

# İŞ SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASINDA VE İŞVERENİN YÖNETİM YETKİSİNİN SINIRLANMASINDA DÜRÜSTLÜK (OBJEKTİF İYİNİYET) KURALININ İŞLEVİ ÜZERİNE

*(About the Function of Good Faith Principle on Execution of Employment Contract and Limitation of Managerial Authority of the Employer)*

Ali GÜZEL\*  
Deniz UGAN ÇATALKAYA\*\*

“*Summum jus summa injuria*”<sup>1</sup>

## ÖZET

İşçinin iş ve gelir güvencesi karşılığında işverene bağımlı çalışmayı kabul ettiği sıra dışı bir sözleşmesel ilişki olan iş ilişkisinde, işçinin korunması ihtiyacı doğrultusunda İş Hukuku bağımsız bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmıştır. Kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken doğru, namuslu ve makul davranmaları anlamına gelen ve Roma Hukukundan günümüze, hukukun her alanında uygulanan dürüstlük ilkesi, iş ilişkisinde de önemli işlevlere sahiptir. Bu işlevler özellikle işveren açısından doğan yan yükümlülükler ve işverenin yönetim yetkisinin sınırlandırılmasında önem kazanmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Dürüstlük kuralı, iş sözleşmesinin uygulanması, işverenin yönetim yetkisi

## *Abstract*

Labor law has been established as an independent area of law due to necessity of protection of employee in the employment contract which is an extraordinary contractual relationship and which requires acceptance of employee for working under the authority of employer for safeguarding of job and

\* Prof Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Araş. Gör., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Cicéron: De officiis, L.I, X, 33. “Bir hakkın kullanılmasında sınırların aşılması (hakkın aşırıya varan kullanımı), aşırı adaletsizliği doğurur” biçiminde tercüme edilmesi olanaklı olan Cicero’nun bu ifadesi, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının temelindeki felsefeyi ortaya koymaktadır.

revenue. Good faith principle, which is being used in all areas of law since the Roman Law era, has critical functions in the job relationship. This principle requires persons to deal honestly, fairly, and in good faith in using their rights and discharging their obligations. These functions are more significant in accessory obligations and limitation of managerial authority of the employer.

**Keywords:** Good faith principle, execution of employment contract, managerial authority of the employer

## I. GİRİŞ

İş Hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişim evrelerinde, bu hukuk dalına özgü normlar, esas olarak yasa ve sözleşme ekseninde oluşturulmuştur. Gerçekten, ilk evrede bireyci hukuk anlayışının da belirleyici etkisiyle işçi-işveren arasındaki ilişkinin yegane kaynağı iş sözleşmesi olarak kabul edilir, Devletin bu alana müdahalesi mutlak olarak reddedilir. Ne var ki, böylesi bir hukuk düzeninin çalışanlar ve toplum açısından doğurduğu olumsuzluklara tepki olarak Devletin, çoğu kez mutlak emredici kurallar koyarak, işçi-işveren ilişkilerine müdahale ettiği ikinci evre yaşanacaktır. Denebilir ki, bu süreç 1840'lı yıllardan 1980'li yıllara kadar farklı ölçeklerde de olsa tüm dünyada varlığını ve ağırlığını hissettirecektir. Yüzyılı aşan bu evrede, çoğu kez sosyal kamu düzeni niteliğindeki normlarla çalışma ilişkilerinin her alanının düzenlendiği ve Anglosakson ülkeleri istisna tutulursa, ülkemiz de dahil diğer tüm Avrupa ülkelerinde kapsamlı bir iş mevzuatının oluştuğu gözlemlenmektedir. Sendikal hak ve özgürlüklerin pekiştiği 1950'li yıllardan itibaren sosyal tarafların özerkliği çerçevesinde, Devletin koyduğu kurallar yanında toplu sözleşmelerin de işçi-işveren ilişkilerinin düzenlenmesinde önemli bir işlev üstlendiği, ayrıca belirtilmelidir.

Ne var ki 1980'li yıllardan itibaren, özellikle Devletin koyduğu ve iş hukukunun temellerini oluşturan bu kuralların çok katı olduğu, işçi-işveren ilişkilerinde, tarafların iradelerine dayalı kural oluşturma yönteminin benimsenerek, esnek bir düzenin oluşturulması savlarının yoğunluk kazandığı bir sürece girildiğini söyleyebiliriz. Bu savın etkisiyle, az önce açıklanan ikinci evrede işçi-işveren ilişkisini düzenleyen kapsamlı yasal düzenlemeler yanında ikinci planda kalan iş sözleşmesinin, belirtilen yıllardan itibaren yeniden canlandığını, ön plana geçtiğini ve bunun pozitif düzenlemeler ile yargı kararlarına da yoğun biçimde yansındığını görmekteyiz<sup>2</sup>.

Ancak iş sözleşmesinin ön plana çıkmış olması ve dolayısıyla taraf iradeleriyle oluşmuş kuralların varlığı da, giderek karmaşık hale gelen hukuki sorunların çözümünde yetersiz kalmıştır. Bu nedenledir ki, 1980'li yıllardan itibaren iş sözleşmesi hükümlerinin ve işverenin yönetim yetkisinin kullanılması aşamasında Avrupa ül-

<sup>2</sup> Ayrıntı için bkz. *Bossu*, B.: "Les méthodes de production des normes en droit du travail", **Standards, Principes et Méthodes en Droit du Travail**, sous la direction de Bernard Teyssié, Economica, Paris 2011, 167 vd.

kelerinde ve ülkemizde yargı organının, eski bir hukuk ilkesi olan dürüstlük ilkesine sıklıkla başvurma ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Bilindiği üzere, bütün hakların kullanılmasında ve borçların ifasında uygulanması gereken kural, Medeni Kanunun 2. maddesinde ifade edilen dürüstlük ilkesidir: “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*”. Bu ilke, kanun hükümlerinin katı uygulanmasının, adalete, hakkaniyete ve ahlak anlayışına uymayan sonuçlar doğurmasını önleyecek nitelikte bir temel hukuk ilkesi olarak değerlendirilmektedir. Görüldüğü gibi ilkenin işlevi ve hakime verdiği yetkinin kapsamı dikkat çekicidir. Bu nedenle işlevi ve etkisi ile doğru orantılı olarak ilkeye başvurmada büyük bir özen ve dikkat gösterilmesi gerekmektedir. Zira her hukuki sorunla karşılaşıldığında, bu konuya çözüm getiren pozitif bir düzenleme olup olmadığı kontrol edilmeksizin dürüstlük ilkesine başvurmak, hukuk güvenliğini de ortadan kaldırma riski taşır<sup>3</sup>. Bu yönüyle adeta keskin bir bıçak gibi etkin ancak tehlikeli bu araca iş hukukunda da başvurulurken aynı hassasiyetin gösterilmesi gerektiği gibi, iş hukukunun kendine özgü yapısı da devreye girdiğinde, gereken dikkat ve özenin derecesi, bir kat daha artmalıdır. Bunun da gerekçesi elbette, işçinin, iş ve gelir güvencesi karşılığında, bağımsızlığından ödün vermeyi kabul ettiği iş sözleşmesinin, klasik bir sözleşmesel ilişki olmanın çok ötesine geçmesidir.

İş ilişkisinin bu yönü, esasında iş hukukunun doğması ve gelişmesini sağlamıştır. İş hukukunun ortaya çıkmasına kaynaklık eden işçinin korunması ihtiyacının bugün belki daha da güçlenerek varlığını koruması karşısında, iş ilişkisi açısından uygulama alanı bulacak her kural ve ilke gibi, dürüstlük ilkesi de iş hukukunun mihenk taşı niteliğindeki işçinin korunması düşüncesini göz ardı edemeyecektir. Böylece, dürüstlük kuralı, iş ilişkisinde uygulama alanı bulduğu noktalarda –sözleşmenin yorumunda, tarafların haklarının ve borçlarının ve özellikle işverenin yönetim yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde- işçinin korunması düşüncesinin süzgecinden geçerek üstlendiği önemli işlevi yerine getirecektir.

Dürüstlük kuralının, iş sözleşmesinin uygulanması ve özellikle işverenin yönetim yetkisinin sınırlanması açısından işlevini ele aldığımız bu incelememizde, bir medeni hukuk ilkesinin iş ilişkisine yansımalarına değinilirken, iş hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olma özelliğine dikkat çekme gereği de duyulmuştur. Bunun nedeni, sözleşmesel bir ilişki niteliği taşıdığı ve bu nedenle, iş mevzuatında

<sup>3</sup> Bu konuda Schwarz’ın uyarısına kulak vermek gerekir: Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının “ (...) önemi çok büyüktür; fakat hukukî meselelerin haline bunlarla başlamayıp her meseleye ona taallük eden hususî hükmü tatbik etmek ve umumî esasları da fevkalâde zarurî olan hallerde sırf itnâm ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lâzımdır. Hukuk tahsiline yeni başlayanların bu hususta ne kadar dikkat nazarı çekilse yeridir; zira müptediler çok kolay fakat tehlikeli bir yol karşısında çok zor, zahmetli fakat daha emin ve kat’î bir vasıtayı istimal etmeyi öğrenmek mecburiyetindedirler.” (Schwarz, A. B.: **Medenî Hukuka Giriş** (Çev. Hıfzı Veldet), İstanbul 1942, 197-198).

boşluk bulunan hallerde borçlar hukukundaki genel hükümlere tabi olduğu inkar edilemez olan iş ilişkisinin, aynı zamanda işverenin ekonomik üstünlüğü ve sahip olduğu tek taraflı yetkilerle baskın konumda bulunduğu bir güç ilişkisi olmasıdır. Ayrıntılı olarak değinileceği üzere, Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı prensibinin aksine, kural koyma, uygulama ve gerektiğinde disiplin yaptırımları uygulama yetkilerinin tek elde, işverende toplandığı ve bu nedenle hiç de demokratik bir yapı sayılamayacak olan işyerinde işçinin korunması ihtiyacının en ön planda olduğu bu ilişkinin, herhangi bir sözleşmesel ilişki gibi algılanamayacağı, bu nedenle de farklı bir bakış açısıyla değerlendirilip, farklı kurallara tabi olması gerekeceği açıktır. Dürüstlük kuralının iş ilişkisine yansımaları ele alınırken de, diğer sözleşmesel ilişkilerden farklı niteliği nedeniyle sıra dışı olan iş ilişkisine dair bu esasın vurgulanması ihtiyacı doğmuştur.

Diğer yandan dürüstlük kuralının iş sözleşmesinin uygulanmasına ve özellikle işverenin yönetim yetkisine etkisinin doğru tespit edilebilmesi, başlı başına bu kuralın kaynağını nereden aldığı, farklı hukuk sistemlerinde nasıl ifade edildiği ve günümüzde bu kuralın medeni hukuk ve borçlar hukukunda nasıl bir işlev üstlendiğinin de doğru anlaşılmasına bağlıdır. Bu doğrultuda, incelememizin devamında, Roma Hukukundan günümüze "*bona fides*"in gelişimine ve dürüstlük ilkesinin – iyiniyet kavramı ile farkı da ortaya konularak- uygulama alanına değinilmesi uygun görülmüştür.

Kişilerin, doğru, namuslu ve makul davranması gerekliliğine işaret eden dürüstlük kuralı, elbette güvene dayalı, işçinin işverene bağımlı çalışmayı kabul ettiği iş ilişkisinde de önemli işlevlere sahiptir. Çalışmamızın odak noktasını oluşturan bu işlevler de, iş sözleşmesinin yorumu ve tarafları açısından ele alınmış, iş hukukunun başta işçinin korunması ilkesi olmak üzere temel ilkeleri de göz önünde bulundularak, dürüstlük kuralının özellikle işverenin borçları ve yetkilerine olan etkisi üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda işverenin disiplin yetkisinin, kural koyma yetkisinin, çalışma koşullarında değişiklik yapma ve işçinin kişilik haklarına müdahale olanağının sınırları çizilmeye çalışılmıştır.

Dürüstlük kuralının, sadece özel hukukla sınırlı kalmayıp, tüm hukuk sistemi içinde uygulama alanı bulan bir kural olması yanında, iş ilişkisinin de kurulmasından sona ermesine kadar her aşamasında işlevsel olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle dürüstlük kuralının, iş ilişkisinin bütünü üzerindeki etkisinin incelenmesi, bu çalışmanın sınırlarını fazlasıyla aşacaktır. Belirtelim ki, çalışmamızda, bu derece geniş bir uygulama alanına sahip olan kuralın iş sözleşmesinin uygulanması ve özellikle işverenin yönetim yetkisinin sınırlandırılmasına etkisi incelenmeye çalışılmış olup, iş ilişkisi açısından diğer işlevleri çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

## II. İŞ HUKUKUNUN BAĞIMSIZ HUKUK DALI NİTELİĞİNDEN MEDENİ HUKUK İLKELERİNE GERİ DÖNÜŞ MÜ?

### A. Mecelle'den İş Kanunlarına Bağımsız İş Hukukunun Kısa Öyküsü...

#### 1. Çalışma Yaşamında Karanlık Bir Tablo

Sanayileşmenin gereği olarak ortaya çıkan çağdaş anlamdaki işçi ve işveren kavramları ile iş hukuku, klasik ekonomik liberalizmin, herkesin özgür ve eşit olduğu varsayımından hareket eden sözleşme özgürlüğü ilkesinin hakim olduğu bir ortamda ve buna bir tepki doğmuştur<sup>4</sup>. Çalışma ilişkilerinin kendi doğal akışına bırakılması ise, işçi ve işverenin eşit ekonomik güce sahip olması önkoşulunun varlığını zorunlu kılar; bu koşulun var olmadığı ve hiçbir zaman var olmayacağı olgusunun kavranması ise uzun bir süreci gerektirmiştir<sup>5</sup>. Nitekim her sözleşmenin taraflarının özgür ve eşit olduğu varsayımının gerçeğe uygun olmadığı, işverenlerce tek taraflı olarak belirlenen ağır çalışma koşullarına boyun eğmek zorunda kalan işçilerin, sefalet ücreti olarak adlandırılan düşük ücretler karşılığında, her türlü iş sağlığı ve güvenliği önleminde yoksun, ağır işlerde, günlük on altı saate varan sürelerle çalışmak zorunda bırakılması ve bu koşulların neden olduğu iş kazaları ve meslek hastalıklarının korkutucu boyutlara ulaşmasından anlaşılmıştır. Bu nedenledir ki devlet, pasif tutumunu terk ederek işçi-işveren ilişkilerine müdahale gereği duymuş, insan onuruna yakışır yaşam koşullarını sağlamayı amaç edinerek gerekli önlemleri alma, iş ilişkilerinin normatif çerçevesini çizen asgari kuralları koyma yoluna gitmiştir<sup>6</sup>. İş hukukunun doğması ve gelişmesinin temelinde iş ilişkisinin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacının yattığının söylenmesinin nedeni bu gelişmelerdir.

Ülkemizde, çalışma ilişkilerinin taraflarının ekonomik anlamda eşit konumda olmadıklarının anlaşılması, endüstriyel ilişkiler sisteminin, ekonomik ve siyasal sistemin yürüngesinde gelişebilmesi nedeniyle, Batı ülkelerine oranla daha geç gerçekleşebilmiştir<sup>7</sup>. Osmanlı İmparatorluğu'nun endüstrileşme sürecine giremeyerek, tarım ülkesi olarak kalması ve böylece çalışma yaşamının tezgah ve el işlerine dayalı

<sup>4</sup> *Saymen*, F.H., **Türk İş Hukuku**, İstanbul 1954, 2 vd.; *Süzek*, S.: **İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Beta, İstanbul 2013, 6-7; *Çelik*, N.: **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 26. Bası, Beta, İstanbul 2013, 3 vd.; *Mollamahmutoğlu*, H./*Astarlı*, M.: **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu – 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu – 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşlenmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, 25 vd.; *Auzero*, G./*Dockès*, E.: **Droit du travail**, 28e édition, Dalloz, Paris 2014, 7; *Peskine*, E./*Wolmark*, C.: **Droit du travail**, 8e édition, Dalloz, Paris 2014, 7 vd.

<sup>5</sup> *Güzel*, A.: “3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, Sosyal Siyaset Konferansları, 35-36. Kitap, İstanbul 1986, 169.

<sup>6</sup> *Çelik*, 5; *Süzek*, 8; *Auzero/Dockès*, 9 vd.; *Peskine/Wolmark*, 7 vd.; *Lokiec*, P.: **Droit du travail Tome I Les relations individuelles de travail**, PUF, Paris 2011, 4.

<sup>7</sup> *Güzel*, “3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, 171.

çalışmalar olarak kalması bu konuda etkili olmuştur<sup>8</sup>. İş ilişkilerine dolaylı olarak yer verilen genel nitelikli yasaların başında “Mecelle” (1877) gelmektedir. Bununla birlikte Mecelle’de işçi-işveren ilişkileri her türlü müdahaleden uzak, liberal bir ekonomik anlayışla ele alınmış ve dahası bu anlayış en ilkel biçimiyle yansıtılarak çalışma ilişkileri bir köle-efendi ilişkisi gibi değerlendirilmiş, hizmet sözleşmesi “icare-i âdemi” (adam kirası) başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak Meşrutiyet döneminde de, yabancı sermayenin elindeki işyerlerindeki ağır çalışma koşullarına tepki olarak grev hareketlerinin patlak vermesi nedeniyle, sendikaların kurulmasına yasak getiren “Tatil-i Eşgal Kanunu” çıkarılmıştır.

## 2. Karanlık Tabloya Tepki: Devletin İş İlişkilerine Müdahalesi... İş Yasasına Doğru...

Cumhuriyet’in ilanından önceki Meclis Hükümeti döneminde, tüm çalışma ilişkilerini kapsayacak nitelikte bir yasanın hazırlanması konusu gündeme gelmiş olsa da, bu durumun geri kalmış iş alanlarının gelişmesine engel olabileceği savunularak, belirli bölge ve işkolunda çalışan işçilere yönelik düzenlemeler getirilmiştir. 114 sayılı “Zonguldak ve Ereğli Havza-i Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun” ile 151 sayılı “Ereğli Havza-i Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun”, bu düşüncenin ürünü olarak hazırlanmıştır. Cumhuriyetin ilanından sonra ise on bin ya da daha fazla nüfuslu kentlerde çalışmakta olan işçiler için haftada bir gün tatil öngören 394 sayılı “Hafta Tatili Kanunu” çıkarılmış; Mecelle’den sonra işçi-işveren ilişkilerini dolaylı da olsa ele alan genel nitelikli ikinci yasa olan 1926 tarihli Borçlar Yasası da kabul edilmiş olmakla birlikte, yine liberal bireyci görüşe bağlı kalmıştır<sup>9</sup>. İzleyen yıllarda da, ülke ve halk sağlığının genel olarak korunması amacıyla çıkarılan “Umumî Hıfzısıhha Kanunu”, çocuk ve kadın işçilerin çalıştırılmasına bazı sınırlar getirmiştir. Ne var ki, yapılan düzenlemelere rağmen, liberal ve bireyci bu dönem, çalışma koşullarının sözleşme özgürlüğü ile işverenin inisiyatifine bırakıldığı, bu nedenle işçinin asgari sağlık, güvenlik ve iş güvencesi koşullarından yoksun olduğu bir dönem olmaktan öteye gidememiştir<sup>10</sup>. Ülkenin iç koşullarının da itici gücüyle, devletin ekonomik alanda etkinliğini arttırmaya karar vermesi ve devletçiliğin benimsenmesi, buna uygun bir çalışma düzeninin kurulmasını kaçınılmaz kılmıştır. Böylece ilk İş Yasamız, Türk ulusunun kaynaşmış bir toplum olduğuna ve toplumsal güçlerin sınıflara ayrılması yerine, millî birlik içinde bütünleşmesi gereğine inanan temel düşüncelerin etkisiyle hazırlanmıştır<sup>11</sup>. 1924 yılından itibaren genel bir iş yasası çıkarılması fikri hakim olmaya

<sup>8</sup> **Çelik**, 5; **Güzel**, “3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, 171.

<sup>9</sup> **Çelik**, 9; **Gülmez**, M.: **Türkiye’de Çalışma İlişkileri** (1936’dan önce), Ankara 1983, 147 vd.; **Gülmez**, M.: “Ellinci Yılında Birinci İş Yasası Üzerine Bazı Notlar”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 19, S. 2, Haziran 1986, 141; **Güzel**, “3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, 173.

<sup>10</sup> **Gülmez**, 147 vd.; **Güzel**, “3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, 174.

<sup>11</sup> **Gülmez**, “Ellinci Yılında Birinci İş Yasası Üzerine Bazı Notlar”, 127; **Güzel**, “3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, 175.

başladığından, 3008 sayılı Yasanın kabulüne kadar, 1924, 1927, 1929, 1932 tarihli tasarılar hazırlanmış, son olarak 1934 yılında tekrar başlanan hazırlık çalışmaları sonunda, 3008 sayılı İş Kanunu, 15 Haziran 1936 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmış, yayımından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. 1950 yılında 5518 sayılı Yasa ile önemli ölçüde değiştirilen 3008 sayılı Yasa, 931 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 1967 yılına kadar çalışma ilişkilerini düzenleyen temel yasa olmuştur. 3008 sayılı Yasayı izleyen dönemde ise, 1945 yılında Çalışma Bakanlığı’nın kurulmasıyla birlikte, 1947 yılında 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun, 1952 yılında 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 1954 yılında da 6379 sayılı Deniz İş Kanunu çıkarılmış, bu Kanun daha sonra gözden geçirilerek 1966 yılında yeni bir Deniz İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. 1961 Anayasası ile birlikte 1963 yılında 274 sayılı Sendikalar Kanunu ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu kabul edilmiş; bilindiği gibi 1982 Anayasasının ardından bu yasaların yerini de 2821 ve 2822 sayılı Yasalar almış ve son olarak bu iki yasa tek bir metinde birleştirilerek 2012 yılında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu olarak son şekline kavuşmuştur.

Bireysel iş ilişkileri açısından da 931 sayılı İş Kanununun Anayasa Mahkemesince şekil yönünden iptalinin ardından, kanunda yalnızca birkaç hükmün değiştirilmesiyle 1475 sayılı İş Kanunu hazırlanmış ve 1971 yılında kabul edilmiştir. 1982 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü Konferansınca kabul edilen “Hizmet İlişkilerine İşverence Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme”nin, 1994’te ülkemizde onaylanması sonucunda, buna uyum sağlanabilmesi için 2002 yılında 4773 sayılı Kanun ile iş güvencesi getirilmiş; yine ILO ve AB normlarına uyum sağlama kaygısıyla yeni bir iş yasası hazırlanması ihtiyacı duyulduğunda da, 4773 sayılı Yasanın büyük bölümünü içeriğine alan 4857 sayılı İş Kanunu 2003 yılında çıkarılarak yürürlüğe konulmuştur.

