

İŞ HUKUKUNDA MUTLAK EMREDİCİ HÜKÜMLERİN YERİ

*Yrd. Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR**

I. Genel Olarak

Sanayi devrimi sürecinde işçi ve işveren ilişkilerine egemen olan sözleşme serbestisi ilkesi, işçileri koruma önlemlerinden yoksun, uzun çalışma süreleri ve yetersiz sefalet ücretleri ile çalışmak durumunda bırakmıştır. Bu dönemde ortaya çıkan sosyal çatışma ve sorunlar, iki tarafın eşitliğini temel alan sözleşme serbestisinin işçi ve işveren ilişkileri bakımından sorgulanmasına yol açmıştır. Nitekim sözleşme yapan iki tarafın arasındaki belirgin bir ekonomik eşitsizliğin söz konusu olduğu bir durumda, sözleşme serbestisinin sadece teorik kalacağı ve güçsüzün güçlü olan tarafça sömürülmesine yol açacağı görülmüştür¹. Bu aşamada bir yandan, sanayileşen devletler konuya müdahale etmiş ve sözleşme serbestisini kısıtlayan emredici kurallar getirilmiş, öte yandan da, bilinçlenen ve örgütlenen işçiler çalışma koşullarının belirlenmesinde işveren karşısında önemli bir pazarlık gücüne kavuşmuştur. Yasal düzenlemelerin yanında, sosyal tarafların yaptıkları toplu iş sözleşmeleriyle biçimlenen bu normatif yapı, işçi ve işveren ilişkilerini sözleşme serbestisi ilkesine göre düzenleyen borçlar hukukundan ayırarak modern anlamda iş hukukunu ortaya çıkarmıştır².

* Marmara Ün. Hukuk Fak. İş Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ J.Savatier, La liberté dans le travail, Droit social, Janvier 1990, 50.

² İş hukukunun gelişimi için bkz. N.Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, 4; Tunçomağ/Centel, İş hukukunun Esasları, İstanbul 2005, 14 vd; S.Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2005, 7 vd; Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, 5 vd; Javillier, Manuel de Droit du Travail, LGDJ Paris 1998, 21 vd.; Pélissier/Supiot/Jeamnaud, Droit du Travail, Dalloz 2002, 8 vd.

İş hukuku, günümüzde de varlığını işçinin korunması ilkesine bağlı olarak sürdürmektedir. İşçinin korunması ise tarafların sözleşme serbestisini kısıtlayan emredici hukuk kuralları ile hayata geçirilmektedir. Nitekim, iş mevzuatında yer alan düzenlemelerin büyük çoğunluğu emredici niteliktedir. Aynı şekilde toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmeleri üzerindeki doğrudan ve emredici etkisi 2822 sayılı Yasada açıkça tanınmıştır (TSGLK m.6/I).

Bir hükmün emredici olması, buna aksi yolda bir hukuki işlemde bulunmamayı gerektirir. Söz konusu hukuki işlem, iki taraflı bir hukuki işlem, yani bir sözleşme olabileceği gibi, tek taraflı bir nitelik de taşıyabilir. Dolayısıyla, emredici hükümleri sadece iki taraflı işlemlere, yani sözleşmelere özgüleyerek, bunları “aksi kararlaştırılmaz” düzenlemeler olarak anlamak isabetli değildir. Zira hukuki işlemler sözleşmelerden ibaret olmayıp, emrediciliğin etkileri de sözleşme serbestisinin sınırlandırılması ile kısıtlı değildir³.

Yasakoyucunun emredici nitelikte hukuk kuralları getirmesinin ardında, belirli bir menfaati koruma düşüncesi vardır. Bu menfaat, toplumsal ve genel bir nitelikte olabileceği gibi, doğrudan şahıslara da ilişkin olabilir⁴. Emredici hukuk kuralı ile korunan menfaatin niteliği, bunun yapısını ve hükümlerini de etkileyebilir. Nitekim, iş hukukuna yön veren temel ilkelerin başında gelen işçinin korunması düşüncesi⁵, söz konusu amaca yönelik emredici hukuk kurallarını kendine özgü bir değişime uğratmış⁶ ve bunların birçoğuna *nispi emredici* bir nitelik kazandırmıştır. Gerçekten, nispi emredici nitelikteki yasa hükümlerinin, gerek toplu iş sözleşmesi gerekse de iş sözleşmesi ile işçinin lehinde olmak üzere değiştirilmesi ve düzenlenebilmesi mümkündür⁷. Nitekim, Fransız Hukukunda, tarafların işçi lehinde olmak üzere değişiklik ve düzenleme yapabileceği bu gibi

³ Bkz. K.Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1985, 62-63; A. Zevkliler, Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Diyarbakır 1986, 13-14.

⁴ Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, 62-63; A.Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul 1980, 221-222; R. Kaynar, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1978, 24-26.

⁵ Bkz. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 17 vd; Süzek, İş Hukuku, 15-16; S. Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, Legal Yay., İstanbul 2005, 23-24; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2005, 9-10; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi iş ilişkileri I, 6 vd.

⁶ Süzek, İş Hukuku, 28.

⁷ M.Despax, Négociations, Conventions et Accords Collectifs, Droit du Travail, Paris 1989, 90 vd; M.Rotschild-Souriac, Les Accords Collectifs au Niveau d'Entreprise, Paris 1986 (dok. tezi), 883 vd; F.Saramito, Les Accords Dérogatoires, Dr. Ouvrier, Juillet 1990, 253; T.Esener, İş Hukuku, Ankara 1978, 417-418; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 17 vd; Süzek, İş Hukuku, 28; İ.Erkul, Türk İş Hukuku Dersleri, 275 Sayılı Grev ve Lokavt Kanunu Uygulaması Eskişehir, 1976, 48-49; S.Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukda Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1967, 71-72; aynı yazar, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 86-87; T.Centel, İş Hukuku, İstanbul 1994, 38; 27; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi iş ilişkileri I, 13-14; F.Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 179-180; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 11-12.

hükümlere “sosyal kamu düzenine ilişkin hükümler” adı verilmektedir⁸. Sosyal kamu düzeni deyimi, iş hukukunun kendine özgü, işçiyi koruyucu özelliğini ve bu hukuk dalının “sosyal” niteliğini yansıtmaktadır⁹.

Belirttiğimiz gibi, iş hukukunda emredici hukuk kurallarının yapısını kendine özgü biçimde değişime uğratan ve bunlara nispi emredici bir nitelik kazandıran, işçinin korunması amacıdır. İşçinin korunmasının iş hukukunun temel ilkesi olduğu dikkate alındığında, bu hukuk düzeni içindeki normların kural olarak “nispi emredici” olacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak iş hukukunda kimi zaman işçinin menfaatinin dışında menfaatler gözetilebilmekte ve bu durumda da işçi lehinde düzenleme yapılması olanağının ortadan kalkması söz konusu olabilmektedir. İstisnai nitelikte de olsa, işçi lehinde düzenleme yapılmasına izin vermeyen ve “mutlak emredici” olarak nitelenen bu düzenlemelerin dayandığı esaslar hukukumuzda etraflıca incelenmiş değildir. Çalışmamızda, mevzuatımızda yer alan mutlak emredici hükümler ve bunlara temel oluşturan düşünceler çağdaş iş hukukundaki gelişmeler ışığında değerlendirilecektir.

II. Mutlak Emredici Hükümlerin Anlamı

Nispi emredici hükümlerin sözleşmelerle işçi lehinde olmak kaydı ile değiştirilebilmeleri mümkündür. Örneğin nispi emredici olduğuna kuşku olmayan yıllık izin sürelerinin, asgari ücretin sözleşmelerle artırılması hukuka uygun ve geçerlidir. Buna karşılık mutlak emredici nitelikteki yasa hükümleri¹⁰ konusunda tarafların, işçi lehinde de olsa bir düzenleme yapma

⁸ Brun/Galland, Droit du Travail, Les Rapports Collectifs de Travail, Paris 1978, 131; Canet, L'Ordre Public Absolu en Droit du Travail, mém. DEA, İETL, 1996-1997,4; M.Bonnechere, L'Ordre Public en Droit du Travail, Légitime Résistance du Droit du Travail a la Flexibilité, Dr. Soc, Janvier 1990, 172; Roses, Remarques sur L'Ordre Public en Droit du Travail, 311, Dr. Soc, Sept-Octobre 1977, 313; G.Lyon-Caen, La Bataille Truquée de la Flexibilité, Dr. Soc. Decembre 1985, 807; aynı yazar, Négociation Collective et Législation d' Ordre Public, Dr. Soc. Fevrier 1973, 90; M.Poirier, La Clause Derogatoire in Pejus, Dr. Soc, Novembre 1995, 886; Rotschild-Souriac Le Controle de la Légalité Interne des Conventions Collectives, 400; aynı yazar, dok tezi, 883; Fieschi-Vivet, Droit du Travail, 39-40; Chalaron, kamu düzeni kavramını sosyal ve mutlak kamu düzeni olarak ikiye ayırmayı tartışılabilir nitelikte bulmaktadır, bkz. L'Accord Dérogatoire en Matière de Temps de Travail, 357-359.

