from the fairness code; by taking measures which are mandated by experience, technically practicable and compliant with the characteristics of the work place. In the case of death of an employee as the result of failure on the part of the employer to comply with the provisions of above paragraph, claims for compensation of damages incurred by those who are deprived of the deceased's support will be subject to provisions pertaining to responsibility arising from the violation of the contract.

The justification of the article states; that it is acceptable that the employer will be obliged to ensure an "environment compatible with ethics" at the workplace, and that another aspect of this obligation consists of the duty to take necessary precautions to prevent sexual harassment of employees, and that the employer will have the obligation to achieve this objective by taking such precautions as setting up a security system from which employees may get immediate help, recruit security staff, eliminate risks of encountering sexual harassment etc.

There is not doubt that passing provisions about necessary measures to be taken by the employer to protect employees against sexual harassment is appropriate. However, in light of the foregoing, reference made in the justification of the article about the compulsion imposed on the employer to set up in the work place a security system to which employees may apply for immediate help and recruitment of security staff for this purpose is extremely inappropriate. Considering that the Law numbered 5188 envisions that the set up of a security unit by the employer will be left to his discretion, it is impossible to find the justification's reference to an obligation for setting up a security unit appropriate even on grounds of sexual harassment.

Article 423 of the Draft under the heading "Processing of Personal Data" includes a new article hitherto not found in the Debts Law. Accordingly; the employer may process personal data related to the employee in workplace records and files only to the extent this is mandated in terms of fulfillment of the employee's competence as regards the service relationship and his obligation to perform the job. Provisions of the Special Law are reserved.

As per justification, the article has introduced certain restrictions to the processing of data which has become part of daily life as a result of technical advancement and the electronic storage in PC archives in order to protect employees. This means that the employer will be entitled to process personal data of the employee in records and files at the work place only to the extent this is mandated by fulfillment of the employee's competence as regards the service relationship and his obligation to perform the job. Provisions of the Special Law are reserved.

On the other hand, article 424 of the Draft comprises two separate entities which have always created problems in practice. Since other Labor laws omit relevant provisions, said provisions will be applicable to all work contracts.

The first paragraph of the article takes into account the relevant decrees of the Supreme Court in this regard, and stipulates that penalties inserted into a service contract have to be bilateral in order to be valid. In principle, said article cannot be treated as an expression of relevant Supreme Court's decisions. The reason for is that relevant Supreme Court's decrees have been passed to the effect that penalties unilaterally established against employees are invalid, whereas the provision in the Draft also decrees the invalidity of a penalty that is unilaterally established against the employer and definitely requires mutual consent which will be binding both on the employee and the employer in order to be valid. Thus, this rules out any future claims with regard to the validity of penalties established (solely) against the employer with a view to the Labor Law's labor protective labor nature.

The paragraph is not concrete on the issue of (compulsory) equality as regards the penalty amount for both parties. Notwithstanding the above, the paragraph's expression "... invalid unless established for both parties." should be more properly interpreted as being invalid unless established in the same amount for both parties.

Will the provision effect a change to decrees about the validity of penalties which are mutually established in line with the Supreme Court's

established precedent for school tuition equivalents? Not in my opinion. The reason for this is that pledges made for reimbursement of payments like school tuition or transfer fees do not represent a sum agreed upon as penalty in my opinion, whereas the issue consists of reimbursement of an actual expenditure. From this aspect, my opinion is that the provision included in the Draft will not necessitate a change to Supreme Court's decisions on obligatory working hours to cover school tuition in particular.

Meanwhile, the last paragraph of the article 187 of the Draft stipulates that exorbitant penalties may be reduced by judges at their discretion reduce without need for further request, thereby eliminating any further debate.

Likewise, article 137 of the Draft introduces an acquittal clause for the first time. This is evident from the fact that in said legislation any process creating a debt regardless of whether it is treated formally in a certain way under the Law or by the parties, the debt may be annulled fully or partially through an acquittal contract free of any formality by the parties.

In line with the insertion into the Draft of acquittal as a reason to terminate debt, the second paragraph of article 424 also envisions an acquittal clause in labor contracts. Said paragraph deals with employee rights in service contracts, and decrees that acquittal contracts which obviously are inadequate in protecting rights or excessively restrictive may be cancelled within two years from the date of the expiry of the service relationship.

In retrospect, there were discussions about acquittal contracts at a time when the Swiss Debts Law's provisions pertaining to acquittal had not been adapted to Turkish Law even though it was accepted that there was nothing to preclude either acquittal contracts or the validity of such contracts employees were asked to sign under the Supreme Court's not fully established relevant decisions.

The significance of the paragraph lies in the fact that it introduces for the first time in Turkish Labor Law an explicit provision pertaining to acquittal contracts. In the absence of a provision on acquittals in the Law, this regulation is likely to find extensive application.

In principle, the paragraph appears to be limited to acquittal contracts. However, just the opposite is true. The Draft renders acquittal contracts completely legal, however provides extremely ambiguous reasons for cancellation after a two year period such as "... insufficient protection of rights or evidence of excessive restrictions...". Accordingly; acquittal contracts which do not impose excessive but certain limitations on employees rights will be valid.