İş ilişkilerinin yasalarla düzenlenmesindeki gelişim, toplu iş ilişkilerinde 5018 sayılı Yasadan 6356 sayılı Yasaya, özellikle de bireysel iş ilişkilerinde 3008 sayılı Yasadan 4857 sayılı Yasaya gelinceye dek, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve politik koşulların etkisiyle pozitif düzenlemeler getirildiğini; hiçbir yasanın sosyo-ekonomik koşullardan ve birbirinden bağımsız olmadığını; iş hukukunun adeta bu pozitif düzenlemelerin birbirine aktardığı mirasın etkisiyle geliştiğini ve kendine özgü bir mevzuata, sisteme, araçlara sahip bağımsız bir hukuk dalı olma özelliği taşıdığını ortaya koymaktadır. İş ilişkisini köle-efendi ilişkisi kapsamında, işçiyi ise nefisini kiraya veren kişi olarak nitelendiren Mecelle ve sözleşme özgürlüğü prensibine dayalı Borçlar Kanunu gibi düzenlemelerin çok ötesinde, iş ilişkilerinin ve yaşamın –kimi zaman ağır ve acımasız- koşullarını gerçekçi bir bakış açısıyla algılayarak pozitif dayanaklar oluşturan, giderek kökleşen bir içtihat geliştiren ve söz konusu koşulların daha iyiye gitmesi için çabalayan, tartışan bir öğretiyeye sahip olan iş hukukunun, bu nedenle halen medeni hukuk ağacının bir yaprağı olarak görülmesi



olanaksız olup; köklerini inkar etmeyen, medeni hukuk ağacının bir meyvesi olarak doğmuş cılız bir fidandan görkemli bir ağaca dönüştüğünün kabulü kanımızca isabetli olacaktır.

Gerçekten tarihsel gelişimin gözler önüne sermiş olduğu üzere, sosyal barış içindeki toplumsal düzenin sağlanması için aranan denge, işçi ve işvereni eşit varsaymakla değil; iş ilişkisinin yapısı ve kendine özgü niteliği göz ardı edilmeksizin, ilişkinin zayıf tarafının korunması ile -üstelik yalnızca ekonomik olarak değil, kişiliğinin, sağlığının, vücut bütünlüğünün ve onurunun korunması ile- sağlanabilecektir<sup>12</sup>. Her ne kadar hareket noktası işçinin korunması da olsa, iş hukuku elbette gerek ülke ekonomisini, gerek işletmeler düzeyindeki mali ve teknik zorunluluklar ile üretim ve verim gerekliliklerini göz ardı edemeyecek, “sosyal olan” ile “ekonomik olan” arasındaki dengeyi<sup>13</sup> kurması gerekecektir.

Bu nedenle iş hukukunun, başlıca iki gereklilikle doğmuş ve gelişmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır: ekonomik etkinlik ve işçinin korunması<sup>14</sup>. Amaç, bir yandan hukuki bağımlılık ilişkisi içinde bulunan işçiyi, yasa ve toplu iş sözleşmesi ile belirlenmiş bireysel ve toplu hakları güvenceye kavuşturmak suretiyle korumak, öbür yandan, işletmenin ekonomik organizasyonuna katkı sağlamaktır. Bu iki amaç arasındaki çelişki sadece görünürdedir. Çünkü, iş hukuku, her şeyden önce pazar ekonomisine karşı değildir ve olmamalıdır da, bir anlamda, iş hukukunun pazarı düzenleyici işlevi de bulunmaktadır. Her pazarın sağlıklı işlemesi için hukuk kurallarına gereksinimi bulunmaktadır. Öte yandan iş hukuku, işçileri korumak ve haklarını güvenceye kavuşturmak için belirli ölçüde emredici ve sosyal kamu düzenine<sup>15</sup> ilişkin kuralları da içermek zorundadır.

### 3. Bağımsız Bir Hukuk Dalı Olarak İş Hukuku ve İş Hukukunun İşlevleri Üzerine

20. yüzyılda iş hukukunun işlevi üzerine iki zıt anlayış karşı karşıya gelmiştir: İlkine göre iş hukuku yalnızca ve tamamen işçinin korunmasına hizmet etmeli, işletme işçilerin menfaatleri doğrultusunda bir sosyal gelişme aracı olarak görülmeli iken; Marksist akım olarak adlandırılan diğer anlayışa göre ise iş hukuku, kapitalizmin sürekliliğini sağlama amacıyla bilinçli olarak bazı ödünlerin verildiği bir oyun-

<sup>12</sup> Bkz. *Süzek*, 16 vd.; *Çelik*, 5; *Lokiec*, 3 vd.

<sup>13</sup> *Süzek*, 18.

<sup>14</sup> *Perulli*, A.: “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie”, in Couturier, G./Perulli, A.: “Droit des contrats et droit du travail (2e partie)”, *RDT 2007 No 6*, 9. (<http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=REVTRAV#TargetSgmlIdREVTRAV/CHRON/2007/0113>).

<sup>15</sup> Kavram için bkz. *Lyon-Caen*, G.: “Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine (Bir Yaklaşım)”, çev. Doç. Dr. Ali GÜZEL, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi Sosyal Siyaset Konferansları*, 32-33. Kitap, İstanbul 1983, 283 vd.



la, hakim sınıfın hegemonyasının maskelenmek istendiği bir aldatmacadan ibaretir<sup>16</sup>. Günümüzde üçüncü bir iş hukuku anlayışının doğduğundan söz etmek yanlış olmayacaktır: İdealize edilmemiş hukuki bir mantık temeline dayanan iş hukuku, çizdiği hukuki çerçeve, getirdiği düzenlemeler ile işletmede bir tür somut eşitlik yaratmaktadır. İş hukuku böylece sadece bir baskı unsuru değil, işletme bünyesindeki ilişkilerin, işçinin hayatı boyunca işveren ve devletle olan ilişkilerinin düzenleyicisi olarak ortaya çıkmaktadır. Amacı iş ilişkilerinin düzenlenmesiyle sosyal barışa ulaşmak olan iş hukuku bu nedenle, sadece iş sözleşmesinin taraflarının iradelerinin egemenliği altında olamayacak; dürüstlük kuralının içerdiği sosyal ahlak, bu amaca ulaşmada bir araç olacaktır<sup>17</sup>.

Gerçekten, iş sözleşmesi ile kurulan işçi-işveren ilişkisinde emredici kurallar tarafından sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması, diğer sözleşmelerden farklı biçimde ortaya çıkar<sup>18</sup>. Kişilerin özgür iradeleriyle hukuki ilişkiler kurduğundan ve sözleşmenin taraflarının eşit olduğundan hareket eden medeni hukuk ve borçlar hukuku, bu nedenle işçinin işverene bağımlı olarak, onun emir ve otoritesi altında iş görmeyi kabul ettiği, işverenin ekonomik olarak sahip olduğu üstünlük nedeniyle ona ekonomik ve kişisel anlamda bağımlı çalışan işçinin daha güçsüz olduğu iş ilişkilerinin düzenlenmesinde yetersiz kalmıştır. İş sözleşmesine diğer iş görme sözleşmelerinden farklı bir nitelik kazandıran bağımlılık unsuru –irade özerkliği ilkesi yerine işçinin iradesinin bağımlı oluşu<sup>19</sup>- ve işçinin korunması kaygısı, iş hukukunun borçlar hukukundan bağımsız mekanizmalar geliştirerek, bağımsız bir hukuk dalı haline gelmesini sağlamıştır<sup>20</sup>. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararda, Alman Hukukunda iş ilişkilerinde, Medeni Kanun dışında pek çok ayrı yasanın uygulama alanı bulduğunu belirterek; iş hukukunun, medeni hukuk yanında, bağımsız bir hukuk dalı olarak geliştiğinin altını çizmiştir<sup>21</sup>.

Nitekim öğretilerde isabetle ifade edildiği gibi “İş hukuku, iş ilişkisi içinde tarafların kuramsal anlamda eşit kabul edilmesinin yarattığı haksız ve adaletsiz sonuçların reddinden doğmuştur”<sup>22</sup>. Gerçekten, iş hukukunun doğmasının, medeni hukuk kurallarının sonuçlarını sınırlama anlamını taşıdığını söylemek hatalı olmayacak, mülkiyet hakkı ve girişim özgürlüğü gibi kurumların, insanların yazgısı söz konusu olduğunda varlıklarını aynı şekilde sürdürmeleri olanaklı görülmeyecektir<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> *Urban*, Q.: “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, **Le droit social – Le droit comparé Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt**, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg 2003, 335; ayrıca bkz. *Pasukanis*, E.B.: **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (çev. Onur Karahanoğulları), Birikim Yayınları, İstanbul 2002, 83 vd.

<sup>17</sup> *Urban*, “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, 336.

<sup>18</sup> *Süzek*, 30.

<sup>19</sup> *Süzek*, 33; *Peskine/Wolmark*, 28 vd.

<sup>20</sup> *Auzero/Dockès*, 6, 29 vd.; *Lokiec*, 3 vd.

<sup>21</sup> *Rémy, P./Krause, R.*: “Droit des contrats et droit du travail (suite et fin)/Allemagne” in Grodin, J.R./Rémy, P./Krause, R.: “Droit des contrats et droit du travail (suite et fin)”, **RDT 2007 No 7**, 5.

<sup>22</sup> *Süzek*, 33.

<sup>23</sup> *Lyon-Caen*, “Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine (Bir Yaklaşım)”, 263, 265.

İş ilişkilerinde, iş sözleşmesinin sözleşme niteliği gereği medeni hukuk ve borçlar hukuku ilkelerinin uygulama alanı bulmasının yanında, iş hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmasının somut bir göstergesi olması açısından, Fransız Hukukunda dürüstlük kuralına ilişkin hükmün İş Koduna alınması biçimindeki gelişme önem arz etmektedir. Bu kapsamda iş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun ifasına ilişkin aşağıda yer verilen Fransız Yargıtayı içtihadının daha sonra pozitif düzenlemeye kavuşturulmuş olması dikkat çekicidir. Gerçekten, dürüstlük kuralı, 17 Ocak 2002 tarihli “Sosyal Modernizasyon” (*la modernisation sociale*) Yasası olarak adlandırılan bir yasayla İş Kodu'nun m.1222-1 hükmü olarak düzenlenmiştir<sup>24</sup>. Bu hüküm Medeni Kod (Code Civil) m. 1134 hükmünü, bir anlamda İş Koduna dahil etmektedir. Bu yeni düzenlemeye göre, “iş sözleşmesi dürüstlük kuralına uygun (*bonne foi*) ifa edilir”. Zaten bilinen ve iş sözleşmesine de uygulanması konusunda herhangi bir kuşku duyulmayan dürüstlük kuralının, Fransız Hukukunda ayrıca İş Koduna dahil edilmesiyle yasa koyucu tarafından ne tür bir amaç güdüldüğü sorusu akla gelmektedir. Medeni Hukukun genel bir ilke ve kuralının özel bir yasayla İş Koduna dahil edilmesiyle nasıl bir değişiklik ortaya çıkacaktır? Örneğin, Fransız Yargıtayı kararlarında her iki hükme aynı anda yer vermekten çekinmemektedir. Esasında, belirtilen yöndeki düzenleme, işçi-işveren arasındaki sözleşmesel ilişkiye vurgu yapmış olmakta; böylece, iş ilişkisinde sözleşme hukukuna önemli bir yer verilmiş bulunmaktadır. Çünkü sözleşme hukukuna ilişkin esaslar, anılan ilişkide belirli sorunların hukuki değerlendirilmesinde önemli bir işlev üstlenmiş bulunmaktadır. Bunun yanında, iş ilişkisinin taraflarının da haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uygun hareket etmek zorunda olduklarına ilişkin düzenlemeye İş Koduna yer verilmesi, artık bu konuda genel hükümlere başvurma gerekliliğini ortadan kaldırmış; adeta iş hukukunun bağımsız niteliğinin vurgulanmasını sağlamıştır.

## B. Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku İlkelerinin İş Hukukundaki Yansıması

İş Hukukunun belirtilen amaçlarını gerçekleştirebilmesi, belirli bir denge ve uzlaşma temeline yaslanmasını gerekli kılar. İş hukukunun bu denge sağlayıcı işlevi açısından, medeni hukukun kavram ve kuralları, önemli bir kaynak oluştururlar<sup>25</sup>.

Bahsi geçen niteliklerinden dolayı iş ilişkisi sadece bir sözleşmesel ilişkiye indirgenemeyecek<sup>26</sup> olmakla birlikte, işverenin sahip olduğu tek taraflı yetkilerin

<sup>24</sup> *Vigneau*, C.: “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, **Dr. soc.** 2004 No 7/8, 706.

<sup>25</sup> *Perulli*, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie”, 9.

<sup>26</sup> *Mazeaud*, A.: “Contrat de travail (Exécution)”, **Dalloz rép. de droit du travail**, 2013, §3, (<http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY%2fTRAV%2fRUB000036%2fINDEX#Ta rgetSgmlldENCY/TRAV/RUB000036>); *Perulli*, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie”, 9.

hakim olduğu bir sözleşmesel ilişki olarak düşünüldüğünde, sözleşmeler hukukuna ilişkin ilkeler, iş ilişkisinde de –gerektiğinde bu ilişkinin kendine özgü yapısına uyarlanarak<sup>27</sup>- uygulama alanı bulabilecektir<sup>28</sup>.

Sözleşmeler hukukunun en temel ilkelerinden biri olan “sözleşme ile bağlılık” ilkesi, doğal olarak iş sözleşmesi açısından da aynen geçerli olacaktır. Anılan ilkenin iş sözleşmesinde de geçerli olması, İş Hukukunun işçiyi koruma amacına da katkı sağlayacaktır. Çünkü bu sayede işçiye, işverenin sözleşmede tek yanlı iradesiyle değişiklik yapamaması yönünde önemli bir güvence ve koruma sağlayacak, işverenin iş sözleşmesinin esaslı koşullarında değişiklik yapabilmesi işçinin onayına bağlı olacaktır. İşçiye güvence sağlama işlevini üstlenmiş bu ilke, günümüz iş hukuklarında sözleşme modelinin ön plana çıkması sonucunu doğurmaktadır<sup>29</sup>. Sözleşme ile bağlılık kuralı, bazı hukuk sistemlerinde pozitif düzenleme konusudur. Nitekim, Fransız Medeni Kodunun (Code Civil), 1134. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre, “*yasaya uygun olarak yapılmış olan sözleşmeler, sözleşmeyi yapanlar açısından yasa hükmü yerine geçerler*”. Bu kuralın doğal uzantı ve sonucu aynı maddenin ikinci fıkrasında, “*sözleşmeler ancak tarafların karşılıklı iradeleriyle sona erdirebilirler*” biçiminde düzenlenmiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi, Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi, Medeni kanunda yer alan ve sözleşmelere ilişkin bu temel ilkeyi, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik ve iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması açısından da dikkate almaktadır<sup>30</sup>.

Bu kapsamda, iş sözleşmesinde işverenin sahip olduğu tek taraflı yetkilerin sınırlarının çizilmesi için bazı hukuki araçlara ihtiyaç duyulmakta, bir diğer medeni hukuk ve borçlar hukuku ilkesi olan dürüstlük kuralı ise bu aşamada devreye girmektedir. Zira sözleşme hukukunun temelinde yer alan, iş hukuku açısından ise sadece bir kurgu olmaktan öteye gidemeyen irade özerkliği ve tarafların eşitliği kavramlarının, işverenin baskılayıcı ve güçlü konumunu gizlemesinin engellenebilmesi için, yine sözleşmeler hukukundan doğan bazı fren mekanizmalarına ihtiyaç duyulmuştur. Sosyal gelişme ve işçinin statüsünün iyileştirilebilmesi, irade özerkliğine katı bir bağlılığın ötesine geçilmesini gerekli kılmaktadır; dürüstlük ilkesi de

<sup>27</sup> Gerçekten öğretilde, iş hukukunun bağımsızlığından söz edilebilmesi için iş hukukuna mekanik bir biçimde aktarılan medeni hukuk kavramlarının terk edilmesi gerektiği vurgulanmıştır (Lyon-Caen, “Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine (Bir Yaklaşım)”, 261). Nitekim Medeni Kanunumuz’un 5. maddesinde, genel hükümlerin özel hukuk ilişkilerine “uygun düştüğü ölçüde” uygulanması esaslı öngörülmüştür. Medeni hukuk ve borçlar hukuku ilke ve kullarının iş hukukunun özel karakterine aykırı düşmediği ölçüde uygulanabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Çelik, 15; *Süzek*, 36 vd.; *Mollamahmutoglu/Astarlı*, 59; Fransız Hukukunda medeni hukuk ilkelerinin iş sözleşmesindeki bağımlılık unsuruna uyarlanması ihtiyacına ilişkin olarak bkz. *Auzero/Dockès*, 31.

<sup>28</sup> Bkz. *Lokiec*, 54 vd.

<sup>29</sup> *Couturier* G.: “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France”, in *Couturier, G./Perulli, A.*: “Droit des contrats et droit du travail (2e partie)”, *RDT 2007 No 6*, 2.

<sup>30</sup> *Couturier*, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France”, 2.

bu gelişmenin araçlarından biri niteliğindedir. Gerçekten, sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun ifa edilmesi kuralının, sözleşme ile bağlılık ilkesinin ardından, sözleşmeler hukukunda etkili olmaya başlayan bir ilke olarak 20. yüzyılın ikinci yarısına damgasını vurduğu belirtilmektedir<sup>31</sup>.

### III. ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE:

*Bona Fides... Bonne Foi, guter Glaube / Treu und Glauben, İyiniyet / Dürüstlük*

#### A. Dinsel ve Ahlaki Temelli Bir Kavramdan Pozitif Hukuk Kuralına...

##### 1. Tanrıça *Fides*

*Bona fides* hukukun en eski ve köklü kavramlarından biridir. Kavramın ortaya çıkması ve gelişiminde, iki önemli dönemin etkili olduğu söylenmektedir: Bunlardan ilki, MÖ. 3. yüzyıl ile MS. 6.-7. yüzyıllar arasında kalan Roma Hukuku dönemi; ikincisi ise 19. yüzyıldan günümüze kadar geçen ve kavramın yeniden doğduğu süreçtir<sup>32</sup>.

Roma'da *bona fides*'in dini bir kaynağı vardır: Tanrıça *Fides*<sup>33</sup>. Verilen söz tanrıçası olarak adlandırılan *Fides*, insanın sağ elinde var olduğuna inanılan ve bu nedenle sözleşen kimselerin el sıkışmakla, *Fides*'in tanıklığında sorumluluk altına girdikleri düşünülen tanrıcadır. *Fides*, cumhuriyet döneminde Roma'da toplumsal düzenin temel değerleri arasında yer almış; bu inanıştan kaynağını alan borçlar nedeniyle ve dini, ahlaki, toplumsal ve giderek hukuki konularda uygulanması sonucu, dini bir anlam taşımaktan uzaklaşmıştır. Kökleri tanrıça *Fides*'e uzanan *bona fides* kavramı ise hukuki bir kavram olup, verilen söze bağlılık ve dürüst bir kişinin davranış biçimi olarak açıklanmaktaydı<sup>34</sup>. Bu kavram, çıkış noktası dini ya da ahlaki de olsa, Roma medeni hukuk uygulamasında temel bir işlev kazandı: *Bona fides* davaları (*bona fidei iudicia*)<sup>35</sup>. Roma vatandaşlarının yabancılarla olan ticari ilişkileri, bu ilişkilerde karşılıklı güvenin ve sadakatin sağlanabilmesi ihtiyacı, Roma vatandaşları arasında var olan dar hukuk davalarının yanında, *bona fides* davalarının ortaya çıkmasına neden oldu. Bu ticari ilişkilerde borçlar, *Fides*'in gerektirdiği biçimde ifa edilmeliydi. Bu nedenle taraflar arası uyuşmazlıkların çözümünde,

<sup>31</sup> *Couturier*, "Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France", 2.

<sup>32</sup> *Jaluzot*, B.: La bonne foi dans les contrats, Études comparatives de droit français, allemand et japonais, Dalloz, Paris 2001, 19.

<sup>33</sup> Ayrıntı için bkz. *Jaluzot*, 20 vd.; *Le Tourneau*, P./*Poumarède*, M.: "Bonne foi", *Dalloz rép. de droit civil*, 2013, 5; *Umur*, Z., *Roma Hukukunda İktisabi Müruru Zamanda Hüsnüniyet*, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 696, Hukuk Fakültesi No: 144, 1956, 7; *Ateş*, D.: "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, 2007, 81.

<sup>34</sup> *Jaluzot*, 23; *Ateş*, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", 81.

<sup>35</sup> *Umur*, 6-7; *Tabiroğlu*, B., *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2005, 112; *Jaluzot*, 24 vd.

*formula*'da “*ex fide bona*” -*bona fides* neyi gerektirirse- ona hükmedilmekteydi. Rızai sözleşmeler<sup>36</sup> olarak adlandırılan *bona fides* sözleşmeleri ise, bahsi geçen davalardan hareketle ortaya çıkmıştır. Roma Hukukunda daha önce borcun kaynakları olarak yalnızca maddi bir değişimden (*mancipatio*) ve tek taraflı borç kaynaklarından bahsedilmesine rağmen, karşılıklı iradelerin uyuşması sonucu her iki taraf için de yükümlülükler doğuran rızai sözleşme kavramı ile Roma Hukukunda karşılıklı borç kavramı yerleşmiştir<sup>37</sup>. Bu sözleşmelerin en önemli özelliği, diğer sözleşmeler gibi şekil kurallarına tabi olmamaları ve herhangi bir yasal dayanak gerektirmeden, hakime, *bona fides* gerektirdiği ölçüde -*ex bona fide*- taraf beyanlarının ardındaki iradeyi arama, tarafların düzenlemediği, öngörmediği noktaları tamamlama ve hatta sözleşmenin lafzının katılığından dolayı tarafların mağdur olmasını önleme görevlerini vermesi; dolayısıyla sözleşmeden doğan borçların hakim tarafından evrensel bir dürüstlük, güven ve şeref kavramı ile değerlendirilmesini sağlamasıdır<sup>38</sup>.