⁹ Javillier, Manuel de Droit du Travail, 111-112; Roses, Remarques sur L'Ordre Public en Droit du Travail, 311.

¹⁰ Mutlak emredicilik, hukukumuzda ancak yasa hükümleri açısından söz konusu olabilir. Buna karşılık toplu iş sözleşmesi hükümlerinin mutlak emredici bir nitelik taşıması mümkün değildir. Zira 2822 sayılı Yasada, yararlılık ilkesi (m.6/II) emredici bir hukuk kuralı olarak düzenlenmiştir (M.Ökonomi, Toplu İş Sözleşmesinin Niteliği, Hükümleri, Uygulanma Alanı ve Sona Ermesi Konusunda Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Toplu İş İlişkilerini Düzenleyen Yeni Yasalar Karşısında Önceki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 1984, 65-66; P. Soyer, Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi, Ankara 1991, 18-20). Buna göre toplu iş sözleşmesi taraflarının, iş sözleşmeleriyle getirilebilecek işçi lehindeki

yetkileri bulunmamaktadır. Mutlak emredici kurallar, tarafların sözleşme özgürlüğünü kesin bir biçimde sınırlayan, işçi lehinde de olsa düzenleme getirmenin mümkün olmadığı hükümlerdir¹¹. Fransız Hukukunda, sözleşme taraflarının işçinin lehinde de olsa değişiklik yapamayacağı bu gibi hükümler, mutlak kamu düzenine (*ordre public absolu*) ilişkin düzenlemeler olarak adlandırılmaktadır¹².

Söz konusu tanımlama, kısmen doğru olsa da kanımızca tam anlamıyla yeterli değildir. Gerçekten, emredici nitelikteki hükümlerin ardında, sadece kamu düzeninin, yani toplumsal menfaatlerin korunması düşüncesi yoktur. Toplumsal menfaatlerin ötesinde doğrudan şahısların menfaatlerin korunması da mutlak emredici bir düzenleme getirilmesinin ardında yatan neden olabilir¹³.

Kanımızca, iş hukukunda, mutlak ve nispi emredici olarak tanımlanan hukuk kurallarını, işçi ve işverenin karşılıklı sözleşmesel ilişkilerine özgülemek, kavramların daha belirgin biçimde ortaya konulması açısından uygun olacaktır. Nitekim, işçi ve işverenin karşılıklı ilişkilerinin dışında, örneğin işverenin devletle olan ilişkisini düzenleyen hukuk kuralları, mutlak-nispi emredici hükümler ayırımı çerçevesinde ele alınmamalıdır. Gerçekten, işverenin devlete karşı olan yükümlülükleri ve bunlara bağlanan cezai

düzenlemeleri engelleme olanakları bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, toplu iş sözleşmesiyle öngörülen haklar bireysel iş sözleşmeleriyle daima artırılabilir ve toplu iş sözleşmesi taraflarının bunun önüne geçemezler. 2822 sayılı yasada düzenlenen yararlılık ilkesinin (m.6/II) emredici bir hukuk kuralı olarak kabulü çağdaş iş hukuku anlayışına uygun ve isabetli olmuştur (*Soyer, Yararlılık İlkesi*, 20; aksi yönde: *Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi*, 113, dn. 11). Nitekim, İsviçre, Fransız ve Alman Hukukunda yararlılık ilkesi emredici olarak nitelenmektedir. Bkz. *O.Arregger, Die Normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhaeltnis zum Einzelarbeitsvertrag*, Diss Zürich 1974, 104 vd; *G.Aubert, Les Sources du Droit du Travail en Suisse, Les Sources de Droit du Travail*, sous la direction de B. Teyssié, Puf 1998, 119; *G.Borenfreund, L' Articulation du Contrat de Travail et des Normes Collectives*, Dr. Ouvrier, Dec. 1997, 518; *Chevillard*, mutlak emredici nitelikte kural koyma yetkisinin yalnızca yasa koyucuya ait olduğu da ifade etmektedir (L'Application de la Disposition Plus Favorable, *Mélanges Lyon-Caen, Dalloz* 1989, 363); *Hueck/Nipperdey/Stahlhacke, Tarifvertragsgesets (Kommentar), München/Berlin* 1964, 287; *Wlotzke, Günstigkeitsprinzip im Verhaeltnis des tarifvertrages zum Einzelarbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung*, Heidelberg 1957, 24; *Wiedemann/Stumpf, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München* 1977, 530-531.

¹¹ *S.Reisoğlu*, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasau Şerhi, Ankara 1986, 85-86; *A.Güzel*, İHU, İş K. m.13 (No.12); *T.Centel*, İş Hukuku, İstanbul 1994. 37; *Şahlanan*, Toplu İş Sözleşmesi, 178-179; *Ö.Ekmekçi*, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, 62-63; *M.Engin*, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, dok. tezi, Ankara 1998, 217.

¹² Bkz. *Keller/Lyon-Caen, Droit du Travail (Les Sources)*, Recueil Dalloz (Travail), 1 Janvier 1992.; 16; *Rotschild-Souriac, Les Accords Collectifs au Niveau d'Entreprise*, Paris 1986 (dok. tezi), 797 vd; *Fieschi-Vivet, Droit du Travail*, 2. Edition, Sirey 1997, 40; ayrıca bkz. *A.Canet, L'Ordre Public Absolu en Droit du Travail*, mém. DEA, IETL, 1996-1997.

¹³ İşverenin menfaatlerini gözetken mutlak emredici düzenlemeler buna örnek gösterilebilir. Bkz. aşağıda III, 2, c.

yaptırımlar dikkate alındığında, burada genel (veya geleneksel) anlamda emredicilikten söz etmek daha isabetli olur¹⁴. Burada işçi lehinde düzenleme olanağı (nispi emredicilik) ya da işçi lehinde de olsa düzenleme yapma serbestisinin kısıtlanması (mutlak emredicilik) söz konusu değildir.

Öğretide ise, mutlak emredicilik kavramının genel olarak emredicilikle aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak, birbirinden belirgin farklılıklarla ayrılan hukuki düzenlemeler aynı kapsam içinde ele alınabilmektedir. Oysa, işçi lehinde sözleşme yapma serbestisini kısıtlayan, bizim mutlak emredici olarak tanımladığımız düzenlemeler (örneğin İş K. m.21/son) ile genel anlamda emredici olarak nitelediğimiz hükümler (örneğin İş K. m.3) arasında, gerek mantık gerekse de uygulanacak yaptırımlar bakımından belirgin farklılıklar vardır. Bu farklılıkları ortaya koyabilmenin bilimsel yolu kavramları sınıflandırarak incelemektir¹⁵.

Belirtmek gerekir ki, bir hükmün emredici sayılmasının sonucu sadece buna aykırı sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılması değildir¹⁶. Yani emredici bir düzenleme sadece sözleşme serbestisine yönelik bir sınırlama getirmez. Emredicilik, sözleşmeler, yani iki taraflı işlemlerin dışında tek taraflı işlemlere ilişkin de söz konusu olabilir¹⁷.

Mutlak emredicilik ise, kanımızca genel anlamda emredicilik üst kavramı içinde yer alan ve sadece iki taraflı işlemlere, yani sözleşmelere ilişkin bir alt kavram olarak düşünülmelidir. Nitekim, mutlak emredici hükümler kimi yazarlarca “iki taraflı emredici” olarak da nitelenmektedir¹⁸. İki taraflı emredicilikten bahsedebilmek için öncelikle “iki taraf” olması gerekir. Bu da bir sözleşmeden söz etmeyi zorunlu kılar. Dolayısıyla, bize göre mutlak emredici hükümleri, sözleşme serbestisini iki taraflı olarak sınırlayan düzenlemeler olarak tanımlamak kavramlara açıklık kazandırmak açısından daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Buna göre, biz emredicilik kavramını bir üst kavram olarak ele alıyor ve gerek tek yanlı gerekse de iki yanlı işlemler için bu kavramın kullanılması gerektiğini düşünüyoruz. Nispi emredicilik kavramını, işçi lehinde düzenleme yapmaya izin veren, mutlak emredicilik kavramını ise, bunun karşıtı, yani işçi lehinde düzenleme yapmaya izin vermeyen hükümlere ilişkin olarak kullanıyoruz.

¹⁴ İşyerinin bildirilmesine ilişkin 4857 sayılı iş yasasının 3. maddesi buna örnek gösterilebilir. Burada, işverenin idareye bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu hükmün işçi ve işverenin sözleşme serbestisi ile bir ilgisi yoktur. Doğrudan işverenin idareyle ilişkisi söz konusudur. Nitekim, anılan hükme aykırılık m.98 uyarınca işverene idari yaptırımlar uygulanması sonucunu doğurur.

¹⁵ İsviçre hukukunda G.Aubert, nispi emredici hükümleri dahi kendi içinde sınıflandırarak ve ayrımlara tabi tutarak incelemektedir. Bkz. Les Sources Du Droit Du Travail En Suisse, Les Sources Du Droit Du Travail, Paris 1998, 125.

¹⁶ Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, 62, dn.40

¹⁷ Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, 62-63.

¹⁸ Özellikle Alman Hukukçularının bu deymi kullandığı görülmektedir. Bu konuda bkz. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 19 dn.11 ve burada yollama yapılan yazarlar.

III. Mutlak Emredici Hükümlerin Amacı

1. Genel Olarak

İş hukukunda bir yasa hükmünün işçi lehinde de olsa düzenlemeye izin vermemesi, bunun koruduğu menfaatle açıklanabilir. Nitekim, mutlak emredici olarak nitelenen hükümler belirli bir menfaati işçinin korunması amacının üzerinde tutar. Mutlak emredici hükümler kapsamında ele alınan düzenlemeler bütünlük içinde ele alındığında, bunların korumaya çalıştığı menfaatleri aşağıdaki şekilde sınıflandırmak mümkündür.

2. Mutlak Emredici Hükümlerle Korunan Menfaatler

a) *Toplumsal menfaat*

Mutlak emredici bir düzenleme, işçi ve işveren ilişkilerinin ötesinde toplumsal bir menfaati koruma amacına yönelmiş olabilir. Dolayısıyla, bu konuda yasanın çizmiş olduğu sınırların dışına çıkılması, işçi tarafının yararına olmakla birlikte toplumsal menfaate zarar verici sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Bu düzenlemelerin tipik örneği, Fransız Hukukunda yer alan endeksleme yasaklarıdır. Gerçekten Fransız Hukukunda toplu iş sözleşmeleri ile getirilen ücret zamlarının, fiyat endekslerine bağlı tutulması yasaklanmıştır¹⁹. Fransız hukukunda, artan hayat pahalılığı karşısında ücretler, endeksleme yönteminden çok revizyon koşulları ile korunmayla çalışılmaktadır. Buna göre, tarafların fiyatlarda belli bir artış olursa, biraraya gelip toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapmaları söz konusu olmaktadır. Toplu iş sözleşmelerine yasaklama getiren hükmün amacının ise bu tip hükümlerin enflasyonist etki yarattığı savıdır²⁰. Toplumsal menfaati gözetme düşüncesi konusunda verilebilecek bir diğer örnek yabancıların çalışmalarına ilişkin yasak ve sınırlamalardır. Nitekim, yabancıların çalışma haklarına ilişkin düzenlemelerin ardında toplumun korunması mantığı vardır²¹. İsviçre Borçlar Yasasının 325. maddesinin 2. fıkrası, 331. maddesinin 1 ve 2. fıkrası ve 342. maddesinin 2. fıkrasının toplumsal menfaatin korunması amacına yönelik olduğu belirtilmektedir²².

b) *Üçüncü kişilerin menfaati*

İkinci olarak, işçi ve işveren ilişkilerinin ötesinde, üçüncü kişilerin menfaatlerine ilişkin düzenlemeler de mutlak emredici olarak

¹⁹ N. Aliprantis, La Place de la Convention Collective dans la Hiérarchie des Normes, Paris 1980, 180--181; M. Despax, Négociations, Conventions et Accords Collectifs, Droit du Travail, Paris 1989, 98.

²⁰ Bkz. Despax, Négociations, Conventions et Accords Collectifs, Droit du Travail, 98; A.Canet, L'Ordre Public Absolu en Droit du Travail, mém. DEA, IETL (Lyon), 1996-1997, 21; Aliprantis, La Place de la Convention Collective dans la Hiérarchie des Normes, 181-182.

²¹ Pélissier/Supiot/Jeamnaud, Droit du Travail, 159-160.

²² Wyler, Droit du Travail, Berne 2002, 63.

vasıflandırılabilir. Bu anlamda, üçüncü kişilerin menfaat alanını olumsuz biçimde etkilenenler ise tarafların bu konuda sözleşme serbestisi söz konusu olmayacaktır. Nitekim, icra ve iflas hukuku bakımından işçi alacaklarının sırasına ilişkin düzenlemeler bu nitelikte sayılabilir (İİK m.206, m.207). İşçi ve işverenlerin karşılıklı anlaşma ile bu sırayı değiştirmeleri, örneğin işçi ücretlerini rehinli alacaklar üzerine çıkarmaları mümkün değildir²³.

c) İşverenin menfaati

Mutlak emredici hükümlerle işçi ve işveren ilişkilerinde işverenin de menfaatlerinin gözetilmesi ve bu şekilde denge sağlanması amaçlanabilir. Bu nitelikte kabul edilen hükümlerin işçi lehinde olacak biçimde değiştirilmesinin sakıncalı sonuçlar ortaya çıkaracağı, özellikle taraflar arasındaki dengeyi bozacağı ve sonuçta işverenin temel haklarının kullanılmaz hale getireceği düşünülür. Nitekim İsviçre Hukukunda, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçilere fazla çalışma yaptırma olanağının ortadan kaldırılamayacağı (m.321c), yine şartlar gerçekleşmiş ise işverenin bildirimsiz fesih hakkının ortadan kaldırılamayacağına ilişkin hükümler (337/2)²⁴ bu mantığa dayalı olarak getirilen düzenlemelere örnek olarak gösterilmektedir²⁵.

Hukukumuzda da bu düşünceyle getirilen düzenlemeleri tespit etmek mümkündür. Nitekim, 2248 sayılı işçilere toplu iş sözleşmeleri ile verilecek ikramiyeler hakkındaki yasa, toplu iş sözleşmeleri ile getirilebilecek ikramiye sayısını dört ile sınırlamıştır (6772 sayılı yasa ek m.1, 2). Öğretide, bu düzenlemenin toplu iş sözleşmeleri ile getirilen ikramiyelerin sayısının çok artması ve böyle bir uygulamanın ikramiye kavramının niteliği ile bağdaşmaması gerekçesiyle getirilmiş olduğu belirtilmektedir²⁶. Söz konusu düzenleme mutlak emredici bir nitelik taşımaktadır²⁷. Buna göre daha fazla ikramiye ödenmesini öngören bir sözleşme hükmü, işçi lehinde olduğu kuşkusuz olmakla birlikte geçersiz olacaktır.

4857 sayılı Yasanın 21. maddesinin son fıkrası, açık bir biçimde işverenin menfaatleri gözetilerek denge sağlanması amacına yönelmiştir. İşçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın sona erdirilmesi durumunda işverenin karşılaştığı tazminatları belirleyen 21. maddenin son fıkrasına göre, “...*Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir*”. Buna göre, toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile, 21.

²³ Bkz. *Aliprantis*, La Place de la Convention Collective dans la Hiérarchie des Normes, 186; *Canet*, 20-21.

²⁴ Bkz. G. *Aubert*, Les Sources Du Droit Du Travail En Suisse, Les Sources Du Droit Du Travail, Paris 1998, 125.

²⁵ İsviçre Borçlar yasasının 321c maddesinin 1. Fıkrası, 329d maddesinin 2 ve 3. Fıkrası, 337.maddesinin 2. fıkrası bu temele dayanan düzenlemelerdir (*Wylar*, Droit du Travail, 63).

²⁶ *Süzek*, İş Hukuku, 284-285; bkz. *Mollamahmutoglu*, İş Hukuku, 373.

²⁷ *Süzek*, İş Hukuku, 30.

maddenin 2. fıkrasında öngörülen tazminatın arttırılması söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde, işçinin boşta geçen süreye ilişkin ücret istemi en fazla dört aya kadar olabilecek bunun ötesinde bir kararlaştırma geçersiz olacaktır. Anılan hükmün mutlak emredici olduğu açıktır²⁸.