Orta Çağ ise, *bona fides*'in hristiyan Avrupa ülkeleri hukuklarında (*jus commune*) egemen hale gelmesine tanıklık etmiştir. Böylece salt tarafların iradelerinin uyuşması ile kurulan sözleşmeler istisna olmaktan çıkmış; adeta tüm sözleşmeler rızai sözleşme halini almıştır<sup>39</sup>. Ayrıca yüzyıllar içinde, ticari ilişkiler ve özellikle uluslararası ticarete, *lex mercatoria*, “*bona fides*” ve “*aequitas*” (hakkaniyet) kriterleri üzerine kurulmuştur<sup>40</sup>. Nitekim Roma İmparatorluğu dönemi sonunda, *bona fides* ile Constantin tarafından Roma hukuk düzeninin temel ilkesi olarak nitelendirilen *aequitas* ilkeleri birbirine yaklaşmış, benzer işlevlere sahip ilkeler haline gelmiştir<sup>41</sup>.

## 2. ... Ve Nihayet Bir Pozitif Hukuk Kuralı

*Bona fides* kavramının oluşumunda en önemli etkiye sahip ikinci dönem ise, pozitif düzenlemeye kavuştuğu XIX. ve XX. yüzyıllardır. 1804 yılında Fransız Medeni Kodunun yürürlüğe girdiği dönemde, doğal hukuk anlayışının baskın olması neticesinde, kişilerin iradesi ile değiştirilemeyecek nitelikte olduğu ve hatta kaynağını Tanrıdan aldığı kabul edilen ilke, Fransız Devrimi sonrasında gelişen öğretiler- özellikle E. Kant ve A. Comte- tarafından doğal hukuk anlayışının eleştirilmesi sonucunda dayanağını yitirmiş görünse de, 1896 yılında Alman Medeni Kanunu'nda da yer bulmuştur<sup>42</sup>. Alman Hukukunda önceleri Serbest Hukuk Ekolü tarafından,

<sup>36</sup> *Tabiroğlu*, 112 vd.; *Jaluzot*, 29 vd.

<sup>37</sup> *Tabiroğlu*, 113-115.

<sup>38</sup> *Tabiroğlu*, 115; *Jaluzot*, 30; *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 5; *Urban*, “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, 333.

<sup>39</sup> *Jaluzot*, 32; *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 5.

<sup>40</sup> Ayrıntı için bkz. *Jaluzot*, 1 vd.; *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 8.

<sup>41</sup> Alman ve Fransız Hukuklarında, *bona fides* kavramına bakış açısı farklılığının temelinde, bu kavramın *aequitas* ile özdeş kabul edilip edilmemeye bağlı olduğuna ilişkin açıklama ve ayrıntı için bkz. *Jaluzot*, 33-34.

<sup>42</sup> *Jaluzot*, 39-41; Alman Medeni Kanunu (BGB) §242'de yer verilen bu temel düzenleme ve açıklaması için bkz. *Pédamon*, M.: *Le contrat en droit allemand*, 2e édition, LGDJ, Paris 2004, 131 vd.

hukuk kurallarının esnetilmesi, somut olayın koşullarına uygun yorumlanması için yararlanılan bir araç olarak nitelendirilen ilke, Hitler döneminde Nasyonal-Sosyalist hukuk anlayışı içinde bu anlayışın menfaatleri doğrultusunda şekillendirilmiş, sözleşmeler hukukunda önemli bir kontrol kriteri olarak kabul edilmiştir<sup>43</sup>.

### 3. Terminoloji

Tarihi gelişim süreci içinde kavram, tarihsel ve ideolojik etkenler sonucu, farklı rollere bürünmüş, yeni anlamlar kazanmış, hatta ikili bir içeriğe kavuşmuştur. Farklı hukuk sistemlerindeki pozitif düzenlemelerde değişik terimlerle ifadesini bulan kavram, taşıdığı anlam ve işlevi itibariyle de her hukuk sistemine özgü özellikler göstermektedir. Belirtelim ki günümüzde halen yürürlükte olan 1804 tarihli Fransız Medeni Kodunda, “*bona fides*” kavramı, “*bonne foi*” olarak ifade edilmekte ve aynı terim hem -özellikle eşya hukukunda- bazı olguların görünüşüne inanan bir kimsenin ruh halini ifade etmekte kullanılmakta, hem de Medeni Kanun’un 1134. maddesinin 3. fıkrasında, sözleşmelerin dürüst şekilde ifa edilmesi kuralında yer almaktadır<sup>44</sup>. Bu iki farklı durum için Fransız Hukukunda tek bir terimin (*bonne foi*) kullanılması tercih edilmişken<sup>45</sup>, Alman Hukukunda -özellikle Savigny’nin çalışmalarının etkisiyle<sup>46</sup>- kavramın taşıdığı ikili anlamın birbirinden açıkça ayırt edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Bundan hareketle, ilkinde bir kişinin ruh haline dayanıldığından sübjektif nitelik taşıyan -ve daha çok eşya hukukunda karşımıza çıkan- kavram için “*guter Glaube*” (iyi niyet) terimi tercih edilmiş; kişiden kişiye değişmeyen ve objektif nitelik arz eden ikinci hal için ise “*Treu und Glauben*” (bağlılık ve güven) terimi kullanılmıştır<sup>47</sup>. Önemle belirtelim ki, Ünlü Alman Hukukçusu, Larenz’ın etkisiyle<sup>48</sup>, bu ilkeye, başka bir ilke olan “güven ilkesi” kaynaklık etmiştir.

<sup>43</sup> *Jaluzot*, 46-49.

<sup>44</sup> *Malaurie*, P./*Aynès*, L.: *Cours de Droit Civil, Tome VI Les Obligations*, 4e édition mise à jour le 20 juillet 1993, Éditions Cujas, Paris 1993-1994, 339; *Bénabent*, A.: *Droit civil Les obligations*, 9e édition, Dalloz, Paris 2003, 208; *Le Tourneau/Poumarède*, “*Bonne foi*”, 3 vd.; *Jaluzot*, 7; Lemoine, E.: “Les principes civilistes dans le contrat de travail”, *Petites affiches*, 15 Juin 2001, no 119, 3 (www.lextenso.fr); *Akyol*, Ş.: *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İkinci Bası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, 1 vd., 5. Gerçekten, “*Bonne foi*”, 1. *Honnêteté d'une personne dans la conclusion ou l'exécution d'un contrat* (Bir sözleşmenin kurulması ve ifasında bir kimsenin dürüstlüğü). 2. *Conviction sincère, mais erronée, d'agir conformément au droit* (Hukuka uygun davranıldığına ilişkin samimi ancak hatalı kanı, kanaat) olarak iki farklı anlam taşımaktadır (*Bissardon*, S.: *Guide du langage juridique*, 2e édition, LexisNexis Litec, Paris 2005, 146).

<sup>45</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “*Bonne foi*”, 3 vd.; Vigneau, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 707; Vasseur-Lambry, F.: “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, *Petites affiches*, 17 Mars 2000, no 55, 1 (www.lextenso.fr).

<sup>46</sup> *Jaluzot*, 7.

<sup>47</sup> *Pédamon*, 131 vd.; *Jaluzot*, 7; *Arslan Ertürk*, A.: *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, XII Levha, İstanbul 2010, 20.

<sup>48</sup> Gerçekten *Larenz*, basit bir düşünceden hareket eder ve “Toplumda hiç kimsenin birbirine güvenmemesi, gizli bir savaş ortamı yaratır” tespitinde bulunur (bkz. *Witz*, C.: *Le Droit Allemand*, Dalloz, Paris 2013, 102).



Görüldüğü gibi Fransız Hukukunda *bonne foi* kavramı iki farklı anlam taşımakla birlikte, Alman Hukukunda bu iki anlamın iki farklı hukuki kurum teşkil ettiği kabul edilmektedir. Ancak her iki hukuk düzeninin de ortak noktası, kavramın yasal bir tanımı verilmemesine karşın, sözleşmeler açısından iyi niyet, bağlılık, doğruluk, dürüstlük kurallarının varlığının benimsenmiş olmasıdır. Ekleyelim ki Alman Hukukunun da etkisiyle, İkinci Dünya Savaşı sonrası kavram, Japon Medeni Kanununa da 1947 yılında girmiş, bu hukuk sisteminde de ikili ayırım tercih edilerek objektif ve sübjektif nitelik taşıyan iki durum için iki farklı terim kullanılması yoluna gidilmiştir<sup>49</sup>.

Hukukumuz açısından ise terminoloji yönünden, Alman Hukukuna benzer bir tercih yapılarak, Roma Hukukunda -objektif ve sübjektif- her iki işlevi de bünyesinde bulunduran *bona fides* kavramı karşılığında iki farklı terimin -*dürüstlük kuralları* (MK m.2) ve *iyiniyet* (MK m. 3)- kullanılması uygun görülmüştür<sup>50</sup>. Ancak belirtelim ki, önceki Medeni Kanunumuzda her iki kavramın da “hüsnüniyet” terimi ile ifade edilmiş olmasından kaynaklanan karmaşanın önlenmesi için öğretilerde, iyiniyetin karşılığı olarak “sübjektif hüsnüniyet”; dürüstlük kuralının karşılığı olarak ise “objektif hüsnüniyet” terimlerinin kullanılması tercih edilmekteydi<sup>51</sup>. 4721 sayılı Medeni Kanunumuz ise, bu ayırımı netleştirerek dürüstlük kuralı ve iyiniyet kavramlarına yer vermiş bulunmaktadır.

Bilindiği gibi 10 Aralık 1907 tarihinde Federal Meclis tarafından kabul edilen ve 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girmiş olan İsviçre Medeni Kanunu (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Code Civil Suisse*), Türk Medeni Kanunu açısından mehzaz teşkil etmektedir<sup>52</sup>. 1912 yılından itibaren önemli değişikliklere uğrayan mehzaz kanundaki bu değişikliklerin büyük bölümü, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yeni Türk Medeni Kanununda dikkate alınmıştır. İsviçre Medeni Kanununun 2. maddesinde, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken uyması gerekli olan kural, Fransızca metinde “*règles de la bonne foi*” biçiminde, Almanca metninde de “*Treu und Glauben*” olarak ifade edilmiştir. Mehzaz kanunun 3. maddesinde, bir hakkın doğması ya da etkilerini doğurması için aranan ve var olduğu farz edilen kavram ise Fransızca metinde yine “*la bonne foi*” terimi ile ifade edilmişken, aynı maddenin Almanca metninde bu kavram için bu kez “*Treu und Glauben*” terimi değil, “*guter Glaube*” terimi kullanılmıştır. Dolayısıyla, Fransız Hukuku ile Alman Hukuku açısından var olan farklılık, İsviçre Medeni Kanununun Fransız-

<sup>49</sup> Japon Hukukunda, sübjektif olarak bir kimsenin sahip olduğu haklı kanı, inanç için “zen i”; objektif olarak dürüst davranma kuralına karşılık olarak ise “*shingi seijitsu no gensoku*” terimlerinin kullanılmasına ilişkin bkz. *Jaluzot*, 6-8, 50 vd.

<sup>50</sup> *Oğuzman, M. K./Barlas, N.*: Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 243-246; *Dural, M./Sarı, S.*: Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, 222-223.

<sup>51</sup> *Oğuzman/Barlas*, 243.

<sup>52</sup> Ayrıntı için bkz. *Oğuzman/Barlas*, 22-25.



ca ve Almanca metinleri arasında da mevcut bulunmaktadır. 4721 sayılı Medeni Kanunumuzda ise yukarıda ifade edildiği gibi Alman Hukukuna paralel biçimde, tercüme aşamasında 2. maddede, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde uyulması gereken kural olarak dürüstlük kuralı; 3. maddede ise kanunun iyiniyete sonuç bağladığı hallerde asıl olanın iyiniyetin varlığı olduğu öngörülmüş ve iki farklı terim kullanılmıştır.

Bu incelememizde biz de, Yasada ve öğretilerde yerleşik olarak kullanılan ifadeleri kullanacak olmakla birlikte, açıklığa kavuşturmak gerekir ki, çalışmamızın konusunu teşkil eden dürüstlük kuralı, “*objektif iyiniyet kuralı*” anlamını taşımaktadır. Bu noktanın vurgulanmasının gerekliliği ise, birbirinden farklı iki kavram olan “dürüstlük” ve “iyiniyet” ifadelerinin doğru biçimde kullanılmasının taşıdığı öneme karşın öğretilerde ve bazı Yargıtay kararlarında terminoloji hatalarına rastlanılmasından doğmuştur. Aşağıda farklı uygulama alanları üzerinde durulduğunda açıklık kazanacağı üzere, iki farklı hukuki kavram (terminoloji) olan dürüstlük ilkesi ve iyiniyet kavramının aynı esasları ifade ediyormuşçasına bir arada kullanılması isabetli olmamaktadır<sup>53</sup>. Sözleşmenin taraflarının, haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken doğru, namuslu ve makul davranması gerekliliğinden bahsedildiğinde, MK m.2 hükmünde ifadesini bulan ve objektif iyiniyet anlamına gelen “dürüstlük kuralı” ifadesinin kullanılması yerinde ve yeterli olacaktır.

## B. Dürüstlük Kuralı ve İyiniyet Kavramının Uygulanma Alanı

### 1. Dürüstlük ve İyiniyet

İsviçre Medeni Kanunu'nun Ön Tasarısı ve Hükümet Tasarısı'nda önce yalnızca hakkın kötüye kullanılması yasağı öngörülmüşken, Kanun'un hazırlayıcısı *Huber*'in gayretleri sonucu mehz kanunun 2. maddesinin son halinde hem dürüstlük kuralı, hem de hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir<sup>54</sup>. 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi de, “dürüstlük kuralı” ve “hakkın kötüye

<sup>53</sup> Bkz. **Çelik**, 395, dn.13a'da yer verilen Yargıtay kararı (Yarg. 9HD., 15.9.2008 t. E.2008/17451 K.2008/23727). Söz konusu 15.9.2008 tarihli Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında, “Objektif iyi niyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında iyi niyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını hak kaybına uğratmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir.” ifadelerine yer verilerek, isabetsiz olarak bu iki kavram bir arada kullanılmıştır. Buna karşın belirtelim ki Yargıtay'ın, dürüstlük kuralını doğru biçimde kullandığı ve iyiniyet kavramı ile ayırt edilebilmesi için “objektif iyiniyet” olarak ifade ettiği isabetli kararları da mevcuttur: “Objektif iyiniyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir.” (Yarg. 9HD., 6.4.2009 t. E.2009/13501 K.2009/9655; Yarg. 9HD., 1.4.2013 t. E.2012/35856 K.2013/10606, www.kazanci.com).

<sup>54</sup> **Akyol**, 3-4.

kullanılması yasağı” biçiminde iki ilkeye yer vermektedir<sup>55</sup>. Bu hükme göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. / Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”. Öğretide ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da, bu iki ilkenin bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı olduğu kabul edilmekte<sup>56</sup>; bir hakkın kullanılmasında dürüstlük kuralına uyulmamasının, bu hakkın kötüye kullanıldığına işaret ettiği ve bu nedenle de hukuken korunmayacağı belirtilmektedir. Bununla beraber, dürüstlük kuralının uygulama alanı zamanla genişlemiş; hakların kullanılması ve borçların ifası açısından sahip olduğu işlevin yanında, yorum ve tamamlama kuralı işlevi de kazanmıştır<sup>57</sup>.

Fransız ve Alman hukuklarında olduğu gibi Yasada tanımı yapılmamış olan dürüstlük kuralı kavramı, öğretide, kişilerin taraf oldukları hukuki ilişkilerde, dürüst, namuslu, ahlaklı ve diğer kişilerde yaratılan güvenle tutarlı biçimde davranmaları olarak ifade edilmektedir<sup>58</sup>. Diğer bir ifadeyle dürüstlük kuralı, bir kimseden namuslu, dürüst ve makul biri olarak davranmasını beklemektir<sup>59</sup>.

Bu yönüyle dürüstlük kuralının temelinde, iyiniyet kavramına özdeş biçimde namuslu, doğru ve dürüst davranma düşüncesi yer almaktadır<sup>60</sup>. Roma Hukukunda her iki kavramın da ortak bir terimle, “*bona fides*” terimiyle ifade edilmesinin nedeni de bu olmakla birlikte; hakların kullanılması ve borçların ifasında geçerli davranış kuralları herkes açısından uygulanacağından bu halde “*bona fides*” (dürüstlük kuralı) objektif bir nitelik taşımakta; bir kimsenin bir hukuki sonucun gerçekleşmesine engel teşkil eden durumu bilip bilmemesi değerlendirilirken aranan “*bona fides*” (iyiniyet) ise subjektif bir ölçü özelliği göstermektedir<sup>61</sup>.

## 2. Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukunda Dürüstlük Kuralının İşlevi

Hakların kullanılması ve borçların ifasında genel ve objektif bir sınırlama biçiminde dürüstlük kuralının yasa da öngörülmesinin temelinde, pozitif hukuk tarafından, hayatın sonsuz ihtimallerinin tümünün en ince ayrıntısıyla düzenlenmesinin olanaksız olması yatmaktadır<sup>62</sup>. Bu nedenle dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakların kullanılması ve borçların ifa edilmesinde genel nitelikte bir sınırlama öngören kurallar biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

<sup>55</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Akyol*, 26 vd.; *Oğuzman/Barlas*, 257 vd.; *Dural/Sarı*, 264 vd.

<sup>56</sup> *Oğuzman/Barlas*, 257 ve dn. 278; *Dural/Sarı*, 229, dn. 269; *Barlas*, N.: “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, İHFM, C. LV, S. 3, 1997, 192, dn.1.

<sup>57</sup> *Dural/Sarı*, 230.

<sup>58</sup> *Dural/Sarı*, 230.

<sup>59</sup> *Oğuzman/Barlas*, 258.

<sup>60</sup> *Dural/Sarı*, 222-223; *Oğuzman/Barlas*, 244.

<sup>61</sup> *Oğuzman/Barlas*, 244-246; *Dural/Sarı*, 222-223. İyiniyet ve dürüstlük kuralının karşılaştırması için ayrıca bkz. *Akyol*, 11.

<sup>62</sup> *Dural/Sarı*, 229; *Oğuzman/Barlas*, 258; *Arslan Ertürk*, 21.

İsviçre Medeni Kanunu'nda ve dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nda ifade-sini belirtilen şekilde bulan dürüstlük kuralı, aşağıda açıklanacağı üzere, hakların kullanılması ve borçların ifası yanında da yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Ne var ki, bu kurala, Fransız<sup>63</sup>, Alman<sup>64</sup> ve İtalyan Medeni Kanunlarında sadece sözleşmelerin yorumu ve borçların ifası noktasında yer verilmiş, uygulama alanı daha dar biçimde belirlenmiştir. Bununla birlikte dürüstlük ilkesinin, Fransız Medeni Kodunun sistematığı içinde bulunduğu yer nedeniyle, ilk bakışta yalnızca sözleşmelerin ifası aşamasında uygulama alanı bulacağı zannedilebilecek olsa da, ilke Fransız Yargıtayının içtihadı ve öğreti görüşleri doğrultusunda sözleşmenin kurulmasından sona ermesine dek geçerli bir ilkeye dönüşmüştür<sup>65</sup>. Benzer biçimde Alman Hukukunda da BGB §242 hükmü, yasa da bulunduğu konumdan bağımsız olarak, genel bir hüküm ve hatta hukuki etik ilkesi haline dönüşmüş; yalnızca borçlar açısından değil, kişiler arasındaki tüm hukuki ilişkilerde hakkaniyet ve adaletin sağlanmasının önemli bir aracı olma özelliği kazanmıştır<sup>66</sup>.

Dürüstlük kuralının uygulama alanı, ilk olarak yasa hükümlerinin yorumlanmasında karşımıza çıkmaktadır. MK m. 1 gereği, bir yasa hükmünün anlamının tespitinde, hükmün lafzı ve ruhu göz önünde bulundurulurken; hükmün ruhunun araştırılması için yapılacak değerlendirme ve dolayısıyla hükümde öngörülen hakkın kapsamının belirlenmesi için yapılacak yorum dürüstlük kuralı temelli olacaktır<sup>67</sup>. Ayrıca, kanuna karşı hilenin uğrayacağı yaptırım konusunda –öğretide görüş birliği bulunmama ile birlikte- kanuna karşı hile halinde dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı kabul edilmektedir<sup>68</sup>. Gerçekten, kanunun emredici bir hükmünün

<sup>63</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 5 vd.; Vasseur-Lambry, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 1.

<sup>64</sup> *Pédamon*, 131 vd.; Dürüstlük kuralının Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenme biçimi ve Alman kanun koyucusunun kuralı parçalı olarak birden fazla hükümde düzenlemesine karşın, dürüstlük kuralının esas olarak düzenlendiği BGB §242 hükmünün yasanın sistematığında bulunduğu yer itibarıyla sadece dar anlamda borç ilişkilerine münhasır olmasının eleştirisi ve ayrıntılı bilgi için bkz. *Barlas*, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi”, 200 vd. Yazar, dürüstlük kuralına birden fazla hükümde (BGB §242, §157, §162, §320, §815) yer verilmesi ve BGB §242 hükmünün kanun sistematığı içinde “Borç İlişkileri Hukuku” başlıklı kitabın “Borç İlişkilerinin İçeriği” başlıklı birinci kısmında yer almasından dolayı, kuralın yalnızca borç ilişkilerine münhasır olduğu izleniminin yaratılmış olması nedeniyle Alman Medeni Kanunundaki düzenlemeyi eleştirmekte; İsviçre ve Türk kanun koyucusunun kuralı düzenleyiş biçiminin hem sistematik, hem de içerik yönünden daha isabetli olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bkz. Akyol, 4.

<sup>65</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 9 vd.

<sup>66</sup> *Pédamon*, 131; *Witz*, 102.

<sup>67</sup> *Dural/Sarı*, 231; *Oğuzman/Barlas*, 284.

<sup>68</sup> Öğretide ileri sürülen bu görüşe göre, kanuna karşı hile halinde, kanun hükümlerinden yararlanma hakkının kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır (*Oğuzman/Barlas*, 285-286). Günümüzde yaygın olarak kabul gören bir diğer görüşe göre ise, kanuna karşı hile oluşturan işlemler, doğrudan ilgili hükmün sözüne aykırılık taşımama ile birlikte, onun özü ve amacına aykırı olduklarından, dolaylı şekilde dahi olsa söz konusu hükmü ihlal etmiş sayılmalıdır. Bu nedenle dürüstlük kuralına başvurmaya gerek olmaksızın aynı yaptırım uygulanabilecektir (*Dural/Sarı*, 233).

amacına aykırı bir sonuca varmak için kanunun başka hükümlerinden yararlanılmışsa, söz konusu hükümlerden yararlanma hakkının kötüye kullanılması gerekçeyle, bu hile ile amaçlanan hukuki korumadan yoksun kalınacağı belirtilmektedir.

Dürüstlük kuralının bir diğer ve geniş uygulama alanını da sözleşmeler oluşturmaktadır. Dürüstlük kuralı, sözleşmelerin kurulması, içeriğinin belirlenmesi, hükümleri ve sona ermesi aşamalarında değişik roller oynamaktadır. Şöyle ki, kural olarak irade serbestisinin geçerli olduğu borçlar hukukunda, bu kuralın istisnalarından biri dürüstlük kuralından kaynağını almaktadır. Buna göre, herhangi bir pozitif düzenlemenin bulunmadığı bazı durumlarda dahi, bir tarafın icabını, diğer tarafın dürüstlük kuralı gereği kabul etme zorunluluğu -sözleşme yapma zorunluluğu- söz konusu olabilecektir<sup>69</sup>. Bunun yanında, yine sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla, taraflar arasında meydana gelen ve karşılıklı güvene dayanan hukuki ilişkinin temelini de dürüstlük kuralı oluşturur<sup>70</sup>. Sözleşme görüşmeleri sırasında, dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüklere aykırı davranılması ise, sözleşme müzakeresinde kusurlu davranış (*culpa in contrahendo*)<sup>71</sup> teşkil eder. Bilindiği gibi, sözleşmenin kurulması için karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması aranmaktadır. İrade beyanlarının birbirine uygunluğuna ya da bir irade beyanının varlığından söz edilip edilemeyeceğine ilişkin uyumsuzluklarda da, irade beyanları, dürüstlük kuralına dayanan güven teorisi çerçevesinde yorumlanarak, çözüm yoluna gidilecektir<sup>72</sup>.

Dürüstlük kuralı yalnızca sözleşmenin kurulması aşamasında değil, devamında da, taraf iradelerine verilecek anlama ilişkin yorum uyumsuzluğunun çözümünde etkili olacak, bu kez sözleşme hükümlerinin ne anlama geldiği, tarafların ortak arzularının ne yönde olduğunun tespitinde rol oynayacaktır<sup>73</sup>. Daha da önemlisi, dürüstlük kuralı gereği, sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri yanında, başka borçların da doğması olanaklıdır. Yan borçlar biçiminde ifade edilen<sup>74</sup> bu borçlar, yasa tarafından düzenlenmiş veya taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olabilecekleri gibi, yasa ya da taraflarca öngörülmemiş olsalar dahi dürüstlük kuralından kaynaklanabilirler. Bir kısmı asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmesine

<sup>69</sup> Ayrıntı için bkz. *Dural/Sarı*, 235; *Oğuzman/Barlas*, 295 vd.; *Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.*: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, 507-508.

<sup>70</sup> *Dural/Sarı*, 235; *Oğuzman/Barlas*, 299 vd.; *Serozan, R.*: **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, 265; *Oğuzman, M. K./Öz, M. T.*: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 38, 79 vd.

<sup>71</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Oğuzman/Öz*, 408 vd.

<sup>72</sup> *Oğuzman/Öz*, 72; *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 132-135; *Dural/Sarı*, 236-237; *Oğuzman/Barlas*, 287.

<sup>73</sup> *Dural/Sarı*, 237-238; *Oğuzman/Barlas*, 287 vd.; *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 333; *Oğuzman/Öz*, 194 vd.

<sup>74</sup> *Oğuzman/Öz*, 4; *Dural/Sarı*, 238 vd.; *Oğuzman/Barlas*, 296-299; *Pédamon*, 132; *Witz*, 103.

hizmet etmelerinden ötürü, bağımsız olarak ifa, talep ve dava edilemediklerinden bağımlı yan borçlar olarak adlandırılmakta; bir kısmı ise yalnızca asli edim yükümlülüğünün amacına ulaşmasına yardım ettikleri için tek başlarına ifa, talep ve dava konusu olabilen ve bağımsız yan borçlar biçiminde nitelendirilmekte olan söz konusu yan borçlar, sözleşmenin karşı tarafının şahsının, malının korunması, belirli konularda bilgi/belge verme, borcun ifasında işbirliği içinde bulunma, sır saklama, rekabet etmeme biçiminde ortaya çıkabilmektedir<sup>75</sup>.

Sözleşmelerde değişiklik yapılması veya sözleşmenin sona erdirilmesinde dürüstlük kuralının oynadığı rol, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen 138. madde hükmü nedeniyle, 818 sayılı eski Borçlar Kanunumuz döneminden farklılık arz etmektedir<sup>76</sup>. 818 sayılı Kanun döneminde, sürekli borç ilişkilerinin sonradan ortaya çıkan nedenlerle, taraflardan biri tarafından yeni koşullara uyarlanmasını veya sona erdirilmesini isteme hakkını öngören genel nitelikte bir hüküm mevcut olmadığından; sözleşmede ya da kanunda bu olanağı sağlayan düzenleme bulunmadığında, nasıl bir çözüm yolu tercih edileceği sorusu gündeme gelmekteydi. 818 sayılı BK döneminde dürüstlük kuralı, bu sorunun çözümüne dayanak teşkil eden genel kural niteliğinde kabul edilmekte; sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen beklenmedik nedenlerle edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde bozulması durumunda, borcun mevcut sözleşme şartlarına uygun ifasını talep dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa, Yargıtay'ın aradığı diğer koşulların da gerçekleşmesiyle, borçlunun mahkemeden sözleşmenin uyarlanmasını ya da sona erdirilmesini isteyebileceği belirtilmekteydi<sup>77</sup>. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ise, aşırı ifa güçlüğü kenar başlığını taşıyan 138. maddesinde şu düzenlemeyi getirmiş bulunmaktadır: “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. / Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır”. Tüm sürekli edimli borç ilişkilerinde uygulama alanı bulabilecek bu hüküm ile soruna çözüm getirilmiş olması, artık çözümün hukuki dayanağının dürüstlük kuralına dayalı iç-

<sup>75</sup> Dural/Sarı, 239; Witz, 103.

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, 568 vd.; Öz, M. T.: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, 20.

<sup>77</sup> Oğuzman/Öz, 568-571; Oğuzman/Barlas, 302-307; Dural/Sarı, 240; Küçükgüngör, E./Emiroğlu, H.: “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, AÜHFD, C.53, S.1, 2004, 78, dn.2.

tihatlarda aranmasını gereksiz kılmış; bunun yerine isabetli olarak madde içeriğinde dürüstlük kuralına atıfta bulunulmuştur<sup>78</sup>.

Yukarıda uygulama alanına değinilen, yasada herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uyması gerektiği biçiminde ifade edilen dürüstlük kuralı, sözleşmesel bir ilişki olan ancak kendine özgü nitelikler arz eden iş ilişkisinde de, yukarıda ele alınan işlemlere sahip olacak; iş hukukundaki işçinin korunması temel ilkesi göz ardı edilmeksizin hem sözleşmenin yorumunda hem de tarafların borçlarının tespiti ve özellikle işverenin yetkilerinin sınırlanmasında önemli etkiler doğuracaktır.

#### IV. GÜVENE DAYALI BİR İLİŞKİ OLAN İŞ İLİŞKİSİNDE DÜRÜSTLÜK KURALININ İŞLEVI

Çıkış noktası dinsel ya da ahlaki olan ancak günümüz hukuk sistemlerinde pozitif düzenlemeye kavuşmuş bir hukuk kuralı haline gelmiş olan dürüstlük kuralının<sup>79</sup>, sözleşme hukukunun bütününe hakim bir ilke olması sonucunda, tarafları yönünden karşılıklı borçlar doğuran iş sözleşmesi açısından da uygulama alanı bulacağını belirtmiştik. Gerçekten güvене dayalı sözleşmesel ilişkiler arasında yer alan iş ilişkisinde de, dürüstlük kuralı ve bunun uzantısı niteliğindeki yükümlülükler yoğun biçimde etkisini gösterecektir<sup>80</sup>. İşçi ve işveren de, iş sözleşmesinden doğan haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralının gereği olarak, dürüst, namuslu, makul davranma yükümlülüğü altındadır. Ancak iş sözleşmesi tarafları açısından bu yükümlülüğün sınırlarının belirlenmesi önem taşır. Zira dürüstlük kuralı, yukarıda uygulama alanı incelenirken yer verildiği gibi, sözleşmenin yorumlanması ve taraf iradeleri ile şekillendiği biçimiyle ifasının sağlanmasından öte işlemlere de sahiptir. Sözleşmenin yorumlanması aşamasında dürüstlük ilkesi hakimin sözleşmeye müdahale etmesini sağlarken; aynı zamanda sözleşmenin taraflarının davranışlarının denetlenmesine hizmet etmektedir, böylece ilke sözleşmenin uygulanmasında hakimin rolünü güçlendirmektedir<sup>81</sup>. Böylece ilke, işlevsel bir yaklaşımla, iş ilişkisinin somut bir uyuşmazlıkta arz ettiği özelliklerin gelişimi doğrultusunda, hakimin sözleşmesel adaleti sağlamasına; sözleşme metnine sıkı sıkıya bağlı kalınması sonucunda ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçların giderilmesi hizmet etmektedir<sup>82</sup>. Ayrıca Fransız öğretisinde isabetle vurgulandığı ve aşağıda

<sup>78</sup> Alman Hukukundaki paralel gelişim süreci için bkz. *Pédamon*, 134 vd.

<sup>79</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 6.

<sup>80</sup> *Vigneau*, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 706; *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 5.

<sup>81</sup> *Urban*, “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, 338; *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 17; *Mazeaud*, “Exécution”, 9, 11; *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 8.

<sup>82</sup> *Vigneau*, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 708; *Urban*, “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, 339; *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 5; *Arslan Ertürk*, 22.



yer verileceği üzere, niteliği gereği ilkenin esnek içeriğe (*contenu plastique*) sahip olması terminolojik bir çeşitliliğe neden olmakta ve ilke kimi zaman sadakat borcu, kimi zaman işbirliği içinde olma, bazen de özen borcu ifadeleriyle karşımıza çıkmaktadır<sup>83</sup>.

### A. İş Sözleşmesinin Yorumunda Dürüstlük Kuralının İşlevi

Klasik anlamıyla dürüstlük ilkesinden, sözleşmenin yorumunda yararlanılmaktadır. İş sözleşmesinin yorumlanması ihtiyacı ortaya çıktığında da, sözleşmede kullanılan terimlere bakılmaksızın, tarafların gerçek ortak iradeleri tespit edilmelidir<sup>84</sup>. Bunun için dürüstlük kuralına dayanan güven teorisi çerçevesinde, makul ve dürüst kişiler oldukları varsayılan tarafların, karşı tarafın irade beyanına verebileceği anlam belirlenmelidir. Ortak iradenin saptanamaması durumunda ise, iş hukukunun temel ilkelerinden olan işçi lehine yorum ilkesi<sup>85</sup> doğrultusunda sözleşmenin ilgili hükmüne atfedilmesi gereken anlam belirlenecektir.

Fransız Medeni Kodunun, sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun ifa edileceğine ilişkin m.1134/III hükmünün de ilk olarak yalnızca bu teknik işleve sahip olduğu düşünülmekteydi. Hükmün amacının, Roma Hukuku'ndaki sözleşmenin lafzına katı biçimde bağlı kalınan sözleşmelerden, hakimin yorumuna açık olan rızai sözleşmelere (*bona fides* sözleşmelerine) geçişi vurgulamak olduğu kabul ediliyor, bu nedenle Medeni Kodda öngörülen yorum kurallarının (m. 1156 vd.) dayanağı olarak nitelendiriliyordu<sup>86</sup>. Ne var ki sözleşmelerden doğan borçların, yalnızca sözleşmede ifade edilen borçları değil, bu borçların niteliği gereği hakkaniyet, örf ve adet ile yasadan kaynaklanan borçları da kapsadığına ilişkin 1135. madde hükmüne dayanarak geliştirilen içtihat, sözleşme tarafları için güvenliği sağlama, bilgilendirme gibi yan borçların varlığının kabul edilmesini sağlamıştır<sup>87</sup>. Bunun üzerine, dürüstlük ilkesinin salt olanı ve olması gerekeni yorumlamakla yetinemeyeceği; irade özerkliği ilkesi, sözleşmenin yalnızca taraflarca değiştirilebilmesine olanak tanısa da, dürüstlük ilkesinin artık yargıç tarafından dinamik biçimde uygulanarak, sözleşmenin sürekliliğinin sağlanabilmesi için devreye girebileceği kabul edilmiştir. Bunun en canlı örneğini ise, aşağıda açıklanacağı üzere, yapılan işin değişmesi nedeniyle, işverenin işçinin iş sözleşmesini feshetmesi yerine, işçisini işe adapte etme yükümlülüğünün yargıç tarafından öngörülmesi teşkil etmektedir<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> **Bénabent**, 208; **Terré, F./Simler, P./Lequette, Y.:** **Droit civil Les obligations**, 9e édition, Dalloz, Paris 2005, 47.

<sup>84</sup> **Süzek**, 28.

<sup>85</sup> **Çelik**, 20; **Süzek**, 28.

<sup>86</sup> **Terré/Simler/Lequette**, 442-443; **Le Tourneau/Poumarède**, "Bonne foi", 18.

<sup>87</sup> **Malaurie/Aynès**, 340; **Bénabent**, 210; **Le Tourneau/Poumarède**, "Bonne foi", 19.

<sup>88</sup> Cass. soc. 25 févr. 1992, no 89-41.634, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldActio n=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007028220&fastReqId=1777046808&fastPos=16>).



## B. İş Sözleşmesinin Tarafları Açısından Dürüstlük Kuralının İşlevi

İş sözleşmesinin kurulmasından (ve hatta sözleşme görüşmelerinden itibaren) sona ermesine kadar tüm süreçte işçinin ve işverenin her tutum ve davranışı, dürüstlük kuralı hakimiyeti altındadır.

Fransız Medeni Kodununun 1134. maddesinde ifadesini bulan bu kuralın, sözleşmeler açısından sadakat borcu<sup>89</sup> (*obligation de loyauté*) ve sözleşmenin ifasında işbirliği yapma borcu (*obligation de coopération*) biçiminde somutlaştığı belirtilmektedir<sup>90</sup>; Alman Hukukunda ise sadakat borcunun, BGB §242 hükmündeki bağlılık ve güven ilkesinden kaynağını aldığı kabul edilmekle birlikte, bu borcun daha geniş bir içeriğe sahip olabileceği konusunda da öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir<sup>91</sup>. Bağlılık ya da sadakat borcunun ise farklı görünüşleri söz konusu olabilmektedir: Sözleşmeye bağlılık ya da sadakat borcundan kaynağını alan ilk borç elbette sözleşmeden doğan borcun tam olarak ifa edilmesi gerekliliğidir. Bunun yanında, borcun ifası esnasında şeffaf davranma yükümlülüğü, sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun ifasına engel olabilecek her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğü de sözleşmeye bağlılığın görünüşlerindedir<sup>92</sup>. Sözleşmenin ifasında işbirliği yapma borcu ise, sözleşmenin ifasına engel teşkil edebilecek davranışlardan kaçınma, sözleşmenin karşı tarafını bilgilendirme, çelişkili davranışlarda bulunmama ve benzeri yükümlülükleri doğurabilir.

Ne var ki dürüstlük kuralından doğan yükümlülükler açısından, işçi ve işveren için tam bir karşılıklılık esasından söz edilemeyecektir<sup>93</sup>. Zira ilkenin iş ilişkisine etkisi, işçinin sadakat borcuna bazı davranış yükümlülüklerinin eklenmesi biçiminde ortaya çıkmakla birlikte, esasında işveren açısından doğan yan borçlar ve işverenin yönetim yetkisinin sınırlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

### 1. Dürüstlük Kuralının İşçinin Borçlarına Etkisi

İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcuna dürüstlük kuralının nasıl bir etkisi olacaktır? Her sözleşmede olduğu gibi, iş sözleşmesinde de işçi sözleşmeden doğan borçlarını dürüstlük kuralına uygun biçimde ifa etmelidir. Hukukumuz açısından bu esas, kaynağını MK m.2 hükmünden almakta ise de Fransız Hukukunda Medeni Kodda yer alan hüküm İş Koduna L. 1222-1 maddesi olarak aktarılmış ve bu konuda genel hükümlere gitme ihtiyacı ortadan kaldırılmıştır. İş görme edimi-

<sup>89</sup> Türk iş hukukunda sadakat borcu kavramı için bkz. *Arslan Ertürk*, 7 vd.

<sup>90</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 22; *Terré/Simler/Lequette*, 443.

<sup>91</sup> Alman Hukukunda sadakat borcunun, doğruluk ve güven ilkesi ile ilişkilendirilmesi hk. açıklamalar için bkz. *Arslan Ertürk*, 27 vd.

<sup>92</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 23.

<sup>93</sup> Mazeaud, “Exécution”, 9; Couturier, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France”, 3; Vasseur-Lambry, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 5; Lemoine, “Les principes civilistes dans le contrat de travail”, 3.

nin dürüstlük kuralına uygun ifasından anlaşılması gereken ise, mesleki bilinç, özen ve doğruluk olarak ifade edilmektedir<sup>94</sup>. Bu kapsamda işçinin tutumunun dürüstlük kuralına uygunluğunun, medeni hukuk ve Roma hukukundaki iyi aile babası (*bonus pater familias*) kavramına kıyasla tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>95</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki, işçinin dürüstlük kuralına aykırı tutum ve davranışları, genellikle iş sözleşmesinden doğan borcunun ihlali olarak nitelendirilebileceğinden, Kanun, toplu iş sözleşmesi ya da bireysel iş sözleşmesinin bir hükmüne aykırılık teşkil edecek, dürüstlük kuralına başvurulmasına gerek kalmaksızın iş sözleşmesinin geçerli ya da haklı feshi sonucunu doğurabilecektir. Fransız Hukukunda, dürüstlük kuralının bu noktadaki işlevinin ise, işçinin sözleşmenin feshi için geçerli ya da haklı neden oluşturmayan tutumları açısından istisnai bazı hallerde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir: Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi, çalışma saatlerinin bittiği gerekçesiyle, boşaltmakta olduğu kamyonunda kalan son iki koliyi indirmeyi reddeden işçinin bu tutumunu dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirmiş ve işveren tarafından yapılan feshin geçerli olduğu sonucuna varmıştır<sup>96</sup>.

İş sözleşmesinden doğan temel borç olan iş görme ediminin yanında, dürüstlük kuralı, yargı kararlarıyla şekillenen, üstü örtülü ve işletmenin menfaatlerinin korunması amacını taşıyan, sadakat borcu, rekabet etmeme, özen ve sır saklama borcu gibi bazı yükümlülüklerin doğmasına neden olabilecektir. Önemle belirtelim ki bu borçlar da kaynağını dürüstlük ilkesinden almakta ise de hukukumuzda artık pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. Gerçekten 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun özen ve sadakat borcu kenar başlıklı m.396 hükmü uyarınca, "İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır./ İşçi, işverene ait makineleri, 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./ İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girmez./ İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş surları 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". Fransız Hukukunda da, işçinin dürüst davranma, rekabet etmeme ve sır saklama yükümlülüklerinin, dürüstlük kuralından doğan borçları arasında dikkat çektiği belirtilmektedir<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> *Vigneau*, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", 708; *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 342.

<sup>95</sup> *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 342.

<sup>96</sup> Cass. soc. 7 juillet 1982, no 79-42.735, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007010652&fastReqId=520409475&fastPos=6>).

<sup>97</sup> *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 342.

İşçi ve işveren için dürüstlük kuralından doğan borçlar, mutlak bir paralellik arz etmemekle beraber, Hukukumuzda olduğu gibi, Alman ve Fransız Hukuklarında da işçinin bu kapsamdaki borçları, işverene zarar verecek olası davranışlardan kaçınma, özellikle de rekabet etmeme borcu yönünden ön plana çıkmaktadır<sup>98</sup>. Son yıllarda, Fransız Yargıtayının bu konudaki kararları, iş sözleşmesinin askıda kaldığı durumlarda, askı süresince işçinin borçlarına ilişkin bulunmaktadır: Bu kararların ortaya koyduğu esaslara göre, iş sözleşmesinin askıya alınması sözleşmeden doğan borçları nötralize ettiği için, askı süresi içinde işçinin sadakat borcuna –dürüstlük kuralına- aykırı davranışı dışında hiçbir davranışı, iş sözleşmesinden doğan borçlarının ihlali biçiminde değerlendirilemeyecektir<sup>99</sup>. İşçinin işverenin otoritesi altında olmadığı bu süreçte Fransız Yargıtayının işçinin borçlarına sınırlayıcı bir yaklaşım sergilediği, bu borçları isabetli olarak dar yorumladığı görülmektedir.

Hukukumuzda da, iş görme ediminin dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmesi hususuna değinilen Yargıtay kararlarında, -ve isabetsiz olarak somut olayın dürüstlük kuralı ile doğrudan bağlantısı olmadığı durumlarda da- işçinin asli edim yükümlülükleri yanında dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülüklerinden bahsedilmektedir. Bu kararlarda yer verilen ifadeye göre, “İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, *keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir*<sup>100</sup>.”

Dürüstlük kuralının, iş sözleşmesinin ekonomik açıdan üstün tarafı olan işverenin borçları ve yönetim yetkisine etkisi ise daha kapsamlıdır.

## 2. Dürüstlük Kuralının İşverenin Borçlarına Etkisi

Öteden beri, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki eşitsizliğin dengelenmesindeki yegane araç, kamu düzenine ilişkin emredici hükümler olarak görülse de, işverenin iş sözleşmesini dürüstlük kuralına uygun ifasının da bu kapsamda değerlendirildi-

<sup>98</sup> *Rémy/Krause*, “Droit des contrats et droit du travail (suite et fin)/Allemagne”, 8; *Couturier*, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France”, 3.