Kıdem tazminatına ilişkin düzenlemenin niteliği de konumuz bakımından özel bir önem taşımaktadır. Gerçekten 1475 sayılı Yasa döneminde kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddenin 98. maddede yer alan ceza yaptırımına bağlanması karşısında öğretide bu hükmün mutlak emredici bir nitelik kazandığı ileri sürülmüş²⁹, Yargıtay içtihadı da bu görüş çizgisinde oluşmuştur. Nitekim Yüksek Mahkeme, istifa halinde kıdem tazminatı ödenmesini öngören toplu iş sözleşmesi hükümlerini geçersiz saymış, kıdem tazminatının hesaplanmasında mevsimlik çalışmaların tam yıl olarak kabul edilmesine, altı ayı aşan sürelerin bir yıl olarak kabul edilmesine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerine geçerlilik tanımamıştır³⁰. Buna karşılık, 4857 sayılı yasada, 98. madde benzeri bir düzenlemeye yer verilmediğinden, bu maddenin tümüyle mutlak emredici nitelik taşıdığı yolundaki görüşlerin terkedilmeye başlandığı görülmektedir³¹. Ancak kıdem tazminatının tavanına ilişkin düzenlemeyi mutlak emredici olarak niteleyen görüşler yeni iş yasası döneminde de ağırlığını korumaktadır³².

IV. İşçiyi Koruma Amacı ve Mutlak Emredici Hükümler İlişkisi

Mutlak emredici hükümler, toplumun, üçüncü kişilerin veya işverenin menfaatlerini koruma hedefine yönelmişken, nispi emredici düzenlemelerin ardında doğrudan işçinin korunması anlayışı vardır. Nitekim amaç işçinin korunması olduğunda, işçiyi daha fazla koruyan sözleşme hükümlerinin önünün kapatılması iş hukukunun temel amaç ve mantığına uygun düşmez. Bu aşamada, iş ilişkisine uygulanacak kuralların çatışmasında, işçinin daha lehinde olan hukuk kuralı uygulanma olanağı bulur. Nitekim, Fransız İş Kodunda açık bir şekilde “*toplulu iş sözleşmesi yürürlükteki kanun ve düzenlemelere göre işçinin daha lehinde hükümler taşıyabilir*” hükmüne yer verilmiştir (L.134-2)³³. Hukukumuzda ise, yararlılık ilkesi toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi ilişkisi bakımından düzenlenmiş (TSGLK

²⁸ Çelik, İş Hukuku Dersleri, 222; Süzek, İş Hukuku, 30.

²⁹ Bkz. F. Şahlanan, İHU, İş K. m.14 (No. 25); M. Ekonomi, İş Hukuku, İstanbul 1984, 405 vd.; M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, 284 vd.; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi iş ilişkileri I, 627.

³⁰ Yargıtay kararlarının gelişimi için bkz. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 293.

³¹ Bkz. aşağıda VI, 2, d.

³² Bkz. aşağıda VI, 2, d.

³³ Kanun hükümlerinin toplu iş sözleşmesi ile işçi lehinde değiştirilmesi ile ilgili olarak Fransız Yargıtayı çok sayıda karar vermiştir. Örneğin, işçilerin izinlerini kısaltan, yasal fesih tazminatlarını yasal düzenlemelere göre sınırlayan, işyeri temsilcilerinin görevlerine ilişkin serbestilerini kısıtlayan, işe girişte azami bir çalışma yaşı getiren sözleşme hükümleri işçinin aleyhinde ve geçersiz olarak değerlendirilmiştir (kararlar için bkz. Robin, Principe de Faveur, mém. DEA, İETL, Lyon 1996-1997, 6-7).

m.6/II) ancak yasal düzenlemeler ve sözleşmesel hükümler arasındaki ilişki bakımından Fransız İş Kodundaki gibi açık bir hükme yer verilmemiştir. Böyle bir açıklık olmasa dahi, yararlılık ilkesinin burada da uygulama olanağı bulacağı kabul edilmelidir³⁴.

İşçiyi koruma amacına dayalı normların ifade biçimi olumlu ise, genel olarak bu hükmü nispi emredici olarak nitelendirmek bir sorun teşkil etmemektedir. Örneğin işçilere verilecek yıllık izin sürelerini belirleyen düzenlemede öngörülen izin gün sayısının arttırılabileceği kolayca söylenebilir. Buna karşılık, iş mevzuatımızda yer alan bazı düzenlemelerin ifade biçiminden hareketle, bunların mutlak emredici olduğu öne sürülebilmektedir³⁵. Oysa, bir hükmün mutlak emredici olup olmadığı belirlenmesinde söz konusu hükmün ifadesinden çok izlediği amacının dikkate alınması gerekir³⁶. Ancak, yasaklayıcı ve sınırlayıcı bir ifade taşıyan hükümlere ilişkin olarak işçi lehinde de olsa farklı düzenleme getirilip getirilemeyeceği duraksama yaratacaktır. Bu durumda da söz konusu hükmün kategorik olarak mutlak emredici olarak nitelendirilmemesi ve yine normun izlediği amaçtan hareket edilmesi uygun olur. Nitekim, yukarıda da görüldüğü üzere, iş mevzuatında yer alan bazı düzenlemelerin, örneğin yabancıların çalışmaları konusunda getirilen yasak ve sınırlamaların ardında toplumsal menfaatin korunması düşüncesi vardır. Dolayısıyla, bu düzenlemeler mutlak emredici hükümler kategorisi içinde alınmalıdır. Buna karşılık, iş hukukunda yer alan yasaklayıcı düzenlemelerden bazıları ise farklı bir mantığa dayanır. Örneğin “*Emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamaz*” (İş K. m.32/III) hükmü tamamen işçiyi koruma amacına yönelik bir düzenlemedir. Amaç işçinin korunması ise, kanımızca ifade biçimi nasıl olursa olsun bu düzenleme artık sosyal kamu düzenine ilişkin ve nispi emredici normlar kategorisi içinde değerlendirilmelidir.

Önemle vurgulamak gerekir ki, ücretin bono, kupon veya senetle ödenmeyeceğine ilişkin hükmü nispi emredici olarak nitelendirmek, bunun aksinin kararlaştırılabileceğini söylemek anlamına da gelmemektedir. Zira söz konusu düzenleme ücretin para ile ödeneceğini tamamlayan ve açıklayan bir hükümdür. Yararlılık ilkesinin uygulanması açısından bakıldığında, ücretin bono, kupon ve senetle ödenmesinin işçinin lehinde olacağı sonucuna hiçbir biçimde ulaşamaz. Para dışındaki araçlarla yapılan ödemelerin

³⁴ Bkz. *Esener*, İş Hukuku, 417-418; *Erkul*, 48-49; *Reisoğlu*, Toplu İş Sözleşmeleri, 71-72; aynı yazar, *Şerh*, 86-87; *Şahlanan*, Toplu İş Sözleşmesi, 179-180.

³⁵ Öğretide, bir yasa hükmünün metninde yer alan “zorunludur”, “mecburidir”, “geçersizdir”, “hüküm ifade etmez” gibi ibarelerin, bunların emredici niteliği konusunda bir delil olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Bu yolda bkz. *Reisoğlu*, *Şerh*, 85-86; *Ekmeççi*, *Düzenleme Yetkisi*, 63; *Centel*, *İş Hukuku*, 37.

³⁶ *Süzek*, *İş Hukuku*, 31.

işçinin aleyhine olduğu açıktır. Dolayısıyla, söz konusu hüküm nispi emredici olarak nitelendiğinde de ulaşılabilecek sonuç farklı olmamakta, ücretin para ile ödenmesinin işçinin lehinde olduğu, bunun dışındaki ödeme yöntemlerine ilişkin anlaşmaların yararlılık ilkesi gereği geçersiz sayılacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Yasakoyucunun ücretlerin para dışındaki araçlarla ödenmesinin engellemesindeki amacı, yararlılık ilkesinin uygulanmasının önüne geçmek değil, aksine işçi lehinde olacak durumu önceden tespit ederek ücretin para ile ödeneceğine ilişkin hükme açıklık kazandırmaktır.