<sup>99</sup> Cass. soc. 21 mars 2000, no 97-44.370, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT0000070421548&fastReqId=20498931348&fastPos=3>).

<sup>100</sup> Yarg. 9HD., 12.5.2008 t. E.2007/35921 K.2008/12018; Yarg. 9HD., 23.6.2008 t. E.2007/42733 K.2008/17109; Yarg. 9HD., 20.4.2008 t. E.2007/35822 K.2008/10336; Yarg. 9HD., 13.6.2013 t. E.2013/1522 K.2013/18228; Yarg. 9HD., 7.3.2013 t. E.2012/29826 K.2013/8170; Yarg. 9HD., 6.6.2013 t. E.2013/5219 K.2013/17425; Yarg. 9HD., 11.10.2010 t. E.2009/27693 K.2010/28547 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

rilebilecek bir nitelik arz ettiği söylenebilecektir<sup>101</sup>. Kaynağını, tarafların eşitliği varsayımına ve irade serbestisine dayalı borçlar hukukundan alan dürüstlük ilkesinin, iş hukukunda, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitsizliği dengeleme aracı olarak nitelendirilmesi bir paradoks gibi algılanabilecektir. Ne var ki daha önce belirtildiği üzere, dürüstlük ilkesinin bu işlevi, gerektiğinde medeni hukuk ve borçlar hukuku kavramlarının iş hukukuna uyarlanarak aktarılması gerekliliğinin bir sonucudur. İş Hukukundaki denge arayışı dürüstlük ilkesinin de bu arayış doğrultusunda devreye girmesini sağlayacaktır.

İş sözleşmesinin ifası ya da uygulanması, büyük ölçüde işverenin tek yanlı yetkilerinin etkisi altındadır. Bu noktada, hukukçu, tek yanlı yetki ve ayrıcalıkları belirli bir çerçeveye oturtacak bazı hukuki teknikleri araştırmak zorundadır. İşte bu doğrultuda medeni hukuk ve borçlar hukukunun bazı kuralları, özellikle *dürüstlük kuralı*, işverenin tek yanlı karar ve tercihlerinin hukuki temelini oluşturmada ön plana çıkmış bulunmaktadır. Dürüstlük kuralının, işçilerin korunması ve açık (*ab externo*) bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığı konu ve durumlarda işverenin tek yanlı karar ve yetkilerini sınırlama yönünde bir içerik ve anlam kazandığı dikkati çekmektedir<sup>102</sup>. Belirtilen bu çerçevede dürüstlük kuralı, iki yönlü bir işlev üstlenmektedir: bunlardan ilki, sözleşmenin geçerlilik koşullarıyla sağlanan denetime eklenen bir mekanizma oluşturmak ve böylece sözleşmenin geçerliliği için öngörülebilir hususlara yeni bir sınır getirmek, öbür yandan, açık yasal normların mevcut olmadığı durumlarda, makul ölçüler dahilinde işverenin yetki ve ayrıcalıklarını sınırlamak. Böylece, dürüstlük kuralı, işverenin yetkilerinin denetimi ve belirli bir çerçeveye oturtulması açısından iş hukukunda geniş bir uygulama alanına sahip olmuştur<sup>103</sup>. Gerçekten denilebilir ki dürüstlük ilkesi, yargıç için, işverenin, işçinin iş ilişkisindeki hukuki durumuna karşı daha dikkatli, daha hassas olmasını sağlayabilecek çok önemli bir hukuki araç niteliği taşımaktadır<sup>104</sup>.

### a) İşverenin fesih olanağının sınırlanması ve iş ilişkisinin sürekliliği

Tarafların sözleşmenin uygulanmasında işbirliği içinde olmaları bazı sözleşmelerin niteliğinden doğan bir gerekliliktir. Buna göre işveren için işçinin işe uyumunu sağlama borcu, işverenin dürüstlük kuralından doğan en dikkat çekici borcudur<sup>105</sup>.

Nitekim Fransız İş Koduna L.1222-1 madde hükmü ile iş sözleşmelerinin

<sup>101</sup> *Mazeaud*, "Exécution", 11.

<sup>102</sup> *Vigneau*, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", 711; *Perulli*, "Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie", 9.

<sup>103</sup> *Perulli*, "Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie", 9.

<sup>104</sup> *Vigneau*, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", 711.

<sup>105</sup> *Vigneau*, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", 713; *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 344; *Vasseur-Lambry*, "La bonne foi dans les relations individuelles de travail", 7.

dürüstlük kuralına uygun ifa edilmesi gerektiğine ilişkin hükmün eklenmesinden önce dahi, 25 şubat 1992 tarihli, büyük yankı uyandıran *Expovit* Kararı ile Sosyal Daire, işverenin iş sözleşmesini dürüstlük kuralına uygun ifası borcundan hareketle, yapılan işin değişmesine paralel olarak işverenin işçilerini işe adapte etmek, uyumlarını sağlamak borcu altında olduğu sonucuna varmıştır<sup>106</sup>. Nitekim bu sonuç daha sonra İş Kodu'nun m. L. 6321-1 hükmü olarak pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Buna göre, işveren işçilerinin yaptıkları işe uyumlarını sağlama yükümlülüğü altındadır. İşyerinde işe yönelik teknolojik ve organizasyondaki gelişmeler doğrultusunda bir işi yapma kapasitelerini korumakla yükümlüdür. İşçilerin becerilerinin gelişmesine katkı sağlayacak mesleki eğitim programlarını önermek zorundadır<sup>107</sup>. O halde, iş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun ifası, aynı zamanda iş sözleşmesinin sürekliliğini gözetmek anlamına da gelmektedir<sup>108</sup>. Hukukumuzda olduğu gibi, Fransız Hukukunda da feshin son çare olması ilkesi (*ultima ratio*) gereği, işverenin, iş sözleşmesini fesih yoluna, diğer tüm ihtimallerin tükenmesi halinde başvurabileceği kabul edilmekte; dürüstlük ilkesi, işveren için, öncelikle işçiye işin gelişimi doğrultusunda eğitim verilmesi ya da işçinin başka bir birimde çalıştırılması yükümlülüklerini getirmektedir<sup>109</sup>.

Dürüstlük kuralı, iş sözleşmesinin sürekliliğini gözetmek gibi, işveren için sözleşmenin ifasını kolaylaştırma yükümlülüğü de doğurmaktadır<sup>110</sup>. Diğer bir deyişle, sözleşmeyle bağlılık ve işbirliği borcu, işverenin işçinin iş görme borcunu yerine getirmesini zorlaştıracak ya da buna engel olacak tutumlardan kaçınmasını da gerektirmektedir. Bu noktada işverenin işçiye zarar verme niyeti olmasa dahi, dürüstlük kuralına aykırı her davranışı sorumluluğunu doğuracaktır<sup>111</sup>. Buna göre, Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi, işveren tarafından, işin niteliği gereği on yıldır değişken saatlerde çalışmakta olan işçiye sağlanan ulaşım imkanının birden ortadan kaldırılmasını, bir anlamda işçinin iş görmesini imkansız hale getirdiği için dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur<sup>112</sup>.

<sup>106</sup> *Le Tourneau/Poumarède*, “Bonne foi”, 24; Mazeaud, “Exécution”, 12; *Couturier*, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / France”, 3; *Vigneau*, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 713; *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 7; *Picod*, Y.: “Contrats et Obligations – Effet obligatoire des conventions – Exécution de bonne foi des conventions”, *Jurisclasseur Civil Code Art. 1134 et 1135*, Cote 04, 2013, §94.

<sup>107</sup> *Couturier / Perulli*, 12, dn.15.

<sup>108</sup> *Vigneau*, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 713.

<sup>109</sup> *Urban*, “La ‘bonne foi’, un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail”, 345; *Güzel*, A.: “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Fesihle Son Çare (*ultima ratio*) İlkesinin Gözetilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, 2005/1, 159 vd.; *Güzel*, A.: “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde *Ultima Ratio* (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, *Prof. Dr. A. Can Tuncay’a Armağan*, İstanbul, Legal, 2005, 57 vd.

<sup>110</sup> *Terré/Simler/Lequette*, 445.

<sup>111</sup> *Vigneau*, “L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, 711.

<sup>112</sup> Cass. soc. 10 mai 2006, no 05-42.210, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051882&fastReqId=465327299&fastPos=1>).

### b) İşverenin yönetim yetkisi ve yetkinin sınırlanması

İş ilişkisi, bir güç ilişkisi olarak ifade edilmektedir<sup>113</sup>. Bunun nedeni, Montesquieu'nün yasama, yürütme ve yargı olarak adlandırılan kuvvetler üçlemesinin, iş ilişkisine de, işverenin düzenleme yapma yetkisi, yönetim yetkisi ve disiplin yaptırımı uygulama yetkisi biçiminde yansımaları olarak görülse de; iş ilişkisinde kuvvetler ayrılığı prensibinin aksine tüm bu yetkilerin tek bir kişide toplandığı gerçeğinin altı çizilmelidir. Bu yönüyle işletme, demokratik bir yapıya sahip değildir<sup>114</sup>.

İş ilişkisinde, işçinin iş görme edimi ile ilgili tüm faaliyetlerinin önceden ayrıntılı olarak belirlenmesinin olanaksızlığı nedeniyle, işverenin yönetim yetkisinin, iş ilişkisinin niteliğinden doğduğu kabul edilmektedir<sup>115</sup>. Öğretide yönetim yetkisi, işverenin vereceği talimatlarla işin görülmesi ve işçilerin davranışlarını düzenleyebilmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>116</sup>. Fransız öğretisinde de işverene tanınan talimat verme, tek taraflı hukuki işlemler yapma ve karar alma olanağı olarak ifade edilen yönetim yetkisinden, işverenin disiplin yetkisi ile kural koyma yetkisinin doğduğu kabul edilmektedir<sup>117</sup>. Fransız Hukukunda belirttiği biçimiyle, işverenin işyeri iç yönetmeliği gibi genel ve sürekli kurallar koyma yetkisi, disiplin yaptırımları öngörerek uygulama yetkisi ve işçilere emir ve talimat verme yetkisini bütün olarak kapsadığı anlaşılan yönetim yetkisinin, işverenin geniş anlamda yönetim yetkisi olarak adlandırılmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz. Zira işverenin kural koyma ve disiplin yetkisi de, iş ilişkisinin niteliğinden doğan işverenin geniş anlamda yönetim yetkisi kapsamında yer alsın da; hukukumuzda işverenin yönetim yetkisi kavramı, söz konusu geniş kapsamı değil; yalnızca anayasa, yasa, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik, işyeri uygulaması gibi çalışma koşullarını öngören kaynaklar ile düzenlenmemiş olan konularda işverenin emir ve talimat verme yetkisi

<sup>113</sup> *Peskine/Wolmark*, 151.

<sup>114</sup> *Peskine/Wolmark*, 151.

<sup>115</sup> *Çelik*, 123; *Süzek*, 70; *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 530; *Süzek*, S.: "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 1998, 225 vd.; *Peskine/Wolmark*, 151; *Auzero/Dockès*, 636; *Lokiec*, 175 vd.; *Favennec-Héry*, F./*Verkindt*, P.-Y.: *Droit du travail*, 4e édition, LGDJ, Paris 2014, 237 vd. Yönetim hakkının hukuki dayanağı hk. ayrıca bkz. Taşkent, S.: İşverenin Yönetim Hakkı, doktora tezi, İstanbul 1981, 29 vd.; *Başbuğ*, A.: İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008, 5 vd.; *Baycık*, G.: *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2011, 101 vd.; yönetim hakkının, işverenin belirlenmesinde en etkin kistas olduğuna ilişkin bkz. *Engin*, E. M.: *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren*, BASİSEN yayını, İstanbul 1993, 70; *Sevimli*, K.A.: "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", Sicil, Haziran 2008, S.10, 55.

<sup>116</sup> *Çelik*, 123; *Süzek*, 70; *Eyrenci*, Ö./*Taşkent*, S./*Ulucan*, D.: *Bireysel İş Hukuku*, Yenilenmiş 4. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, 100; *Alp*, M.: *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, 107; *Başbuğ*, 1; *Doğan Yenisey*, K.: "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Beta, İstanbul 2001, 1177.

<sup>117</sup> *Auzero/Dockès*, 759 vd., 784 vd.; *Peskine/Wolmark*, 151 vd.



biçiminde dar kapsamdaki yönetim yetkisini ifade etmektedir. Yargıtay içtihadında yer verilen yönetim yetkisi kavramı da, işverenin bu kapsamdaki dar anlamdaki yönetim yetkisidir<sup>118</sup>. Dolayısıyla iş görme ediminin ana hatlarının çizildiği ve yönetim yetkisinin sınırını teşkil eden söz konusu kaynaklarla düzenlenmiş konularda işverenin talimat verme yetkisi bulunmadığı gibi, bu kaynaklarda düzenleme altına alınmamış noktalara ilişkin vereceği talimatların da belirtilen kaynaklara aykırılık taşımaması gerekir. O halde dar anlamda yönetim yetkisi, diğer hukuki kaynaklarla önceden şekillenmemiş olan alanlarda düzenleme ihtiyacı doğduğunda devreye girebilecektir. Bunun yanında işveren, bu kısıtlı alanda kullanabileceği yönetim yetkisi kapsamında, TBK m.27 gereği ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı, konusu imkansız olan talimatlar veremeyecek; her hak için geçerli olduğu üzere, yönetim yetkisini MK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanmakla yükümlü olacaktır.

İşveren hem MK m.2 hem de TBK m.399 gereği yönetim yetkisini, işçilere talimat verme yetkisini kötüye kullanmamalıdır. Gerçekten işçinin işverenin talimatlarına uyma borcunu pozitif düzenlemeye kavuşturmuş bulunan 6098 sayılı Borçlar Kanununun 399. madde hükmüne göre, “**İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar**”. Dolayısıyla işverenin yönetim yetkisi, bu hakkın kendi amacıyla da sınırlı olup<sup>119</sup>, işveren işyerinin ihtiyaçları ve görülen işin adetine uygun yapılması gerekliliği kapsamında<sup>120</sup> talimat verebilecek; böylece yukarıda belirtilen hukuk kaynakları yanında dürüstlük kuralı da işverenin yönetim yetkisinin sınırını oluşturacaktır.

Dürüstlük kuralının, iş hukukunda en belirgin uygulanma alanı, işveren yetkilerinin belirsiz koşullarda somutlaştığı durumlardır. Bunlar, tümüyle işverenin takdirine dayalı durumlar, örneğin işçilerin işlerinin değerlendirilmesi veya işlerin işçiler arasında dağıtımı, mesleki ilerleme aşamalarında işçiler arasında seçim yapıldığı durumlar biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durum ve konularda, dürüstlük kuralı; işverenin, keyfi değil, daha önce belirlenmiş ve karşılaştırmaya elverişli kurallara uygun olarak hareket ettiğini, karar aldığını veya işçinin onurunu zedeleyici bir sonuç doğurmaması açısından bir işlev üstlenmektedir<sup>121</sup>. Dürüstlük kuralı, belirtilen tüm bu durumlarda, işverenin işçiler arasında yaptığı seçim

<sup>118</sup> “İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.” (Yarg. 9HD., 19.1.2009 t., E.2007/34216 K.2009/111; Yarg. 9HD., 13.12.2010 t., E.2009/39668 K.2010/37397, www.kazanci.com).

<sup>119</sup> **Süzek**, 74; aynı yazar, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, 231.

<sup>120</sup> **Çelik**, 142; **Sevimli**, “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”, 56.

<sup>121</sup> **Perulli**, “Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie”, 10; **Rémy/Krause**, “Droit des contrats et droit du travail (suite et fin)/Allemagne”, 7.



veya değerlendirmelerin makul sınırlar dahilinde olup olmadığının ve uygulanan araçlarla elde edilmek istenen yarar arasında yine makul bir dengenin ve giderek yapılan tercihlerin ölçüsü olmaktadır<sup>122</sup>.

### aa) İşverenin disiplin yetkisi

İşverenin geniş anlamdaki yönetim yetkisinin en uç noktası olan disiplin yetkisi, işverenin belirli koşullarda, kurallara uymayan işçilere disiplin yaptırımları uygulaması yetkisi olarak ortaya çıkar. Bu haliyle kötüye kullanılma olasılığı yüksek olan işverenin bu yetkisine ve yetkinin sınırlanmasına ilişkin olarak hukukumuzda genel ve yeterli bir pozitif düzenlemenin bulunduğu söylemek olanaklı değildir. Oysa Fransız Hukukunda, 5 Şubat 1932 tarihli Yasa ile işverenin işçilere para cezası verebilmesinin yasaklanmasıyla başlayan süreçte, son noktada 4 Ağustos 1982 tarihli yasa ile işverenin disiplin yetkisinin sınırlarının çok katı biçimde belirlendiği; işçinin bir disiplin yaptırımıyla karşılaşması prosedürünün ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir<sup>123</sup>. Buna bağlı olarak getirilen kontrol mekanizması uyarınca yargıcın, işçiye uygulanan yaptırımın hukukiliğini dört aşamalı olarak denetleyeceği öngörülmüştür: İşçinin belli bir kuralı ihlal etmiş olduğu kesin olarak tespit edilecek; öngörülen yaptırımın, ihlal ile ölçülü olması aranacak; verilen cezanın, parasal nitelikte, ayrımcılık teşkil eden ya da iç yönetmelikte öngörülmeyen hukuka aykırı bir ceza olup olmadığı denetlenecek; son olarak da işverenin bu yaptırımı uygularken yasada öngörülen prosedüre uygun hareket edip etmediği tespit edilecektir<sup>124</sup>. Bu denetimin herhangi bir aşamasında aykırılık tespit edildiğinde ise, yargıç uyuşmazlık konusu disiplin cezasını iptal edecektir. Hukukumuz açısından Fransız Hukukuna benzer biçimde bir disiplin hukukunun oluştuğu, işverenin tek tarafı olarak kullanabileceği bir yetki olmasından dolayı kötüye kullanılması riski taşıyan bu yetkinin yeteri kadar sınırlandırıldığı söylenemeyecektir. Bu nedenle, sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin olan İşK. m.18/I ve m.25/II hükmü ile işverenin toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinde gösterilen nedenler dışında işçiye ücret kesme cezası veremeyeceği öngörülen İşK. m. 38 hükmü haricinde iş yasalarında bir hüküm bulunmadığından, genel hükümler bu noktada da önem kazanacaktır<sup>125</sup>.

Hakların dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılmasına ilişkin MK m.2 hükmü elbette, işverenin gerek iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden gerek işyeri iç yönetmeliğinden doğabilecek söz konusu disiplin yetkisinin de sınırını teşkil

<sup>122</sup> *Perulli*, "Droit des contrats et droit du travail (2e partie) / Italie", 10.

<sup>123</sup> Bkz. *Brégou*, P.: Le pouvoir disciplinaire de l'employeur, Editions Liaisons, Paris 2012, 13 vd.; *Peskine/Wolmark*, 155 vd.; *Auzero/Dockès*, 784 vd.; *Favennec-Héry/Verkindt*, 244 vd.; *Lokiec*, 183 vd.

<sup>124</sup> *Brégou*, 119 vd.; *Peskine/Wolmark*, 163-164; *Auzero/Dockès*, 809-815; *Favennec-Héry/Verkindt*, 248 vd.; *Lokiec*, 184-192.

<sup>125</sup> Bkz. *Süzek*, S.: "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", *Çalışma ve Toplum* 2011/1, 10 vd.; *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 534 vd.

edecektir. Ayrıca İş Kanununda belirtilen haller dışında işçiye disiplin cezalarının uygulanabilmesinin hukuki dayanağı olabilecek olan işyeri iç yönetmeliği ile getirilebilecek düzenlemelerin denetiminin ise, öğretilde TBK m. 20 ve devamında öngörülen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlere göre yapılması gerektiği belirtilmektedir<sup>126</sup>. Nitekim genel işlem koşullarında içerik denetimine ilişkin TBK m.25 hükmü, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağını öngörmektedir.

Bunun yanında, disiplin cezalarının yargı denetimine tabi olmasına karşın yine Fransız Hukukundan farklı olarak, yargıcın işverence verilen disiplin cezasını iptal ederek, işvereni bu yönde bir işlem yapmaya zorlaması hukukumuz açısından, Yargıtay içtihadı dikkate alındığında söz konusu olamayacaktır<sup>127</sup>. Zira Yargıtay'a göre, “*Hukukumuzda açık bir düzenleme bulunmadığı için, iş mahkemesince işverenin verdiği disiplin cezasının iptali ve işvereni bir işlem yapmaya zorlayıcı nitelikte karar verilmesi mümkün değildir. Mahkemece işlemin hatalı olduğunun belirtilmesi yetinilmeli, işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması anlamına gelecek şekilde hüküm kurulmamalıdır*”<sup>128</sup>. Yargıtay'ın aynı yöndeki bir diğer kararına göre de, “*İş hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı yoktur. Mahkemece davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin, hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, terfinin yapılması ve intibakının gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması, iş hukukunun ilkeleri ile bağdaşmaz. O halde karar bu nedenle de bozulmalıdır*”<sup>129</sup>.

## bb) İşverenin kural koyma yetkisi

İşverenin geniş anlamdaki yönetim yetkisinin kural koyma biçiminde ortaya çıkması, işverenin sahip olduğu yönetim yetkisinin en açık görünümlerinden biri olmakla birlikte; yetkinin söz konusu kurallarla adeta sınırlarının çizilmesi, şeffaflaşmasını, öngörülebilir olmasını sağlamakta ve keyfi olarak kullanılmasına engel teşkil etmektedir<sup>130</sup>. İşyerindeki genel çalışma koşullarının her iş sözleşmesinde ayrıntılarıyla düzenlenmesinin pratik olmayacağı düşüncesiyle, işverenin iş sözleşmesinin eki niteliğinde bazı düzenlemeler yapabileceği kabul edilmekte; bu konu İş Kanununda açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın; İK m.22'de yer verilen “*iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar*” ifadesinden hareketle işverenin tek taraflı olarak düzenlediği bazı belgelerin, belli koşullarla ça-

<sup>126</sup> *Celik*, 118; *Süzek*, 115.

<sup>127</sup> *Süzek*, 118; *Süzek*, “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, 14.

<sup>128</sup> Yarg. 9HD., 6.12.2010 t., E. 2010/33308 K. 2010/36162 (www.legalbank.net).

<sup>129</sup> Yarg. 9HD., 14.5.1996 t., E. 1996/1014 K. 1996/10093 (www.legalbank.net).