Yasakoyucunun belirli bir durumu işçinin daha lehinde kabul ederek düzenleme getirmesine ilişkin başka örnekler de verilebilir. Nitekim, yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceğine (m.53/II) ve iznin bölünemeyeceğine (m.56/I) ilişkin hükümler de bu niteliktedir. Gerçekten, işçilere yıllık izin verilmesinde amaç işçinin sağlığının korunması ve dinlenme hakkının hayata geçirilmesidir. Bu noktada tartışma yaratan husus, iş sözleşmesi süresince işçinin yıllık izne fiilen çıkmaktan vazgeçerek bunun parasal karşılığını alıp alamayacağıdır. Yıllık izinden vazgeçilemeyeceğine dair hiçbir düzenleme olmasa dahi, yararlılık ilkesinin uygulanması ile işçinin yıllık izin karşılığını paraya tercih edemeyeceği, Alman hukukçularının deyimiyle “*iznini satamayacağı*” sonucuna ulaşmak gerekir. Benzer şekilde, iznin küçük zaman dilimlerine bölünmesi, işçinin belirli bir süre boyunca kesintisiz şekilde dinlenmesine engel olur. Yıllık iznin fiilen kullanılması ve bölünmemesi objektif olarak işçinin daha lehinde bir durumdur. Başka bir anlatımla, işçinin yıllık izin karşılığını parayla değiştirebileceği, ya da bölünmesi kendi sübjektif tercihi dahi olsa, objektif bakımından bu durum lehinde olmadığı için geçerli kabul edilemez³⁷. Dolayısıyla, hukukumuzda yer alan yıllık izin hakkından vazgeçilemeyeceğine ve yıllık iznin bölünemeyeceğine ilişkin hükümler, işçi lehinde getirilebilecek düzenlemeleri engelleyen “*mutlak emredici*” normlar olarak nitelenemez³⁸. Burada yasakoyucu, yararlılık ilkesinin uygulanmasıyla ulaşılabilecek olan sonuçlara açıklık kazandırmakta, yani yıllık iznin fiilen ve kesintisiz biçimde kullanılmasının işçinin lehinde olduğunu ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, iş mevzuatındaki normların birbiri ile ilişkisini, bütünlüğünü ve amaçlarını gözardı ederek, bunları tek başlarına ele alarak

³⁷ Bu noktada, yararlılık ilkesinin uygulanmasında işçinin sübjektif tercihinin önemli olmadığı, değerlendirmenin tarafsız ve objektif biçimde yapılmasının gerektiği yolundaki esasların bir kez daha altı çizilmelidir. Bkz. Çelik, Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri, 67; Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmeleri, 243; aynı yazar, Şerh, 101; Esener, 409; Soyer, Yararlılık İlkesi, 73; D. Ulucan, İHU, TSGLK m.3 (No.1).

³⁸ Buna karşılık öğretilerde, sözü geçen hükümlerin mutlak emredici olarak vasıflandırıldığı görülmektedir. Bu yolda bkz. T. Çöğenli, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 1983, 73-74; N. Caniklioğlu, İşçinin Yıllık Ücretli İzni Talep Hakkı Ve İzinin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları, Pof. D. Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001, 1147-1149; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 12.

sınıflandırmak isabetli değildir. Buna göre, işçiyi koruma amacına yönelik düzenlemeleri sosyal kamu düzenine ilişkin, nispi emredici hükümler kapsamında ele almak gerekir. Kanımızca, mutlak emredici hükümleri, öğretide bazı yazarlarca anlaşıldığı üzere genel bir biçimde “*aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan düzenlemeler*” olarak tanımlamak uygun değildir. Mutlak emredici hükümleri, yararlılık ilkesinin uygulanmasını ortadan kaldıran düzenlemeler olarak anlamak ve bunlarla sınırlamak daha isabetli bir yaklaşım olacaktır³⁹. Başka bir anlatımla, mutlak emredici bir hükümden söz edebilmek için işçinin daha lehinde bir düzenleme yapmanın mümkün olması ve fakat bunun yasakoyucu tarafından belirli nedenlerle engellenmesi gerekir. Örneğin, iş yasasının 21. maddesinin son fıkrasında olduğu gibi. Buna karşılık, işçilere tanınan haklar ve özellikle bunların kullanım biçimi ile ilgili olarak yasakoyucunun işçiyi koruma düşüncesini gözeterek getirdiği düzenlemeleri, bu haklardan bağımsız şekilde ele alarak değerlendirmek uygun değildir. Yukarıda verdiğimiz örneklerle açıklayacak olursak; yıllık izin hakkından vazgeçilememesi(m.53/II), ya da yıllık iznin bölünememesine (m.58/I) ilişkin düzenlemeler ile İş Yasasının 21. maddesinin son fıkrası arasındaki belirgin farklılığı gözardı ederek tüm bu hükümleri aynı kapsamda sınıflandırmak, kanımızca bilimsel açıdan isabetli bir yaklaşım değildir.

³⁹ Mutlak emredici hükümleri, “*aksinin kararlaştırılması olanağı olmayan*” düzenlemeler olarak ele almanın isabetsizliği, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi ilişkisi ekseninde de açıklanabilir. Nitekim, 2822 sayılı yasada yararlılık ilkesi (m.6/II) emredici bir hukuk kuralı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, sosyal tarafların yararlılık ilkesini bertaraf etmeleri mümkün değildir. Örneğin sosyal taraflar ücretlerin azami miktarını belirleyerek bunun ötesinde iş sözleşmesiyle yapılacak kararlaştırmaların önüne geçemezler (Bkz. *M. Ekonomi, Toplu İş Sözleşmesinin Niteliği, Hükümleri, Uygulanma Alanı ve Sona Ermesi Konusunda Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Toplu İş İlişkilerini Düzenleyen Yeni Yasalar Karşısında Önceki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara 1984, 65-66; P. *Soyer, Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi*, Ankara 1991, 18-20). Buna göre son derece net bir biçimde TİS taraflarının “mutlak emredici” nitelikte düzenleme yapamayacakları sonucu çıkar. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri ya nispi emredicidir, ya da yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Ama, hiçbir şekilde “mutlak emredici” olamaz. Teorik açıdan nispi emredici nitelik taşıyan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin tümü açısından yararlılık ilkesi uygulanma olanağına sahiptir. Ancak pratikte bazı normatif hükümler bakımından yararlılık ilkesinin uygulanması söz konusu olmayabilir. Bunun tipik örneği iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümlerdir (Bkz. P. *Soyer, Yararlılık İlkesi*, Ankara 1991, 45). Buradan hareket ederek uygulama bakımından yararlılık ilkesinin uygulanmasının söz konusu olmadığı hükümleri, bunların “*aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı*” gibi bir gerekçe ile “*mutlak emredici*” olarak vasıflandırmak hatalı bir yaklaşım olur. Böyle bir düşünce, TİS taraflarına sahip olmadıkları bir yetkiyi tanımaktan başka bir anlam ifade etmez. Zira belirttiği gibi, TİS taraflarının mutlak emredici nitelikte normatif hüküm getirebilmek gibi bir yetkileri kesinlikle söz konusu değildir. Nitekim yararlılık ilkesinin emredici bir hukuk kuralı olarak kabul edildiği Fransız hukukunda da, mutlak emredici nitelikte kural koyma yetkisinin yalnızca yasakoyucuya ait olduğu, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hiçbir biçimde bu nitelikte olamayacağı ifade etmektedir (A. *Chevillard, La Notion de la Disposition Plus Favorable*, Dr. Soc, Avril 1993, 363).

V. Çağdaş İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yerine İlişkin Tartışmalar

Yukarıda da görüldüğü gibi, işverenin, üçüncü şahısların menfaatlerinin korunması mutlak emredici bir düzenlemenin gerekçesini oluşturabilmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, mutlak emredici hükümlerin dayandığı bu mantık her zaman tutarlı olmayabilir ve iş hukukunun temel esaslarından biri olan yararlılık ilkesinin uygulanması haksız biçimde kısıtlanabilir. Nitekim mutlak emredici hükümler Batıda da geniş biçimde tartışılmakta ve öğretilerde bunların varlık nedenleri sorgulanmaktadır⁴⁰.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mutlak emredici kurallarının dayandığı temel esaslardan biri olan “*kamu düzeni*” tanımlaması son derece güç bir kavramdır. Kamu düzeni, toplumda kişiden kişiye değişen bir anlam taşıyabilir. Dolayısıyla, kamu düzeni kavramının içeriğinin isabetsiz biçimde doldurulması durumunda, işçi lehinde getirilebilecek düzenlemelerin haksız biçimde önüne geçilmiş olur. Dolayısıyla, mutlak emredici bir kuralın dayandığı kamu düzeni gerekçesi, somut, objektif ve bilimsel bir nitelik taşımamalıdır. Örneğin ekonomik gerekçelerle yasaklayıcı bir norm getirilmiş ise, bu düzenleme bilimsel olarak doğrulanabilir olmalıdır. Nitekim, Fransız Hukukunda, yukarıda da belirtilen, toplumsal menfaati koruma mantığına dayanak endeksleme hükümlerinin isabetli olup olmadığı günümüzde çok tartışmalı bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin dayandığı mantığın iktisat bilimi açısından geçerli olup olmadığı kuşkuludur⁴¹.

Öte yandan, kamu düzeni kavramının sosyal, kültürel, ekonomik ve toplumsal gelişmelerle birlikte kaçınılmaz biçimde değişime uğradığı da bir gerçektir. Örneğin, Türk parasının kıymetinin korunması, önceleri tüm hukuk sistemimizi etkileyen önemli bir ekonomik kaygı iken, zamanla bu konuda önemli değişimler yaşanmış ve iş hukuku alanında da bu gelişimin yansımaları olmuştur⁴². Dolayısıyla, kamu düzenine dayalı mutlak emredici kurallar, toplumsal değişimle birlikte eşzamanlı olarak yasakoyucu tarafından değiştirilmediği takdirde, hukukun nihai hedefi olan adaletin sağlanması olanağı ortadan kalkar.

Toplumsal menfaati gözetmeye yönelik olarak getirilen mutlak emredici düzenlemeler belirttiğimiz koşulları taşımak koşulu ile yerinde görülebilir.

⁴⁰ Bkz. G.Lyon-Caen, *Négociation Collective et Législation d' Ordre Public*, 90; aynı yazar, *La Bataille Truquée de la Flexibilité*, 807; Keller/Lyon-Caen, *Droit du Travail (Les Sources)*, 16; Rotschild-Souriac, dok tezi, 797 vd.; Fieschi-Vivet, *Droit du Travail*, 40; Canet, *L'Ordre Public Absolu en Droit du Travail*, 5 vd.; Henot, *La Renonciation du Salarié*, dok. tezi, Amiens 1996, 212 vd.

⁴¹ Aliprantis, *La Place de la Convention Collective dans la Hiérarchie des Normes*, 186 vd.

⁴² Bkz. F.Şahlanan, *Yabancı Para Borcu ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Borcu Olarak Belirlenmesi ve Ödenmesi*, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 460 vd.

Ancak, işverenin menfaatini korumak amacıyla mutlak emredici hükümler getirilmesi, kanımızca kolayca kabul edilebilecek bir durum değildir. Öncelikle, iş ilişkisinde güçlü olan tarafın işveren olduğu ve bunun sonucunda en azından bireysel iş sözleşmesi düzeyinde işverenin istemediği bir koşulu kabul etmeye zorlanmasının pek gerçekçi olmadığını kabul etmek gerekir. Kollektif düzeyde dahi, işçi sendikasının işverenden daha güçlü bir konumda olduğu söylenemez. Dolayısıyla, konum olarak güçlü taraf olan işverenin bir de yasakoyucu tarafından ayrıca kollanabileceğinin kolay bir şekilde kabul edilmemesi gerekir. İş ilişkisinde işverenin istemediği bir konuda kendisini ve işletmesinin menfaatlerini koruyabileceği ve işçi tarafının taleplerini reddedebileceği açıktır. Bu aşamada, yasakoyucunun devreye girerek, menfaat dengesinin sağlanması adına işçi tarafının taleplerine set çekmesi durumunda, kanımızca son derece haklı bir gerekçesi olması gerekir.

Buna karşılık aşağıda da inceleneceği üzere, işverenin menfaatlerini korumak amacıyla getirilen mutlak emredici düzenlemelerde bu derece haklı gerekçeleri tespit edebilmek mümkün olmamaktadır. Kanımızca, işçi lehinde getirilen bir düzenlemenin işverenin menfaatlerine zarar verdiği gerekçesiyle geçersiz sayılması sonucunu doğuran mutlak emredici düzenlemeler getirmek yerine, sorunu yargısal denetimle çözmek daha uygun bir yaklaşım olur. Nitekim, fesih hakkını aşırı biçimde sınırlayan cezai şartları tenkise tabi tutmak, işverenin fesih hakkını tamamen ortadan kaldıran düzenlemeleri geçersiz saymak genel hükümler uyarınca olanaklıdır⁴³.

VI. Türk İş Hukukunda Mutlak Emredici Olarak Nitelenen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

1. Ücrete ilişkin düzenlemeler

Ücrete ilişkin düzenlemelerin ardında genel olarak işçinin korunması düşüncesi bulunmaktadır. Nitekim, asgari ücrete, ücret kesme cezasına, takas ve mahsup konusunda getirilen sınırlamalara, ücretin indirilmezliğine ilişkin

⁴³ İşverenin menfaatini koruma mantığına dayanan düzenlemelerin Fransız hukukunda zamanla daha farklı bir yoruma tabi tutulduğunu görmekteyiz. Nitekim, Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi, önceden mutlak emredici nitelikte saydığı birçok konuyu nispi emredici olarak değerlendirmektedir. Fransız Yargıtayı, işçi temsilcileri sayısının artırılabilceğini, bunlara kanunen tanınan görev süresinin uzatılabilceğini, 50'den az işçi çalıştıran işyerlerinde de temsilci belirlenmesinin kararlaştırılabilceğini kabul etmiştir (*Keller/Lyon-Caen, Droit du Travail (Les Sources)*, 17) İtalyan ve ABD Hukuk sistemlerinde de benzer bir gelişim gözlemlendiği ve bu ülkelerde de sözleşmelerle düzenlenebilecek konuların sınırlarının genişlemesi yönünde bir eğilim olduğu ifade edilmektedir (*Rotschild-Souriac* (dok. tezi, 842-843 ve dn 1, 2); aynı yazar, *Le Controle de la Légalité Interne des Conventions Collectives*, Dr. Soc, Avril 1996, 396-397; *Canet, Ordre Public Absolu*, 48 vd; *Morin, La Loi et la Negociation Collective: Concurrence ou Complementarité*, Dr. Soc Mai 1998, 423 vd).

hükümler işçinin korunması amacına hizmet ederler. Dolayısıyla, tüm bu düzenlemeleri nispi emredici olarak nitelendirmek ve işçi lehinde yapılabilecek düzenlemeleri geçerli kabul etmek gerekir.

Buna karşılık, işçi ücretlerinin toplumun ekonomisinde bir yere sahip olduğu ve ücretin salt işçi açısından değil, toplumsal açıdan da önem ifade ettiği bir gerçektir. Dolayısıyla ücretlere ilişkin düzenlemelerin ardında işçinin korunmasının dışında, ekonomik hususlar da göz önünde tutulmuş olabilir. Örneğin, yukarıda da değindiğimiz Fransa'da yer alan endeksleme yasakları bu anlamda değerlendirilebilir. Hukukumuzda ise, ücretin Türk parası ile ödenmesi konusu bu anlamda tartışılabilir niteliktedir.

1475 sayılı yasanın 26. maddesinde ücretlerin Türk parası ile ödeneceği hükmü yer almaktaydı. Türk parasının değer yitirmesi ve yabancı para ile ödeme uygulamalarının ortaya çıkması üzerine, işçi ücretlerinin Türk parası ile ödenmesi gerektiğini düzenleyen 26. madde hükmünün mutlak emredici bir nitelik taşıyıp taşımadığı tartışmalara yol açmıştır. Bu konuda bazı yazarlar bu hükmü mutlak emredici olarak nitelerken⁴⁴, bazı yazarlar ise yabancı para ile ödeme yapılmasının hukuka aykırı olmadığını savunmuştur⁴⁵. 4857 sayılı yasada ise “*Ücret, kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir. Ücret yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenebilir*” hükmüne yer verilmiştir.

Ücretin ödeneceği para birimine ilişkin düzenlemenin hukuki niteliği, bunun koruduğu menfaate göre belirlenmelidir. Konuya üç farklı biçimde yaklaşmak mümkündür. İlk olarak, ücretin ülke parası ile ödenmesine ilişkin bir düzenleme ile ülke ekonomisi ve iktisadi nedenler gözetilmişse bu hüküm mutlak emredici olarak nitelenebilir⁴⁶. İkinci olarak, ülke parası ile ödeme zorunluluğu ile işçinin korunması düşüncesi gözetilmiş olabilir⁴⁷.

⁴⁴ N.Çelik, İş Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 1996, 111; M.Sur, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması Ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi İstanbul 2001, 25.

⁴⁵ F.Şahlanan, Yabancı Para Borcu ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Borcu Olarak Belirlenmesi ve Ödenmesi, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 461-462; C.İ. Günay, Şerhli İş kanunu, C.II, Ankara 1998, 1357.

⁴⁶ Nitekim 1475 sayılı yasa döneminde Şahlanan, ücretlerin Türk parası ile ödenmesine ilişkin düzenlemeyi, Türk parasının kıymetini koruma konusundaki gelişmeler ışığında ele alarak, bu konuda görülen liberalizasyonu hükmün mutlak emredici olarak yorumlanmaması yolundaki görüşüne gerekçe olarak göstermiştir (Yabancı Para Borcu ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Borcu Olarak Belirlenmesi ve Ödenmesi, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 461-462).