<sup>130</sup> *Peskine/Wolmark*, 171; ayrıca bkz. *Auzero/Dockès*,759 vd.; *Favennec-Héry/Verkindt*, 241 vd.; *Lokiec*, 177 vd.

İşma koşulları açısından bağlayıcılık kazanacağı belirtilmektedir<sup>131</sup>. Yargıtay da, işyeri iç yönetmeliğini/personel yönetmeliğini, iş sözleşmesinin eki olarak nitelendirmekte, bu yönetmeliğin işçinin örtülü ya da açık kabulüyle bağlayıcı hale geleceğini karara bağlamakta, ayrıca personel yönetmeliğinin kural olarak işçiye, iş ilişkisinin kurulduğu anda bildirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>132</sup>. İş mevzuatında bu konuda bir hüküm bulunmaması nedeniyle, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işverence tek taraflı olarak yapılan bu düzenlemelerin genel iş koşulu sayılarak, TBK m.20-25 hükümleri kapsamında değerlendirilmesi ve denetlenmesi gerektiği öğretide kabul edilmekte; genel iş koşullarının, borçlar hukukundaki genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olduğu ifade edilmektedir<sup>133</sup>.

Nitekim TBK m.21/I hükmü de “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.*” düzenlemesini getirmekte; bu hükümden, işverence tek taraflı olarak düzenlenen iç yönetmelik hakkında iş ilişkisinin kurulması aşamasında işçiye bilgi verilmesi ve işçinin bu koşulları kabul etmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. İş ilişkisinin devamı esnasında işverence yürürlüğe sokulmak istenen bir iç yönetmelik ise -İK m.22 anlamında esaslı değişiklik teşkil ettiği takdirde- m.22’de düzenlenen prosedüre tabi olacaktır.

Fransız Hukukunda ise iç yönetmelik (*le règlement intérieur*) 1945 yılından itibaren İş Kodu’nda ayrıntılı düzenlemelere konu olmuş; 20’den fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde zorunlu kılınan iç yönetmeliğin hazırlanmasında işletmede kurulması zorunlu bazı komitelere danışılması ve iş müfettişine bir örneğinin gönderilmesi prosedürü öngörüldüğü gibi, içerik açısından da sınırlama getirilerek, iş sağlığı ve güvenliği ile disiplin konularını düzenleyebileceği hükme bağlanmıştır<sup>134</sup>. Görüldüğü gibi hukukumuzda, Fransız Hukukundan farklı olarak, işverenler, tek taraflı olarak, idarenin onayı olmaksızın iç yönetmelik düzenleyebilme olanağına sahip oldukları gibi, iç yönetmelik düzenleme konusunda herhangi bir zorunluluk

<sup>131</sup> **Soyer**, M.P.: **Genel İş Koşulları**, Basisen Yayınları, İstanbul 1987, 25 vd.; **Çelik**, 118-119; **Süzek**, 59 vd.; **Süzek**, S.: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, **Sicil**, Aralık 2011, sayı 24, 6; **Elbir**, N.: “İç Yönetmeliklerin Bağlayıcılığı”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt I, Beta, İstanbul 2011, 265 vd.

<sup>132</sup> “Çalışma koşullarının belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir, işyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir.” (Yarg. 9HD., 19.1.2009 t., E.2007/34216 K.2009/111; Yarg. 9HD., 13.12.2010 t., E.2009/39668 K.2010/37397, www.kazanci.com).

<sup>133</sup> **Soyer**, 28; **Süzek**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, 5.

<sup>134</sup> **Peskine/Wolmark**, 171-172; **Auzero/Dockès**, 760-771; **Favennec-Héry/Verkindt**, 241-244; **Lokeic**, 178-180.

öngörülmediğinden, iç yönetmelik düzenleyip düzenlememe tamamen işverenin inisiyatifine bırakılmıştır. İşveren tarafından tek taraflı olarak oluşturulan iç yönetmeliğin içeriğinin denetlenmesi ise, bu yönetmeliklerin yalnızca işverenin menfaatine hizmet edip etmediği noktasında en önemli sorunlardan biridir. Zira öğretilerde isabetle vurgulandığı gibi<sup>135</sup>, işverenin, etkin bir denetim mekanizmasına tabi olmayacak biçimde, idari bir makamın onayı da olmaksızın tek taraflı öngördüğü kuralları, iş ilişkisindeki güçlü konumundan yararlanarak işçilere dayatması, işçinin işini kaybetme riski karşısında, getirilmek istenen düzenlemeleri işverenle tartışma olanağının bulunmaması nedeniyle iç yönetmelik ve benzeri düzenlemelerin salt işveren menfaatine hizmet etme tehlikesi göz ardı edilemeyecek; içerik denetimi bu noktada kilit bir rol üstlenecektir.

İç yönetmeliğin içerik denetimi, hukukumuz açısından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesine dek pozitif düzenlemenin olmadığı tartışmalı bir konu olmakla birlikte<sup>136</sup>, Fransız Hukukunda bu konuda da yasada ayrıntılı bir prosedür öngörülmiştir<sup>137</sup>. İş Kodunun L.1322-1 ve devamındaki hükümlere göre, iç yönetmeliğin gönderilmesinin zorunlu olduğu iş müfettişi, sahip olduğu kontrol yetkisi kapsamında, işverenden iç yönetmeliğin herhangi bir hükmünün, iç yönetmeliğin konusuna, yasaya, toplu iş sözleşmesine veya temel hak ve özgürlüklere aykırılık taşıdığı gerekçesiyle kaldırılmasını, değiştirilmesini ya da gerekli eklemenin yapılmasını isteyebilir. İş müfettişinin kararlarına karşı bölge çalışma ve istihdam müdürlüğüne başvurulabileceği gibi, müdürlüğün kararına itiraz da Çalışma Bakanlığına yapılabilecektir. Söz konusu idari denetimin yanı sıra, iç yönetmeliğe ilişkin bir uyumsuzluğu çözmekle görevli iş mahkemeleri de, tespit ettikleri hukuka aykırılık neticesinde iç yönetmeliğin ilgili hükümlerini iptal yoluna gidebilecektir<sup>138</sup>.

Hukukumuz açısından genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin olarak getirilen TBK m.25 hükmü, bu konudaki tek pozitif düzenleme olma özelliği taşımaktadır. Bu hükme göre, “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”. Başkaca bir denetim mekanizması öngörülme-yen sistemimizde, bu hükme bağlı olarak içerik denetimi yapılabilecek olan iç yönetmelik ve benzeri düzenlemelerin, sözleşme adaletini sağlamak amacıyla yargıç tarafından yerindeliğinin denetlenebileceği kabul edilmektedir<sup>139</sup>. Görüldüğü gibi iç yönetmeliklere konabilecek hükümler açısından da dürüstlük kuralı, özellikle başka pozitif düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, önemli bir sınır teşkil etmektedir.

<sup>135</sup> *Soyer*, 38-41.

<sup>136</sup> *Soyer*, 135 vd.; *Süzek*, 63; *Alp*, 268 vd.

<sup>137</sup> Ayrıntı için bkz. *Peskine/Wolmark*, 174; *Auzero/Dockès*, 771-773; *Lokiec*, 181-183.

<sup>138</sup> *Peskine/Wolmark*, 174; *Auzero/Dockès*, 773-775; *Favennec-Héry/Verkindt*, 242-243.

<sup>139</sup> *Süzek*, 64; *Alp*, 302-303.

### cc) Yönetim yetkisi - sözleşmenin/çalışma koşullarının değiştirilmesi ilişkisi

İşverenin yönetim yetkisi, hukuk sistemi tarafından kabul edilen ve çerçevelenen bir yetki olup, bu yetkinin sözleşme ile olan ilişkisinin belirlenmesi iş ilişkisinde değişiklik konusunda büyük önem taşımaktadır. Zira iş güvencesi sisteminin işlevini yerine getirebilmesi, işverenin iş sözleşmesi ya da çalışma koşullarında tek tarafı değişiklik yapamaması ile yakından ilgilidir. İş Kanununun, çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi kenar başlıklı 22. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu düzenleme ile, işveren tarafından belli durumlarda fesih yoluna gidilmesinden önce, çalışma koşullarında değişiklik yapılarak iş ilişkisinin sürdürülmesi amaçlanmaktadır<sup>140</sup>. İşverenin tek tarafı olarak değiştirebileceği çalışma koşullarını sınırlayabilmek adına, hukukumuz açısından olduğu gibi, Fransız Hukukunda da bazı farklılıklarla, işverenin yönetim yetkisi içinde kalan alanlarda ve esaslı olmayan değişiklik söz konusu olduğunda tek tarafı olarak değişiklik yapabileceği kabul edilirken, yönetim yetkisi dışındaki konularda işçinin de rızası ve işverenin belli bir prosedürü izlemesi aranmaktadır<sup>141</sup>.

Nitekim İş Kanunu m.22 hükmü, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişikliğin ancak işçiye yazılı olarak bildirilmek suretiyle yapılabileceğini; işçinin altı iş günü içinde değişikliği kabul etmesi halinde değişikliğin işçiyi bağlayacağını düzenlemektedir. Görüldüğü gibi, 22. maddenin kenar başlığı çalışma koşullarında değişiklik olmakla birlikte, esasında m.22 hükmü iş sözleşmesinde, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasında değişikliği kapsamakla, yalnızca iş sözleşmesi koşulu haline gelen çalışma koşullarında değişikliği, daha doğru bir ifadeyle iş sözleşmesinin değiştirilmesini düzenlemektedir<sup>142</sup>. İş sözleşmesi koşulu haline gelmeyen çalışma koşullarının değiştirilmesi ise bu hükme tabi olmayacaktır. Ayrıca m.22 hükmü, iş sözleşmesi koşulu haline gelmiş çalışma koşullarında yapılacak olan her değişikliği değil, yalnızca esaslı değişikliği bahsi geçen prosedüre tabi kılmakta, iş sözleşmesi koşulu haline gelen çalışma koşullarında esaslı olmayan değişikliği de işverenin yetkisine bırakmaktadır. Bu durum, sistemimizin, esaslı olmayan değişiklikler açısından, tek

<sup>140</sup> Çelik, 274; Engin, E. M.: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, Beta, İstanbul 2003, 95.

<sup>141</sup> Ayrıntı için bkz. Alp, 58 vd.; Çelik, 274 vd.; Süzek, 669 vd.; Engin, İşletme Gereklere, 94 vd.; Başbuğ, 31 vd.; Baycık, 159 vd.; Demircioğlu, M.: "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İÜHF Yayınları, İstanbul 2011, 121 vd.; Caniklioğlu, N.: "İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Tarafı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı", Sicil, Haziran 2010, S. 18, 104 vd.; Doğan Yenisey, K.: "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Çalışma ve Toplum, 2010/3, 93 vd.; Weber, R./Erbaş, C.G.: "Türk Hukukunda Değişiklik Feshi", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt I, Beta, İstanbul 2010, 829 vd.; Tulucu, N. B.: "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, Beta, İstanbul 2011, 1099 vd.

<sup>142</sup> Alp, 61; Engin, İşletme Gereklere, 96; Süzek, S.: "Değişiklik Feshi", TİSK Akademik, 2006/I, 9.

tarafı sözleşme değişikliğine izin verdiğini ortaya koymaktadır<sup>143</sup>. Bu nedenle yönetim hakkının ve esaslı olmayan değişikliğin kapsamının belirlenmesi, iş sözleşmesi koşulu haline gelen çalışma koşullarının tespitine bağlı bulunmaktadır. Ayrıca ekleyelim ki, esaslı olmasa dahi sözleşme koşullarında değişiklik, sözleşmenin işveren tarafından tek tarafı olarak değiştirilebilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, işverenin yalnızca iş sözleşmesine dayanarak iş görme ediminin ayrıntılarını belirleyebilme yetkisi anlamındaki yönetim yetkisi, sözleşmede esaslı olmayan değişiklik yapma yetkisinden farklıdır<sup>144</sup>. Yönetim yetkisi işverene, sözleşmede herhangi bir değişiklik yapma olanağı tanımamakta; ancak iş sözleşmesi koşulu haline gelmeyen çalışma koşullarında değişikliğe imkan sağlamaktadır.

Önemle belirtelim ki, hukukumuzda öğretilerde ve yargı kararlarında yer verilen esaslı olan-olmayan değişiklik ayrımı, Fransız Hukukunda da daha önceleri benimsenmişken; Fransız öğretisinde bu konuda yaşanan yoğun tartışmalar 1980-1990 yıllarında yargı içtihadında çarpıcı gelişmelere kaynaklık etmiş; işverenin tek tarafı değişiklik yapabileceği alan ile tarafların ortak iradeleri sonucu belirlenen sözleşmesel alanın sınırları yeni kriterlere göre çizilmiştir: Önceleri, hukukumuzda olduğu gibi, iş sözleşmesinde esaslı olan ve olmayan değişiklik ayrımına göre içtihat geliştiren Fransız Yargıtayı, bu ayrımın yeteri kadar ikna edici olmadığı gerekçesiyle ve tarafların ortak iradesiyle ortaya çıkan sözleşmede en ufak bir değişikliğin bile yine ortak irade ile gerçekleştirilebileceği düşüncesine dayanarak içtihat değişikliğine gitmiştir<sup>145</sup>. Bu içtihadıyla Sosyal Daire, iş sözleşmesinde değişiklik (*contrat de travail*) ile işverenin yönetim yetkisi içinde kalan çalışma koşullarında değişiklik (*conditions de travail*) kavramları arasındaki farkı açıklıkla ortaya koymuş; iş ilişkisinde sözleşmesel nitelikteki hiçbir unsurun işverence yönetim yetkisi kapsamında tek tarafı olarak değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Dolayısıyla günümüzde Fransız

<sup>143</sup> **Doğan Yenisey**, K.: “Hizmet Akdine Tek Taraflı Müdahale ve İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi”, **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni**, S.5, 142; **Engin**, İşletme Gerekleri, 96; **Alp**, 61, 103, 113; **Demircioğlu**, “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, 125. İşK m.22 hükmünün iş sözleşmesinde esaslı olan ve olmayan değişikliği birlikte düzenlediği; esaslı olmayan değişikliğin m.22/II hükmüne tabi kılınarak, ancak tarafların ortak iradesiyle yapılabileceği, bununla birlikte zımni irade beyanı uyusmasının yeterli görüldüğü görüşü için bkz. Baycık, 160.

<sup>144</sup> **Alp**, 112; **Stizek**, “Değişiklik Feshi”, 10. Karş. **Engin**, İşletme Gerekleri, 96, 98, Yazar, esaslı olmayan değişikliğin de bir sözleşme değişikliği olduğunu kabul etmekle birlikte, yasa koyucunun işverene tek tarafı olarak esaslı olmayan değişiklik yapma yetkisi tanımamasını, sözleşmeye bağlılık ilkesi ile yönetim hakkının sınırı belirlenirken yönetim hakkı lehine bir tercih yapması olarak yorumlamakta; esaslı olmayan değişikliğin işverenin yönetim hakkı kapsamında yer aldığını belirtmektedir.

<sup>145</sup> Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesinin içtihat değişikliğini gerçekleştirdiği 10.7.1996 tarihli Le Berre kararı için bkz. **Peskine/Wolmark**, 186; **Lokiec**, 221. Çalışma koşullarında değişikliğin işverenin yönetim yetkisi kapsamında işverence tek tarafı yapılabileceği; buna karşın sözleşmede değişikliğin ancak işçinin onayı ile gerçekleştirilebileceğine ilişkin bkz. **Favennec-Héry/Verkindt**, 414-416.



Hukukunda esaslı olan-olmayan değişiklik ayrımı terk edilmiş, “iş sözleşmesinde” değişiklik ve “çalışma koşullarında” değişiklik ayrımı benimsenmiştir<sup>146</sup>.

Bu noktada terminoloji açısından hukuk sistemimiz ile Fransız Hukuku arasında bir farklılık ortaya çıkmış bulunmaktadır; çünkü Fransız hukukunda yalnızca işverence, yönetim yetkisi kapsamında tek tarafı değiştirilebilecek olan unsurlar “çalışma koşulları” olarak adlandırılırken; bizde sözleşme koşulu haline gelen ve gelmeyen tüm koşullarda esaslı olan veya olmayan tüm değişiklikler, “çalışma koşulları”nda değişiklik olarak ifade edilmektedir. Zira hukukumuzda çalışma koşulları ile iş ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlar kast edilmekte<sup>147</sup>; çalışma koşullarının, sözleşme koşullarını da içeren daha geniş içeriğe sahip bir kavram olduğu kabul edilmektedir<sup>148</sup>. Fransız Hukukunda ise çalışma koşulları kavramı ile, işverenin yönetim yetkisi kapsamındaki koşullar kast edilmektedir.

Fransız Hukukunda, sözleşme ile çalışma koşulları ayrımı yapılırken, sözleşmesel alanın içeriğinin belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Belirtelim ki, iş ilişkisinde hangi unsurun işverenin yönetim yetkisi kapsamının dışında olduğunun tespitinde başvurulacak kriter hakkında Sosyal Daire, sözleşmenin içeriğinin objektif olarak belirleneceğine karar vermiş; içtihadıyla sözleşmesel alanın sınırlarını çizmiştir. Buna göre, işçinin ücreti, iş tanımı ve sorumlulukları, işyeri ve çalışma süresi, objektif olarak sözleşmesel alan içinde yer alan unsurlar olarak kabul edilmiş; bunlarda yapılacak bir değişiklik sözleşmede değişiklik anlamına geldiğinden, işverenin bu unsurlar açısından tek tarafı değişiklik yapmasının olanaklı olmadığı belirtilmiştir. Çalışma süresinden farklı olarak, gün içindeki çalışma saatlerinin belirlenmesi ve değiştirilmesinin ise kural olarak işverenin yönetim yetkisi kapsamında düşünülmesi gerektiği, ancak bunun da sınırını işçinin kişisel ve ailevi yaşamı ile dinlenme hakkının teşkil ettiği vurgulanmıştır<sup>149</sup>. Dolayısıyla işveren, sözleşme değişikliğini tek tarafı olarak gerçekleştiremeyecek ancak Yargıtay içtihadı ile objektif olarak belirlenen unsurlar dışında kalan konular, çalışma koşulları olarak nitelendirildiği için işverenin yönetim yetkisi kapsamında, işverence tek tarafı olarak değiştirilebilecektir. Buna karşın, işverenin yönetim yetkisi çerçevesinde çalışma koşullarında değişiklik yapabilmesi olanağı da sınırsız olmayıp, denetime tabi tutulacaktır. Hakkın kötüye kullanılması teorisi temelinde oluşturulan, işverenin bu yöndeki yetkisinin denetiminde, Fransız Hukukunda daha sonra dürüstlük ilkesi

<sup>146</sup> *Peskine/Wolmark*, 185 vd.; *Auzero/Dockès*, 663 vd.; *Favennec-Héry/Verkindt*, 409 vd.; *Lokiec*, 221 vd.

<sup>147</sup> *Alp*, 101; *Engin*, E. M., “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, İÜHFİM, C.LXI, S.1-2, 314. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir: Yarg. 9HD., 18.4.2012 t., E. 2010/3864 K. 2012/13504; Yarg. 9HD., 11.4.2012 t., E. 2010/5223 K. 2012/12368 (*Çiz*, Ş.: **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 2011-2012 Yılları**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, 438 vd.).

<sup>148</sup> *Alp*, 102; *Engin*, İşletme Gereklere, 95.

<sup>149</sup> *Favennec-Héry/Verkindt*, 411-412; *Peskine/Wolmark*, 190-191.



esas alınmış; buna ek olarak işverenin yönetim yetkisi kapsamında yapmak istediği değişikliklerin aynı zamanda işletme menfaatine hizmet etmesi de aranmıştır<sup>150</sup>.

Hukukumuz açısından, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahale niteliği taşıyan, sözleşme ile sağlanan denge ve düzeni belirli ölçüde bozan değişikliklerin esaslı değişiklik sayılması gerektiği belirtilmiştir<sup>151</sup>; esaslı değişiklik kavramı daha çok Yargıtay içtihadı ile şekillenmiş bulunmaktadır. Çalışma koşullarında yapılan değişikliğin esaslı olmaması, değişikliğin önemsiz olması anlamına gelmektedir<sup>152</sup>. Diğer bir ifadeyle, “şayet yapılan değişiklik, dürüstlük kuralları ve makul anlayış ölçülerine göre reddi doğru olmayacak şekilde ise, değişikliği işverenin yetkileri içinde saymak doğru olur. Bu ölçü her somut olayın özellikleri göz önünde tutularak uygulanmalıdır”<sup>153</sup>. Gerçekten esaslı olan ve olmayan değişiklik ayrımında her somut durum için geçerli bir ölçütün tespiti güçlük arz etmektedir. Yargıtay bu konuda özellikle “işçinin durumunun ağırlaşması” kriterini dikkate almaktadır<sup>154</sup>. Buna göre, iş sözleşmesinin objektif esaslı noktaları olan ücret, işin niteliği, işyeri ve çalışma süresi konularında işveren esaslı bir değişikliği işçinin yazılı rızası olmadan yapamayacak; ancak esaslı olmayan, işçinin durumunu ağırlaştırmayan, önemsiz değişiklikler işverence tek taraflı olarak yapılabilecektir. Örneğin, ücret konusunda işçi aleyhine her türlü değişiklik ve ücretsiz izin uygulaması esaslı değişiklik sayılacak olmakla birlikte<sup>155</sup>; özellikle özel bir bilgi gerektirmeyen işlerde, işin ağırlaşmasına neden olmayacak biçimde işin niteliğinde işverence tek taraflı değişiklik yapılması olanaklı kabul edilebilecektir<sup>156</sup>. İşçinin çalışacağı işyerinin sözleşmede taraflarca belirlenmiş olması durumunda bunun değiştirilmesi m.22 hükmündeki prosedüre tabi olacak iken; sözleşmede bu yönde bir düzenleme bulunmaması halinde işçinin çalışacağı işyeri, işverenin yönetim yetkisi kapsamında, işçinin durumunu ağırlaştırmama koşuluyla aynı il sınırları içinde değiştirilebilecektir. Ne var ki, aynı il sınırları içinde kalmakla beraber, işyerinin değişmesi nedeniyle işçinin

<sup>150</sup> *Peskine/Wolmark*, 195.