⁴⁷ 1475 sayılı yasanın 26. maddesine ilişkin olarak Sur şu açıklamayı yapmaktadır: “... İş Kanununun 26. Maddesinin çifte amaç güttüğü söylenebilir. Bunlardan birisi 1983'ten beri değişiklik gören türk parasının kıymetini koruma kanununa bağlı mevzuatın önceki şekli doğrultusunda türk parasının değerini korumak, diğeri de işçiyi korumaktır” (M.Sur, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı

Nitekim, konvertibilite açısından elverişsiz bir yabancı para biriminin tercih edilmesi, yine tercih edilen yabancı paranın Türk parası karşılığının ekonomik koşullara göre değişebileceği ve özellikle işçinin aleyhine olacak şekilde azalabileceği dikkate alındığında, ülke parasını tercih eden düzenleme nispi emredici olarak da nitelenebilir. Üçüncü olarak ise, ülke parası ile ücret ödenmesinde ne işçinin ne de diğer menfaatlerin korunması gibi bir düşüncenin olmadığı varsayımından hareketle, bu düzenleme aksi kararlaştırılmadıkça uygulanan tamamlayıcı veya yorumlayıcı nitelikte bir yedek hukuk kuralı olarak yorumlanabilir.

4857 sayılı Yasa, yukarıda da belirtildiği üzere, yabancı para ile ödeme olanağının önünü açmıştır(m.32/II). Dolayısıyla, artık Türk parası ile ödenmesine ilişkin düzenlemenin mutlak emredici olmadığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, yukarıda belirtilen ikinci ve üçüncü yorumları tartışmak, yani hükmün nispi emredici mi, yoksa yedek hukuk kuralı mı olduğunu sorgulamak mümkündür.

Kanımızca, ücretin ödeneceği para birimi ile işçinin korunması amacı arasında ilişki gözardı edilemez niteliktedir. Nitekim, tarafların esas aldığı yabancı para biriminin Türk parası karşısında değer yitirmesi durumunda işçinin satın alma gücü düşecektir. İşçinin ücretinin konjonktüre göre olumsuz biçimde etkilenmesi arzu edilmez bir durumdur. Dolayısıyla, yabancı para ile ücret ödenmesi öngörülen sözleşme hükümlerine, yabancı paranın Türk parası karşısında değer kazandığı sürece geçerlilik tanımak gerekir. Buna göre, 4857 sayılı İş Yasasının 32. maddesinin 2. fıkrası, bir yedek hukuk kuralı değil⁴⁸, işçiyi koruma amacına yönelik nispi emredici bir düzenleme olarak görülmelidir.

Toplumsal nedenlerin dışında, doğrudan işverenin menfaatlerini koruma düşüncesinin de hukukumuz bakımından ücretlere ilişkin bazı mutlak emredici düzenlemelerin ardındaki mantığı oluşturabildiği görülmektedir. Nitekim, 6772 sayılı yasaya eklenen hükümlerle, ikramiyelere üst sınır getiren düzenleme bunun başlıca örneğini oluşturmaktadır. Ancak bu yaklaşımın isabetli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Zira, işverenlerin işçilere fazla ikramiye ödemesi, her ne kadar işverenler açısından bir maliyet artışı niteliği taşıyacağından pek arzu edilmeyen bir durum olsa da, bunun işverenlerin temel haklarını kısıtlayacağı söylenemez. Dolayısıyla, işverenin ücret ödeme borcuna müdahale edilerek buna bir üst sınır getirilmesinde korunmaya değer haklı bir menfaat yoktur. Buna göre, 2448 sayılı yasa ile 6772 sayılı yasaya eklenen düzenlemelere göre, toplu iş sözleşmeleri ile verilmesi kararlaştırılacak ikramiyeleri sınırlandıran hüküm isabetli değildir.

Kararlarının Değerlendirilmesi İstanbul 2001, 26).

⁴⁸ 1475 sayılı yasaya ilişkin hükmün yedek hukuk kuralına dönüştüğü yönünde: *Şahlanan, Yabancı Para Borcu Ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Borcu Olarak Belirlenmesi ve Ödenmesi*, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 462.

Bu düzenlemenin ardında yatan, toplu iş sözleşmeleriyle öngörülen ikramiyelerin sayısının çok artması ve böyle bir uygulamanın ikramiye kavramının niteliği ile bağdaşmaması gerekçesinin⁴⁹ haklı görülmesi olanağı yoktur. Kanımızca, işçi sendikalarının talepleri karşısında başvurulması gereken yol, yasal düzenleme ile sınırlama getirmek değil, toplu pazarlık masasında uzlaşarak çözüm bulmaktır. Çağdaş iş hukukunda başka türlü düşünmeye olanak yoktur.

Ücrete ilişkin zamanaşımı süresi de mutlak emredici olup olmadığı tartışılabilir bir düzenlemedir. 4857 sayılı yasa öncesinde, ücrete ilişkin zamanaşımı konusunda özel bir hüküm mevcut değildi. Yeni iş yasasında ise ücrete ilişkin zamanaşımının açıkça düzenlendiği görülmektedir. Gerçekten, yasanın 32. maddesinin 7. fıkrasına göre, “*Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır.*” Esasen ücret alacaklarına ilişkin zamanaşımı ayrıca Borçlar yasasında da açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır⁵⁰. Borçlar yasasının 126. maddesine göre işçilerin ücretleri hakkındaki davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Belirtmek gerekir ki, Borçlar Yasasının 127. maddesi, “*Borçların Sona Ermesi*” bölümünde düzenlenen zamanaşımı sürelerinde sözleşmelerle değişiklik yapılamayacağını açıkça hükme bağlamıştır. Öğretide de, zamanaşımı sürelerini uzatan ya da kısaltan sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılacağı ifade edilmektedir⁵¹. Buna göre, Borçlar Yasasının 126. maddesine işçi ücretlerine ilişkin zamanaşımı süresinde bir değişiklik yapılamayacaktır. Yine öğretide, bu hükümden hareketle zamanaşımının durmasına ya da kesilmesine yol açan sebeplerin de genişletilemeyeceği ifade olunmaktadır⁵². Dolayısıyla, işçi lehinde olsa da Borçlar Yasasında öngörülen ücrete ilişkin zamanaşımı süreleri uzatılamayacaktır. Aynı şekilde işçi lehinde de olsa, zamanaşımının durmasını ya da kesilmesini öngören düzenlemeler geçersiz olacaktır. Nitekim, zamanaşımının iş sözleşmesinin bitiminden sonra işleyeceği yolunda bir düzenleme, işçi lehinde olduğu kuşkusuz dahi olsa geçerli sayılmayacaktır. Dolayısıyla Borçlar Yasasının 126. maddesinde yer alan düzenlemenin mutlak emredici nitelikte olduğu açıktır.

Buna karşılık, zamanaşımının iş yasasında özel olarak düzenlenmesi karşısına, bu düzenlemenin Borçlar Yasasının 127. maddesinde sayılan alacaklar kapsamından çıktığı gerekçesiyle daha farklı bir biçimde

⁴⁹ *Süzek*, İş Hukuku, 284-285.

⁵⁰ Belirtmek gerekir ki, iş yasasının bilim kurulunca hazırlanan şeklinde, zamanaşımı 10 yıl olarak düzenlenmişti. Borçlar Yasasının alacaklar bakımından geçerli olan 10 yıllık zamanaşımı süresinin istisnasını oluşturan ücret alacaklarının tabi olduğu 5 yıllık zamanaşımı süresinin genel ilke ile uyumlu hale getirilmesi düşüncesi buna gerekçe olarak gösterilmişti. Ancak söz konusu düzenleme TBMM’de kabul görmemiş ve bu hali ile yasalasmıştır. Bkz. *Süzek*, İş Hukuku, 298.

⁵¹ *Oğuzman/Öz*, Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1987, 371-372; *Safa Reisoğlu*, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995, 338.

⁵² *Reisoğlu*, Borçlar Hukuku, 338.

yorumlanmasının mümkün olup olmayacağı sorgulanabilecektir. Bu noktada ise, zamanaşımı kurumunun amacı ve bununla korunan menfaat arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekmektedir.

Fransız Hukukunda zamanaşımına ilişkin hükmün niteliğini sorgulayan *Aliprantis*, bu düzenlemenin ardında esas itibarıyla borçlunun, yani işverenin menfaatinin korunması fikrinin olduğunu belirtmektedir⁵³. Yazar, işverenin geçmişte biriken ücret alacaklarıyla daha sonradan karşılaşması kaygısıyla bu hükmün getirildiğini belirtmekte ve bu halde de kamu düzeni gerekçesiyle zamanaşımı süresini uzatan anlaşmaların geçersiz sayılmamasını gerektiğini ifade etmektedir. Yine yazar, Fransız Hukukunda zamanaşımı süresini durduran veya askıya alan (örneğin iş sözleşmesi süresince) anlaşmaların geçersiz sayılmasını gerektirecek bir yasal düzenleme olmadığını ileri sürmektedir. Bununla birlikte, yazar Fransız hukukunda kabul edilebilen bu görüşün, İtalyan ve Alman Hukukları bakımından aynı şekilde benimsenemeyeceğini belirtmekte ve bu hukuk sistemlerinde, borçlu aleyhine yapılacak kararlaştırılmaların katı bir biçimde reddedildiğini ifade etmektedir⁵⁴.