<sup>151</sup> *Alp*, 114; *Süzek*, 673; *Alpagut*, G.: “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri – Karar İncelemesi”, **Çimento İşveren**, Eylül 2004, 56; *Uşan*, F.: “4857 Sayılı İş Yasası’nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, **DEÜHFD, C.9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan**, 2007, 220; *Manav*, E.: “İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu”, *Sicil*, Mart 2012, S.25, 140.

<sup>152</sup> *Taşkent*, 125; *Alp*, 113.

<sup>153</sup> *Güzel*, A.: *İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi*, İstanbul 1987, 355.

<sup>154</sup> Yarg. 9HD., 16.10.1996 t., E. 1996/8637 K. 1996/19593, bkz. *Alp*, 114; Engin, *İşletme Gereklileri*, 97.

<sup>155</sup> Yarg. 9HD., 20.12.2004 t., E. 2004/14805 K. 2004/28304 ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)).

<sup>156</sup> “(...) davacının çalışmakta olduğu birim ile sonradan görevlendirildiği birim arasında çalışma koşulları bakımından esaslı değişiklik olup olmadığı araştırılarak, akdın feshinin haklı olup olmadığının duraksamaya yer verilmeyecek şekilde tespiti ile sonucuna göre ihbar ve kıdem tazminatı talebi hakkında karar verilmesi gerekirken (...)” (Yarg. 9HD., 18.4.2012 t., E. 2010/3864 K. 2012/13504, *Çil*, 438-445).

yolda geçireceği zaman artıyor ve dinlenme için ayıracağı süre sınırlanıyorsa, bu değişikliğin önemsiz bir değişiklik olmadığı ortaya çıktığından, esaslı değişiklik sayılması gerekmektedir<sup>157</sup>. Çalışma süresinde değişiklik ise, ücrette değişikliğe neden olduğundan esaslı değişiklik sayılmalı; Fransız Hukukunda da kabul edildiği gibi gün içindeki çalışma saatlerinin belirlenmesi ise işverenin yönetim yetkisi kapsamında kabul edilmelidir. Hukukumuz açısından da bu konuda elbette, işyerindeki çalışma saatlerinin değişiminin işçinin yaşamına olan etkisi dikkate alınmalı; kişisel ve ailevi yaşamını olumsuz etkileyecek değişiklikler esaslı değişiklik olarak nitelendirilerek, işçinin rızasına tabi kılınmalıdır<sup>158</sup>.

Belirtelim ki iş sözleşmesine konulan hükümlerle, işverenin yönetim yetkisinin sınırlarını genişletmek söz konusu olabilmektedir<sup>159</sup>. Fransız Hukukunda bu tip hükümlerin sözleşmeye konması olanağı hukuken tanınmış olmakla birlikte, geçerlilikleri bazı koşullara tabi kılınmıştır. Bu kapsamda ilk olarak Medeni Kanunun m.1129 hükmü gereği, sözleşmesel borçların belirli ya da belirlenebilir olması zorunluluğu karşısında, işverenin yönetim yetkisini belirsiz biçimde genişleten sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır. Hukukumuz açısından, 4857 sayılı İş Kanununun hazırlık aşamasında, 22. madde hükmüne getirilmek istenen “işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkı saklı tutulduğu hallerde (...) yukarıdaki hükümler uygulanmaz.” ifadesinin TBMM’deki görüşmeler sonucunda maddeden çıkarılmış olması, söz konusu değişiklik kayıtlarının hukukiliğini tartışmalı hale getirmiştir. Mevcut durum karşısında, işverenin çalışma koşullarında tek yanlı değişiklik yapma hakkını saklı tutmasının ve buna dayanarak tek yanlı değişiklik yapmasının hukuken olanaklı olmadığı görüşü tarafımızca ileri sürülmüş<sup>160</sup>; aksi yöndeki görüş tarafından ise, genel olarak esaslı değişiklik yapma olanağı öngören hükümlerin geçersizliği kabul edilmekle birlikte, iş sözleşmesi veya eklerinde somut olarak iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabileceği, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ve MK m.2 hükmüne uygunluk koşuluyla bu kayıtların geçerli sayılacağı savunulmuştur<sup>161</sup>. Belirtelim ki, 6098 sayılı Borçlar Kanunu m.24 hükmü

<sup>157</sup> Yarg. 9HD., 17.5.2005 t., E. 2004/27850 K.2005/18819 (www.kazanci.com).

<sup>158</sup> Yarg. 9HD., 7.12.1995 t., E. 1995/20913 K. 1995/35276 (www.kazanci.com).

<sup>159</sup> “İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapılabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır.” (Yarg. 9HD., 11.4.2012 t., E. 2010/5223 K. 2012/12368, Çil, 446-453).

<sup>160</sup> **Güzel**, A.: “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, 120.

<sup>161</sup> **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, 184-185; **Süzek**, “Değişiklik Feshi”, 16; **Alpagut**, “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri – Karar İncelemesi”, 60-61; **Alp**, 243 vd.; **Doğan Yenisey**, “İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi”, 1175 vd.; **Aydın**, U.: “4857 sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar

ile “Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.” yönünde getirilen hüküm karşısında, öğretilde, tip iş akitleri ve işyeri iç yönetmeliklerinde işverene işçi aleyhine tek taraflı olarak çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren değişiklik kayıtlarının yer alamayacağı da ileri sürülmüştür<sup>162</sup>. Bu görüş uyarınca, TBK m.24 hükmünün tip iş akitleri ve işyeri iç yönetmeliklerini kapsamına almasından dolayı, bazı sınırlamalar çerçevesinde, işçilerle ayrı ayrı yapılacak ve farklı çalışma koşullarını içeren, tip iş akdi niteliğinde olmayan bireysel iş sözleşmelerine değişiklik kayıtlarının konulmasına ise herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Yargıtay içtihadı da, değişiklik kayıtlarının geçerli olacağı, bu halde işverenin genişletilmiş yönetim yetkisinden bahsedilebileceği yönünde bulunmakla birlikte<sup>163</sup>; bu kararlarda, nakil yetkisini saklı tutan kayıtlar dışında çalışma koşullarında değişiklik hakkının saklı tutulmasının olanaklı olmadığı vurgulanmaktadır<sup>164</sup>. Bu yönüyle, m.22 hükmündeki, işverenin iş sözleşmesi hükmü haline gelen konularda değişiklik yapabilmesini işçinin yazılı rızasının alınmasına bağlayan kural karşısında, işverenin sözleşmede değişiklik hakkını saklı tutan kayıtları sözleşmeye koyamayacağı yönündeki kararların isabetli olduğu görüşündeyiz. Aksi halde bu kayıtlar, 22. maddenin anlamsız kalması sonucunu doğurabilecek nitelikte olup; sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşmeye konacak hükümlere ilişkin işverenin pazarlık gücüne sahip olmayan; işverence hazırlanan ve yönetim hakkını genişleten hükümler içeren sözleşmeyi, işe alınabilmek için kabul etmek zorunda kalan işçinin, iş ilişkisinin devamı süresince ücreti, çalışacağı işyeri, işin niteliği, çalışma süreleri ve saatleri gibi konularda her an esaslı değişikliklerle karşılaşmasına ve bunlara boyun eğmesine neden olabilecektir. Bunun gibi bir sonucun ise, işçinin iş sözleşmesinin varlığının ve içeriğinin korunması gerekliliği ile işverenin sözleşmede değişiklik yapma ihtiyacı arasındaki dengenin işçi aleyhine bozulması nedeniyle kabul edilemez nitelikte olduğu açıktır.

İncelemesi)”, **Sicil**, Mart 2007, S.5, 61; **Uşan**, “4857 Sayılı İş Yasası’nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, 245-246; Manav, “İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu”, 142; **Tulukcu**, “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik”, 1126 vd.

<sup>162</sup> **Süzek**, 679.

<sup>163</sup> Yarg. 9HD., 18.4.2012 t., E. 2010/3864 K. 2012/13504; Yarg. 9HD., 11.4.2012 t., E. 2010/5223 K. 2012/12368; Yarg. 9HD., 3.4.2012 t., E. 2010/5192 K. 2012/11223; Yarg. 9HD., 26.3.2012 t., E. 2010/1395 K. 2012/9918, **Çil**, 438 vd. Aynı yöndeki HGK 11.10.2006 t., E. 2006/9-613 K. 2006/644 sayılı karar ve incelemesi için bkz. **Aydın**, “4857 sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi)”, 57 vd.

<sup>164</sup> “Dairemiz uygulamasına göre sözleşme ile nakil yetkisinin saklı tutulması mümkün ise de, 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinin düzenlemesi karşısında çalışma koşullarında işçi aleyhine yapılacak diğer değişikliklerin sözleşme ile önceden saklı tutulması mümkün değildir.” (Yarg. 9HD., 13.12.2010 t., E. 2009/39668 K. 2010/37397, www.legalbank.net).

Öğretide çoğunluk görüşü ve Yargıtay tarafından geçerli kabul edilen işyeri nakil yetkisini saklı tutan kayıtların işverence kullanılmasına ilişkin ise bazı sınırlamalar getirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Her ne kadar işveren lehine değişiklik hakkını saklı tutan kayıtların geçersiz sayılması gerektiği görüşünü savunuyor olsak da, uygulamada sıkça başvurulmuş ve isabetsiz olarak Yargıtay tarafından da geçerli kabul edilen bu hükümlerin (*mobilité klotzlarının*), hiç değilse uygulanması açısından sınırlama getirilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Bu konuda Yargıtay da kararlarında, “*Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır*”<sup>165</sup> ifadelerine yer vermekte, dürüstlük kuralının söz konusu yetkinin sınırını teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Belirtelim ki, Yargıtay bu sınırı çizerken, yukarıda ayrıntılı olarak yer verdiğimiz dürüstlük ilkesi ile iyiniyet kavramının farklı iki kavramlar olmasına ve birbirleri yerine kullanılmasının hatalı olması durumuna özen göstermeksizin, “*Davalı işveren davacı işçinin çalıştığı yerin değiştirilmesine ilişkin yetkisini iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanmalıdır. İşyeri değişikliğine ilişkin ihtarnamede ihtiyaç dolayısıyla görevlendirildiği belirtilmiş ise de bu durum somutlaştırılmadığından davalı tarafça yapılan yer değişikliği iyiniyetli değildir*”<sup>166</sup> ifadelerine kararlarında yer vermektedir. Bu kararda yer verilen iyiniyet ifadesi ile kast edilen dürüstlük ilkesi olduğundan, kararı bu şekilde anlamak yerinde olacaktır.

Ayrıca Yargıtay tarafından, işverenin söz konusu sözleşme kaydına dayanarak işyerini nakledebilmesi için, bunu gerekçelendirmesi gerektiği, yalnızca “görülen lüzum üzerine”<sup>167</sup> ya da “ihtiyaç dolayısıyla”<sup>168</sup> işyeri değişikliğinin yapılamayacağı, işverenin bu ihtiyacı somutlaştırmasının aranacağı, bu halde değişikliğin nesnel sayılamayacağı hükme bağlanmaktadır.

Fransız Hukukunda, işyerini nakil yetkisini saklı tutan kayıtlar ise, ayrıntılı biçimde coğrafi bir alan belirlemedikleri veya işverene bu hükümden doğan yetkiyi dilediği gibi genişletme olanağı tanıdıkları takdirde geçerli kabul edilemeyecektir<sup>169</sup>. Ücrete ilişkin değişiklik kayıtlarının da, yasal ve sözleşmesel asgari sınırlara uygun olması ve işletme riskini işçi üzerine aktarmaması aranmaktadır. Bu tip değişiklik kayıtlarının işverence kullanılmasının denetimi de, işverenin söz konusu sözleşme hükmünden doğan yetkisini kötüye kullanıp kullanmaması açısından yapılmakta olup, işveren bu düzenlemelerden doğan hakkını da dürüstlük ilkesi çerçevesinde kullanabilecektir. Fransız Yargıtayı tarafından işverenin işyeri değişikliği hakkını saklı tutan kayıtların hukuki denetimi, işveren tarafından bu kaydın ileri sürül-

<sup>165</sup> Yarg. 9HD., 11.4.2012 t., E. 2010/5223 K. 2012/12368, *Çiz*, 446-453.

<sup>166</sup> Yarg. 9HD., 4.3.2010 t., E. 2008/20764 K. 2010/5904 (www.legalbank.net).

<sup>167</sup> Yarg. 9HD., 25.3.2010 t., E. 2008/22933 K. 2010/7945 (www.legalbank.net).

<sup>168</sup> Yarg. 9HD., 4.3.2010 t., E. 2008/20764 K. 2010/5904 (www.legalbank.net).

<sup>169</sup> *Favennec-Héry/Verkindt*, 399; *Lokiec*, 224.

mesinde güdülen amaç kapsamında gerçekleştirilmektedir. Buna göre, söz konusu kayıtların hukuken geçerli olacağı kabul edilmekle birlikte işveren, bu kayıttan doğan hakkını kötüye kullanmamalı; işletme gereklerinden kaynağını alan objektif nedenlerle işçinin işyerini değiştirme yoluna gidebilmelidir<sup>170</sup>.

Ayrıca Fransız Hukukunda işverenin yönetim yetkisini genişleten sözleşmesel düzenlemelere işverence başvurulması, İş Kodu m. L.1121-1 hükmü uyarınca ölçülülük denetimine de tabi tutulmakta; hiçbir sözleşme hükmünün, işçinin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklere, hükmün amacıyla açıklanamayan ve bu amaçla orantısız olacak biçimde sınırlama getiremeyeceği vurgulanmaktadır<sup>171</sup>. Nitekim Fransız Yargıtayı, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, işçinin çalışmakta olduğu işyerinin (Valenciennes'den Avignon'a) değiştirilmesini, bu gerekliliğin işveren tarafından objektif nedenlerle açıklanamaması nedeniyle ve işçinin ciddi ailevi gerekçelerle ikametgahını değiştirme güçlüğüünün işveren tarafından biliniyor olmasına dayanarak dürüstlük kuralına aykırı bulmuş; bu durumu işçinin ikametgahını serbestçe seçme özgürlüğüne *orantısız* bir müdahale olarak nitelendirmiştir<sup>172</sup>.

#### dd) Yönetim yetkisi - işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması sorunu

İş ilişkisinin uygulanmasında temel hakların ortaya çıkış düşüncesi, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak işverene bağımlı biçimde iş görmeyi kabul eden işçinin kişiliğinin korunmasında yatmaktadır<sup>173</sup>. İşçinin iş görme edimini işverenin emir ve talimatları altında, onun iş organizasyonu içinde, onun belirlediği şekilde yerine getirmesi diğer bir ifadeyle iş ilişkisindeki bağımlılık unsuru ve işçinin kişilik değerlerinin önem taşıdığı<sup>174</sup> bir sözleşmede zayıf taraf olması, bu ilişkide işçinin kişiliğine, özel yaşamına müdahale riskini artırmaktadır. Bu nedenle iş ilişkisindeki güç dengesi, özellikle temel bir hakkın kullanılması söz konusu olduğunda daha da büyük önem arz etmektedir<sup>175</sup>. İşveren, işçiyi gözetme borcu kapsamında, işçinin kişiliğini, bedensel ve ruhsal bütünlüğünü, şeref ve onurunu, kişisel ve mesleki saygınlığını, ahlaki değerleri ve özel yaşam alanını korumak yükümlülüğü altın-

<sup>170</sup> *Vigneau*, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", 712; *Vasseur-Lambry*, "La bonne foi dans les relations individuelles de travail", 6.

<sup>171</sup> *Favennec-Héry/Verkindt*, 398; *Lokiec*, 225.

<sup>172</sup> Cass. soc. 14 oct. 2008, no 07-40.092, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&cidTexte=JURITEXT000019660726&fastReqId=750656436&fastPos=32>).

<sup>173</sup> *Ertürk*, Ş.: *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, 85; bu konuda Fransız Hukukuna ilişkin bkz. Lyon-Caen, A./Vacarie, I., "*Droits fondamentaux et droit du travail*", *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, Paris 2001, 421 vd.

<sup>174</sup> *Güzel*, A.: "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek", *Halid Kemal Elbir'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1996, 167 vd.

<sup>175</sup> *Ertürk*, 89; *Sevimli*, "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", 53 vd.

dadır<sup>176</sup>. İşçinin kişiliğini gözetme borcu, temelde Anayasa'dan kaynağını almakla birlikte (AY m. 12, 17, 19, 20, 24, 25), doğrudan işçinin kişiliğini korumaya yönelik bir hüküm, 6098 sayılı Borçlar Kanunu m.417 ile de öngörülmüş bulunmaktadır. 417. maddenin ilk fıkrası uyarınca, “İşveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize maruz kalmamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür”. Belirtelim ki, işverenin dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla yükümlü olması ifadesindeki “dürüstlük ilkeleri”, çalışmamızda inceleme konusu yaptığımız, teknik anlamdaki dürüstlük ilkesi anlamını taşımamakta, bu nedenle de isabetli bulunmamaktadır. Bu ifadenin mehzar kanunda yer verildiği gibi ahlaka uygunluk (moralité)<sup>177</sup> olarak anlaşılması yerinde olacaktır<sup>178</sup>.

Anayasa ile güvence altına alınan kişilik kavramı, kişiye bağlı, parayla ölçülmesi olanaklı olmayan değerler bütünü olarak ifade edilmekte<sup>179</sup>, işçiye ait kişisel verilerin işlenmesi konusu da işçinin kişiliğinin korunması açısından temel bir noktayı oluşturmaktadır.

TBK m.419 hükmü bu konuda, işverenin, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde

<sup>176</sup> *Çelik*, 192; *Süzek*, 406 vd.; *Ulusun*, İ.: **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu**, İstanbul 1990, 22; *Ertürk*, 89 vd.; *Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan*, 144; Bayram, F.: Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, 83 vd.; *Centel*, T.: **“Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”**, Sicil, Aralık 2011, S.24, 13 vd.; *Tuncay Kaplan*, E.: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil, Aralık 2011, S.24, 41; *Sevimli*, A.: “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Sicil**, Aralık 2011, S.24, 109; Bayram, F.: “Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara 2006, 11 vd.; *Şen*, M.: “İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları”, **Sicil**, Aralık 2012, S.28, 133 vd.; EN, Mınıukuku rcu masılışkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunmasıyaşam alanını

<sup>177</sup> Loi fédérale complétant le Code civil suisse (livre cinquième: Droit des obligations), art. 328/I: “L’employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulu pour sa santé et veille au maintien de la moralité.”

<sup>178</sup> *Süzek*, 407; *Centel*, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, 14; *Tuncay Kaplan*, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, 45; *Sevimli*, “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, 120. Nitekim Yargıtay da kararlarında, bu ifadeyi, işverenin işyerinde, ahlak ve dürüstlük kurallarına uygun bir çalışma ortamı sağlamakla yükümlü olması biçiminde yorumlamakta, dürüstlük ifadesinin yanında isabetli olarak, ahlaka uygunluğu da belirtmektedir (Yarg. 9HD., 4.2.2013 t., E. 2012/26702 K. 2013/3953, www.legalbank.net).

<sup>179</sup> *Bayram*, (doktora tezi), 9; *Sevimli*, “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, 111.



kullanabileceğini öngörmüştür<sup>180</sup>. İşK. m.75/II hükmü de, işverenin işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralına ve hukuka uygun olarak kullanması gerektiğini ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlü olduğunu öngörmektedir. Maddede yalnızca verilerin kullanılmasından bahsedilmekle birlikte, bunun verilerin işlenmesi biçiminde anlaşılması gerektiğinin de altı çizilmelidir, çünkü verilerin işlenmesi, bunların elde edilmesi ve kullanılması da dahil, verilere ilişkin yapılabilecek tüm işlemleri kapsamaktadır. Böylece işveren, işçi hakkında düzenlemesi gereken özlük dosyası ve tutması gerekli tüm kayıtlar açısından, işçi hakkında edindiği verileri, iş sözleşmesinin ifasının gerektirdiği biçimde, toplanma amacına ve dürüstlük kuralına uygun olarak işlemeli; işçinin kendisi hakkındaki verilerin ne şekilde kullanıldığına ilişkin bilgi alma, bu verilere erişim, bunların düzeltilmesini ya da silinmesini talep ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkı (AY m. 20) ihlal edilmemelidir. Avrupa Birliği Hukukunda da Lizbon Antlaşmasının eki olan Temel Haklar Şartının 8. maddesi<sup>181</sup> de, “Herkes, kendisi hakkında kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir. Söz konusu veriler açıkça belirtilmiş amaçlarla ve dürüst biçimde, ilgili olduğu kişinin rızası temelinde ya da yasalarca öngörülen diğer meşru temellerde işlenmelidir. Herkes kendisi hakkında toplanmış verilere erişim ve bunların düzeltilmesini talep hakkına sahiptir.” düzenlemesini öngörmektedir. Bu konuda Avrupa Birliği ikincil hukuku kapsamında, 24.10.1995 tarihli 95/46 sayılı Yönerge<sup>182</sup> ve 12.7.2002 tarihli 2002/58 sayılı Yönerge<sup>183</sup> ile de ayrıntılı düzenlemeler getirilmiş bulunmaktadır.

Bu konuda anayasa ve yasalarla öngörülen ölçünün aşılması, işçinin özel yaşamına saldırı teşkil edecektir. Görüldüğü gibi işçinin kişisel verilerinin korunması ve bu verilerin işlenmesini şahsen belirleme hakkı ile işverenin girişim özgürlüğü çerçevesinde bilgi edinme hakkı arasındaki menfaat dengesinin kurulması önem taşımaktadır<sup>184</sup>. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişme, işçinin bu açıdan korunmasının da önemini pekiştirmiştir<sup>185</sup>.

Fransız Hukukunda, yasa koyucunun işçinin temel haklarına karşı kayıtsız kal-

<sup>180</sup> *Tuncay Kaplan*, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, 50; ayrıca bkz. *Okur*, Z.: “Türk İş Hukuku’nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, *İş Dünyası ve Hukuk*, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 2011, 368 vd.

<sup>181</sup> JO 26.10.2012, C326/397, Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne.

<sup>182</sup> JO L 23.11.1995, 31-50, Directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

<sup>183</sup> JO L 31.7.2002, 37-47, Directive 2002/78/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

<sup>184</sup> *Okur*, “Türk İş Hukuku’nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, 370; *Sevimli*, “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”, 71.

<sup>185</sup> Bkz. *Sevimli*, K.A.: *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal, İstanbul 2006, 1 vd.; *Sevimli*, K.A.: “Veri Koruma İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, *Sicil*, Aralık 2011, S.24, 120 vd.; *Okur*, “Türk İş Hukuku’nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, 368.

ma durumunun 1980'lerde sona erdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Danıştay'ın 1 Şubat 1980 tarihli *Peintures Corona*<sup>186</sup> davasında, işyeri iç yönetmeliğinin kişilik hakları, bireysel ve kolektif özgürlükler çerçevesinde hukukilik denetiminin yapılmasıyla başlayan süreçte, daha sonra yasa koyucu devreye girmiş ve İş Kodu'nun m. L.1121-1 hükmünde hiç kimsenin, kişilik hakları ile bireysel ve kolektif özgürlüklere, gerçekleştirilmek istenenin niteliği ile açıklanamayan ve amaçla ölçülü olmayan sınırlamalar getiremeyeceği öngörülmüştür. İşçinin kişilik hakları ve daha geniş bir ifadeyle temel hakları, diğer pek çok işlevinin yanında, işverenin yetkileri sözleşmeden, iç yönetmelikten ya da ona tanınan yönetim yetkisinden doğduğu için yasal görülse de, söz konusu yetkileri sınırlama işlevini de üstlenmektedir<sup>187</sup>. Bu haliyle temel haklar, işverenin işlem ve eylemlerinin hukukiliğinin tartışılmasında temel kriterlerden biri haline gelmektedir.

İşyerinin ve iş organizasyonunun sınırlarının tespitindeki zorluk nedeniyle işçinin işyerindeki mesleki yaşamı ile işyeri ve çalışma saatleri dışındaki özel yaşamı arasındaki geleneksel ayırımın günümüzde aynı derecede açık olduğunu söylemek olanaklı değildir. Hatta Fransız Yargıtayı bu doğrultuda, işçinin işyerindeki meslektaşları ile iş dışındaki konularda iletişim kurma, beğenisine göre giyinme hakkı gibi haklarını kapsayan ancak işçinin özel yaşamı kavramından ayrı değerlendirilen "işçinin kişisel yaşamı" kavramını geliştirmiş bulunmaktadır<sup>188</sup>. İşçinin meslek yaşamı ile kişisel yaşamının iç içe olma niteliği, işçinin işyerinde ve dışında temel hak ve özgürlüklerinin korunması gerekliliğini ortaya koymuştur.

Öncelikle işveren, işçinin işyeri dışındaki özel yaşamına (politik ya da dini tercihleri, alışkanlıkları, aile yaşantısı vb.) her türlü müdahaleden kaçınmalı; işçinin özel yaşamından kaynaklı hiçbir neden işçinin iş ilişkisi açısından sorumluluğunu doğuramamalıdır. İşverenin bu açıdan yönetim hakkının, yalnızca işin görülmesine ilişkin konularla sınırlandırılması, dürüstlük ilkesinin bir gereğidir<sup>189</sup>. İşverenin, işçinin iş görme borcu dışındaki davranışlarına ilişkin talimat verme ve denetim uygulama yetkisi, işçinin özel yaşamına saldırı tehlikesinin sinyallerini verir, bu nedenle yönetim yetkisinin bu açıdan da sınırlandırılmasının üzerinde durulması gerekmektedir<sup>190</sup>.

Öğretide, işverenin yönetim yetkisine dayanarak verdiği talimatların, ancak iş ilişkisinin devamı ve işverenin menfaatinin korunması açısından kaçınılmaz nitelikte ve gerekli olmaları halinde, işçinin kişilik hakkına hukuka aykırı bir müdahale

<sup>186</sup> CE, 1er février 1980, (*Peskine/Wolmark*, 208'den).

<sup>187</sup> *Peskine/Wolmark*, 210; *Tuncay Kaplan*, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", 41.

<sup>188</sup> *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 339; *Peskine/Wolmark*, 158; *Favennec-Héry/Verkindt*, 222; *Lokiec*, 11.

<sup>189</sup> *Urban*, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", 343.

<sup>190</sup> *Sevimli*, "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", 55.

teşkil etmeyecekleri belirtilmiştir<sup>191</sup>. Ne var ki burada dikkat edilmesi gereken nokta işverenin, işletmesinin verimliliğine dayanan salt ekonomik bir menfaati, işçinin kişilik haklarına müdahaleyi haklı kılan bir dayanak olamayacaktır. İşçinin temel bir hakkı ile işverenin ekonomik nitelikli bir menfaatinin karşı karşıya gelmesi halinde, ekonomik menfaatin doğrudan kişilik hakkından üstün tutulması olanaklı değildir. Buradaki ölçüt, işverenin ya da üçüncü bir kişinin ekonomik bir menfaatinin korunması için, işçinin sadakat borcu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde, özel yaşamına müdahale teşkil eden uygulamaya rıza göstermesinin beklenebilir beklenemeyeceği biçiminde ortaya çıkar. Eklemek gerekir ki, müdahaleyi haklı kılacak başka bir hukuka uygunluk nedeni aranmaksızın, sadece işçinin rızasına başvurmak da yerinde kabul edilemeyecektir; çünkü sözleşmenin zayıf tarafı olduğu unutulmaması gereken işçinin kişilik hakkına müdahale teşkil eden bir uygulamaya gösterdiği rızaya da kuşkuyla yaklaşılmalıdır.

Belirtelim ki, işçinin kişilik hakkına, belirli nedenlerle müdahale olanağı bulunmaktadır. Bunlar, özellikle diğer işçilerin ve üçüncü kişilerin sağlığının, güvenliğinin sağlanması gibi üstün bir özel yarar ya da kamu yararı biçiminde ve kanundan doğan yetkinin kullanılması olarak ortaya çıkabilecektir<sup>192</sup>. Müdahaleyi haklı kılan bir nedenin tek başına varlığı da yeterli olmayıp, işçinin kişilik hakkına müdahale niteliği taşıyan uygulama konusunda önceden bilgilendirilmesi gerekecek ve ölçülülük ilkesi kapsamında, işveren tarafından başvurulacak yöntemin, güdülen amacı gerçekleştirmek için gerekli ve elverişli olması yanında, işçinin kişilik hakkını en az düzeyde zedeleyecek yöntem olması aranacaktır.

İşveren, güvenlik, bilgi akışının kontrolü, kaynakların korunması, hukuki ve cezai sorumluluğa karşı korunma, yasal sorumluluk ve hatta performans değerlendirme gibi gerekçelerle işyerinde işçilerin internet kullanımını, e-posta yazışmalarını ve telefon görüşmelerini denetlemek isteyebilecektir<sup>193</sup>. İşverenin yönetim yetkisi kapsamında işçilerin iş görme edimini izleme, kontrol etme olanağı bulunsa da, belirtildiği gibi, iş ilişkisinin niteliği, işçinin meslek yaşamı ile özel yaşamının iç içe geçmesine neden olduğundan, işverenin uygulamak istediği denetim yöntemlerinin sınırını, işçinin kişiliğinin dokunulmazlığı ve özel yaşamının gizliliği oluşturmaktadır. Bu sınırların tespiti ise güçlük arz edilmektedir.

İşçinin özel yaşamının gizliliğinin korunması hakkı, işçinin işyerindeki yazışmalarının gizliliğinin güvencesini de sağlamalıdır<sup>194</sup>. Belirtelim ki hukukumuzda

<sup>191</sup> *Ertürk*, 95.

<sup>192</sup> Özel yaşamın saldırıya karşı korunması ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler konusunda ayrıntı için bkz. *Sevinli*, 64 vd.

<sup>193</sup> *Savaş*, F.B.: "İş Hukukunda 'Siber Gözetim'", *Çalışma ve Toplum*, 2009/3, 98.

<sup>194</sup> *Favennec-Héry/Verkindt*, 221; *Özdemir*, "İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine", 20-21.

bu konuda bir pozitif düzenleme bulunmayışı nedeniyle, işverenin yönetim yetkisinin sınırı çizilirken ve işçinin kişiliğine yönelik bir ihlal olup olmadığının tespitinde dürüstlük kuralı devreye girecektir. İşçilerin işveren tarafından tahsis edilmiş bilgisayarlarında, işyerinde kendilerine verilen e-postaları aracılığıyla yaptıkları yazışmaların, iş ile ilgili olduğu karinesi kabul edildiği takdirde, işverenin bu yazışmalar üzerinde, güvenlik, işyerine ilişkin bilgilerin gizliliği, e-postaların hukuka aykırılık ya da suç teşkil etmesi ve benzeri nedenlerle denetim yetkisinin olduğu kabul edilebilecektir<sup>195</sup>. Ayrıca işverenin internet kullanımı ve e-posta denetimi yapabilmesi, işin niteliğinin bunu gerektirmesine, işçilerin önceden bu konuda bilgilendirilmesi ve rızalarının alınmasına, ayrıntılı bir denetim politikası oluşturularak, ölçülülük ilkesine uygun davranılmasına bağlı bulunmaktadır<sup>196</sup>. Telefon görüşmelerinin ya da görüşülen telefon numaralarının kaydının tutulmasının ve iş saatlerinin özel görüşmelerle geçirilip geçirilmediğinin tespitinin ise, AY m.17 ve m.20 hükümlerine aykırı olduğu belirtilmektedir<sup>197</sup>. Nitekim haberleşme hürriyeti kenar başlıklı AY m.22/I hükmüne göre de, herkes haberleşme hürriyetine sahip olup; haberleşmenin gizliliği esastır.

Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı olduğunu öngören 8. maddesinin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Fransız Yargıtayının büyük yankı uyandıran *Nikon* davasında verdiği karara göre, tek başına işçinin önceden bilgilendirilmiş olması, işçinin kişisel olduğunu gösteren bir başlık taşıyan elektronik postasının işverence açılıp okunmasının, işçinin özel yaşamının gizliliğinin ihlali sayılmasına engel teşkil etmeyecektir<sup>198</sup>. Buna karşın, Sosyal Dairenin öğretide eleştirilen bir kararına göre, işçinin işyerinde kendisine tahsis edilen bilgisayarında yalnızca “kişisel” veya “özel” olarak adlandırdığı dosyaların işveren tarafından işçinin yokluğunda açılması olanaklı olmayıp, bunun dışındaki dosyalar iş ile ilgili olduğu varsayılacak ve işçinin yokluğunda da açılabilir<sup>199</sup>. Kişisel bir dosyanın işçinin yokluğunda açılabilmesi ise, “özel bir durum ya da risk”in varlığına tabi kılınmıştır<sup>200</sup>. Ayrıca işçinin, işyerinde kendisine verilen

<sup>195</sup> Özdemir, “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”, 20-21.

<sup>196</sup> Savaş, “İş Hukukunda ‘Siber Gözetim’”, 118.

<sup>197</sup> Ertürk, 89.

<sup>198</sup> Cass. soc. 2 oct. 2001, no 99-42.942, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046161&fastReqId=1243359808&fastPos=22>). Ayrıca bkz. *Peskine/Wolmark*, 212-213; *Favennec-Héry/Verkindt*, 222.

<sup>199</sup> Cass. soc. 23 mai 2012, no 10-23.521, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025922420&fastReqId=672058440&fastPos=66>).

<sup>200</sup> Cass. soc. 17 mai 2005, no 03-40.017, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048803&fastReqId=1101659534&fastPos=1>), kararda kullanılan bu ifadenin çok geniş olduğu ve işverenin işçinin kişisel dosyalarına erişimini çok kolay gerekçelerle haklı kılacağı yönündeki eleştirisi için bkz. *Peskine/Wolmark*, 213.

bilgisayarında bazı dosyaları isminin baş harfleriyle veya “Belgelerim” şeklinde adlandırması, dosyaların kişisel dosya olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmemiştir<sup>201</sup>.

İşçinin işyerindeki kişisel eşyalarını koyduğu dolapların işverence açılması, işyerine giriş çıkışlarda üst araması da işçilerin kişisel yaşamına müdahale olup; işverenin bu yola başvurabilmesi için kişisel yaşama müdahalenin, ulaşılmak istenen amaçla açıklanabilir ve ölçülü olması gerekecektir. Örneğin değerli metallerin işlendiği bir işyerinde, çıkışta metal detektörü konulması Fransız Danıştayınca amaca uygun ve ölçülü olarak değerlendirilse de, buna ek olarak üst araması, işçilerin çantaları ya da araçlarının aranmasının gerekli ve yerinde olmadığına hükmedilmiştir<sup>202</sup>. İşyerinde alkol testi ise, sadece güvenlik gerekçesiyle ve işin niteliği ile taşıdığı risk nedeniyle bazı işçilere uygulanabilecektir<sup>203</sup>.

İş sözleşmesinin dürüstlük ilkesine uygun ifası kuralına dayanan işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, işverenin işyerinde hukuka aykırı biçimde işçileri gözetleyerek, iş sözleşmesinin feshine neden olabilecek hatalarının tespiti amacıyla delil elde etme yöntemlerine başvurmamasını da gerektirir. Diğer bir ifadeyle dürüstlük ilkesi, işverenin işyerinde kontrol ve gözetim yetkisinin de sınırını oluşturmaktadır<sup>204</sup>. İşletme gerekleri hiçbir koşulda işçinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması ya da ihlal edilmesinin gerekçesini oluşturamaz<sup>205</sup>. Buna göre işveren, işyerinde kontrol ve gözetim uygulamalarına başvururken şeffaf davranma borcu kapsamında öncelikle işçileri bu konuda bilgilendirmekle yükümlüdür. Fransız Yargıtayı da işçinin bilgisi dışında, bazı gözetim tekniklerinden yararlanmak suretiyle işçi aleyhine delil elde edilmesini hukuka aykırı bulmuştur<sup>206</sup>.

İşçinin kişisel yaşamının bir uzantısı olan ikametgahını seçme özgürlüğü, iş sözleşmelerine konan işyerini değiştirme hakkını saklı tutan kayıtlarla yakından ilişkilidir. Örneğin Fransız Yargıtayı, işverene işçinin çalışacağı ve ikamet etmesi gerekeceği bölgeyi belirleme yetkisi veren sözleşme hükmünü, işçinin ikametgahını seçme özgürlüğüne ve dolayısıyla kişisel yaşamına aşırı bir müdahale olarak değer-

<sup>201</sup> Cass. soc. 8 déc. 2009, no 08-44.840; (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021476473&fastReqId=1345307039&fastPos=101>); Cass. soc. 10 mai 2012, no 11-13.884, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025861623&fastReqId=795599749&fastPos=1>).

<sup>202</sup> CE, 8 juill. 1988, (*Peskine/Wolmark*, 212'den).

<sup>203</sup> Cass. soc. 22 mai 2002, no 99-45.878,

(<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT0007045652&fastReqId=401977953&fastPos=2>).

<sup>204</sup> *Lemoine*, “Les principes civilistes dans le contrat de travail”, 3; *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 6.

<sup>205</sup> *Vasseur-Lambry*, “La bonne foi dans les relations individuelles de travail”, 6.

<sup>206</sup> Cass. soc. 20 nov. 1991, no 88-43.120, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007027512&fastReqId=2085929162&fastPos=38>).

lendirmiştir<sup>207</sup>. Gün içindeki çalışma saatlerinin değiştirilmesi, Fransız Hukukunda çalışma koşullarının değiştirilmesi sayılıp, işverenin yönetim yetkisi kapsamında değerlendirilse de; bu değişikliğin işçinin kişisel ya da ailevi yaşamına müdahale teşkil etmesi durumunda söz konusu değişiklik, sözleşmenin değiştirilmesi koşullarına tabi olacaktır<sup>208</sup>.

## V. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Dürüstlük ilkesi açısından artık konunun ahlaki ya da dini boyuttan uzaklaşarak, tamamen hukuki bir nitelik kazandığını söylemek, günümüzde ilkenin pek çok hukuk düzeninde pozitif düzenlemeye de kavuşmuş olması ve tüm sözleşmesel ilişkiler düzeyinde uygulama alanı bulması nedeniyle de, hatalı olmayacaktır. Bunun yanında, yalnızca bir yorum aracı olmanın ötesine geçen dürüstlük ilkesi, kaynağını aldığı ahlaki düşünce ile olan bağlarını tam olarak koparmayarak, iş sözleşmesinin sosyal gerçeklik içinde algılanmasını sağlamaktadır.

Dürüstlük ilkesi, sözleşmede, sözleşme taraflarının irade beyanlarından kaynaklanmayan bazı borçların varlığını açıklamaya yarayan; yasada ve sözleşmede herhangi bir düzenlemenin mevcut olmadığı durumda, yargıç tarafından sözleşmenin somut koşulların gelişen ve değişen gerekliliklerine uyumunu sağlamasına hizmet eden bir araçtır. İş ilişkilerinin düzenlenmesiyle sosyal barışın sağlanması amaçını taşıyan iş hukukunun, bu amacına ulaşmasında da dürüstlük kuralının içerdiği sosyal ahlak etkili olacaktır.

Gerçekten, güvene dayalı bir ilişki olan iş ilişkisinde, işçi ve işverenin sözleşmeden doğan haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken, dürüstlük kuralının gereği olarak doğru, namuslu ve makul davranmaları aranacaktır. Dürüstlük kuralı böylece, sözleşmenin yorumu ve tarafların davranışlarının denetlenmesi açısından, yargıcın rolünü güçlendirmekte; sözleşmenin metnine sıkı sıkıya bağlı kalınmasının neden olabileceği adaletsiz sonuçların giderilmesine hizmet etmektedir.

Ne var ki, vurgulamaya çalıştığımız üzere, hukuki uyumsuzlukları çözmeye yarayan pozitif düzenlemelerin var olup olmadığı kontrol edilmeksizin her defasında doğrudan dürüstlük kuralına başvurmak, hukuk güvenliğini ortadan kaldırma riskini beraberinde getirir. Her uyumsuzluğun yegane çözüm yolunun dürüstlük kuralının olduğu yanılgısına düşülmemesi için dürüstlük kuralına başvurulurken son derece titiz ve dikkatli davranılması gerekmektedir. Bunun yanında, bu kuralın iş sözleşmesi açısından uygulama alanı bulması halinde gösterilmesi gereken özen, iş hukukunun kaynağında yer alan işçinin korunması ilkesinin de dikkate alınması

<sup>207</sup> Cass. soc. 12 janv. 1999, no 96-40.755, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038403&fastReqId=1754333077&fastPos=9>).

<sup>208</sup> Cas. soc. 3 nov. 2011, no 10-14.702, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024761432&fastReqId=2038043529&fastPos=1>).



gerekliliği nedeniyle daha da fazla önem kazanmaktadır. İş ilişkilerine uygulanacak her kuralda olduğu gibi, dürüstlük kuralının uygulanması açısından da, iş ilişkisine işçinin korunması ilkesinin çerçevesinden bakılmalı, iş hukukunun ortaya çıkma ve var olma gerekçesi asla göz ardı edilmemelidir. Aksi durum, iş hukukunun amacından uzaklaştırılması tehlikesini beraberinde getirecektir.

Bu doğrultuda, dürüstlük kuralı uyarınca işçi ve işveren için doğacak yükümlülükler açısından tam bir karşılıklılık esasından bahsedilemeyecektir: Kuralın iş ilişkisine etkisi, işçi açısından sadakat borcuna bazı davranış yükümlülüklerinin eklenmesi biçiminde ortaya çıkarken; iş ilişkisinin büyük ölçüde işverenin tek yanlı yetkileri altında olması nedeniyle, işveren açısından doğan yan yükümlülükler ve özellikle yönetim yetkisine getirilen sınırlamalar konusunda önem taşımaktadır.

Gerçekten işverenin geniş anlamdaki yönetim yetkisinin en uç noktası biçiminde ortaya çıkan disiplin yaptırımını uygulama yetkisinin ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri iç yönetmeliği ve benzeri kuralları koyma yetkisinin sınırını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. İşverenin tek tarafı olarak hazırlaması ve çoğu zaman işçilerin getirilmek istenen kuralların içeriği konusunda müzakere etme olanağı bulunmadığı için kabul etmesi sonucu bağlayıcı hale gelen bu kuralların denetiminde de, dürüstlük kuralı önemli bir işlev üstlenmektedir.

Ayrıca İşK. m.22 kapsamında öngörülen sistem uyarınca, işverenin iş sözleşmesi koşullarında esaslı olmayan değişikliği, işçinin rızasını alma zorunluluğu bulunmadan yapabilmesi, işverenin adeta sözleşmede tek tarafı değişiklik yapma yetkisi olduğunu göstermektedir. Bu nedenle hangi değişikliğin esaslı olmadığını tespiti büyük önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, değişikliğin dürüstlük kuralı uyarınca reddedilmesinin uygun olmadığı kabul edildiği takdirde, değişikliğin işverenin yetkisi kapsamında olduğu söylenebilecek; işverenin değişiklik yapma yetkisinin sınırını da dürüstlük kuralı oluşturacaktır. İşK. m.22 hükmünün, sözleşmede esaslı değişikliği işçinin rızasına tabi kılması ve işverenin, iş sözleşmesinde ekonomik açıdan baskın konumu da dikkate alındığında, işverenin değişiklik hakkını saklı tutma amacıyla sözleşmeye bazı kayıtlar koyabilmesi ise kanımızca olanaklı değildir. Aksi durum, işçinin iş sözleşmesinin varlığının ve içeriğinin korunması ilkelerine ters düşeceği gibi; işçiyi, belirsizliklerle dolu bir iş ilişkisini kabul etmeye zorlama anlamına gelecektir.

İşçinin, işverenin emir ve talimatları altında iş gördüğü, kişilik değerlerinin önem taşıdığı bir ilişkide zayıf taraf olması, kişilik haklarına müdahale riskini de ortaya çıkarmaktadır. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişim, işverenin işçi hakkında elde ettiği kişisel verileri işleme, işyerinde kullanılan (e-mail, telefon gibi) iletişim araçlarının takip edilmesi, işyerinde bazı kontrol ve gözetim yöntemlerine başvurulması gibi durumlar açısından söz konusu riskin artmasına neden olmuş; bu nedenle işçinin kişiliğinin ve özel yaşamının muhtemel müdahalelere karşı korunması ihtiyacı daha da önem kazanmıştır. İş sözleşmesinin dürüstlük ilkesine uygun

ifasına dayanan işçinin kişiliğinin, temel hak ve özgürlüklerinin korunması zorunluluğu, bu konuda işverenin başvurabileceği uygulamalara sınır getirecektir. İşverenin bu sınırı aşan uygulamaları hukuka aykırı olarak kabul edilecektir.