Türk Borçlar Hukuku bakımından da, *Aliprantis*'in atıf yaptığı Alman ve İtalyan Hukukundakine benzer bir anlayışın kabul edildiğini söylemek sanırım yanlış olmaz. Burada tartışılabilir nokta, borçlar hukukumuzda kabul edilen bu anlayışın, iş yasası bakımından da geçerli olup olmadığıdır. İş yasasının bilim kurulunca hazırlanan şeklinde, zamanaşımının 10 yıl olarak düzenlenmiş olduğu dikkate alındığında, 5 yılı aşan bir zamanaşımı süresinin kamu düzenine aykırı olmayacağı söylenebilir. Uygulamada işçilerin iş sözleşmesi boyunca dava açmaktan çekindiği gerçeği de göz önünde tutulursa, *Aliprantis*'in görüşlerinin hukukumuz bakımından da kabul edilebileceğini düşünüyoruz. Buna göre, iş yasasında düzenlenen zamanaşımı süresi, nispi emredici bir düzenleme olarak yorumlanmalıdır. Zamanaşımının işçi lehinde olmak üzere, artırılması veya durmasına/askıya alınmasına ilişkin anlaşmalar geçerli sayılmalıdır. Ancak, bu halde de zamanaşımının BK m.125'deki 10 yıllık süreyi aşmaması gerekir⁵⁵. Bu süreyi aşan bir kararlaştırma geçersiz sayılacaktır.

⁵³ Hukukumuz bakımından benzer biçimde; *Oğuzman/Öz*, Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1987, 371-372.

⁵⁴ *Aliprantis*, La Place de la Convention Collective dans la Hiérarchie des Normes, 183-185.

⁵⁵ Bkz. *Oğuzman/Öz*, Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, 372; *Safa Reisoglu*, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995, 338.

2. İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Düzenlemelerin Hukuki Niteliği

a) Genel Olarak

İş sözleşmesinin feshi her iki tarafına yasal olarak tanınan bir haktır. Ancak bu hakkın taşıdığı anlam sözleşmenin iki tarafı için aynı nitelikte değildir. İşçinin fesih hakkı doğrudan çalışma hakkı ve özgürlüğü ile ilgili iken işveren açısından fesih hakkı daha çok ekonomik bir anlam ifade eder. Çağdaş iş hukukunun iş sözleşmesinin feshine bakışı incelendiğinde, bu hakkın her iki taraf açısından tam bir eşitlik içinde ele alınmadığı görülür. Nitekim, *Mazeaud*'nun da son derece isabetli olarak belirttiği gibi, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin fesih bildirimini ile sona ermesinde taraflar arasındaki görünüşteki paralellik yanıltıcıdır. İşverenin sözleşmeyi fesih hakkının sınırlandırılması anlayışı iş hukukunun temel taşlarından birisidir. İşverenin fesih hakkı sınırlandırılarak belirli bir çerçeveye oturtulmadığı sürece işçinin korunmasından bahsetmek mümkün değildir⁵⁶.

Çağdaş iş hukukunda; iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlerde, eşitlik değil, işçiyi koruma düşüncesinin ön planda tutulduğunu söylemek mümkündür. Ancak, iş sözleşmesini fesih hakkının işletmenin ekonomik faaliyetinin sağlıklı biçimde devam edebilmesi bakımından taşıdığı yaşamsal önem gözardı edilemez niteliktedir. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin feshine ilişkin düzenlemeler, işçi ve işverenin karşılıklı menfaatleri arasındaki hassas denge de dikkate alınarak yorumlanmalıdır.

İş sözleşmesinin feshine ilişkin bir düzenlemede izlenen amaç doğrudan işçinin korunması ise, bu hüküm nispi emredici olarak nitelendirilmeli ve dolayısıyla bunun işçi lehinde olmak üzere değiştirilmesi ve düzenlenebilmesi mümkün sayılmalıdır. Bu anlayıştan hareket edildiğinde, yasalarda işçi lehinde olmak üzere öngörülen tazminatların arttırılabileceği, işverenin fesih hakkının kısıtlanabileceği sonucuna ulaşılır. Buna karşılık, iş sözleşmesini fesih hakkının işveren yönünden taşıdığı önem dikkate alınarak, bu hakkın tamamen ortadan kaldırılmasının ya da kullanımının imkansız hale getirilmesinin mümkün olmayacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim, Alman⁵⁷ ve Fransız Hukukunda⁵⁸ da kabul edildiği gibi, bildirimli fesih hakkını işveren yönünden çeşitli açılardan sınırlamak mümkün sayılmalı, ancak bu hak tamamen ortadan kaldırılamamalıdır⁵⁹. Yine işverenin bildirimsiz fesih hakkına kısıtlamalar

⁵⁶ *Mazeaud*, Droit du Travail, LGDJ, Paris 2002, 315.

⁵⁷ *Schaub*, Arbeitsrecht Handbuch, München 1996, 1683.

⁵⁸ Fransız Hukukunda da, toplu iş sözleşmesi ile fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılamayacağı, ancak çeşitli yönlerden sınırlanabileceği kabul edilmektedir (bkz. *Rotschild-Souriac*, dok. tezi, 833 vd; *aynı yazar*, Le Controle de la Légalité Interne des Conventions Collectives, 396; İ. *Boyer*, Avantage Acquis en Droit du Travail, 23).

⁵⁹ *Çelik I*, 234; *Ekonomi*, İş Hukuku, 223; *Çenberci*, 286; *Güzel* İş K. m.13 (No15); *Ulucan*'a göre genel olarak fesih hakkından tümü ile feragat etme anlamına gelebilecek düzenlemelerin toplu iş sözleşmesi erki içinde olduğu ileri sürülemez (Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve

getirebilir. Ancak bu hakkın tamamen ortadan kaldırılmaması olanaklı değildir. Buna göre, yasada haklı neden olarak gösterilen hususların haklı sayılmaması, kural olarak söz konusu olamaz^{60, 61}. Buna karşılık, tarafların bazı olayların haklı neden olarak sayılmayacağını kabul etmelerine bir engel bulunmamaktadır. Örneğin, *Oğuzman*'ın da belirttiği gibi, “ .. üç gün arka arkaya gelmemek muhik sebeptir demek, işçiye iki gün arka arkaya gelmeme imkanı tanınması demektir ki, bunun akitte kararlaştırılmasına bir engel yoktur”⁶².

İş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler nispi emredici olarak kabul edildiğinde, işçinin fesih hakkını kısıtlayan hükümlerin işçinin lehinde olmayacağından hareketle geçersiz sayılması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak işçinin fesih hakkının kısıtlanması, işçiye özel bir eğitim verilmesi gibi önemli yararlar sağlanmasına karşılık olarak gerçekleşmiş olması durumunda haklı ve geçerli görülebilecektir⁶³.

b) İhbar tazminatına ilişkin düzenlemenin niteliği

İş yasasının 17. maddesinde, bildirimden sonra, işçinin çalışmış olduğu süreler göre iş sözleşmesinin sona ermesine kadar geçecek süreler, yani ihbar öneleri belirlenmiş bulunmaktadır. Bu süreler uyulmadan sözleşmenin feshi yine aynı hükme göre, bu süreler ilişkin ücret tutarında tazminat ödenmesini gerektirecektir. İş yasasına göre, kanundaki süreler asgari olup iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleriyle arttırılabilir.

İş yasasının 17. maddesinde düzenlenen ihbar önelerinin ve bunlara uyulmaması durumunda ödenecek tazminatın hukuki niteliği tartışmalı bulunmaktadır. Yargıtay, iş yasasındaki sürelerin sadece işveren bakımından arttırılabileceğini, işçi bakımından ise yasal sürelerin uygulanabileceğini kabul etmekte, yani düzenlemeye işçi bakımından nispi emredici bir hüküm olarak yorumlamaktadır⁶⁴. Buna karşılık, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, maddenin İsviçre Hukukundaki gibi yorumlanması ve süreler ilişkin

Hukuki Niteliği, İstanbul 1981, 157); *Narmanlıoğlu*, 388 vd; *Yalçın*, Hizmet Akdini Fesih Yetkisinin Toplu İş Sözleşmesiyle Sınırlanması, Tühis, Şubat-Mayıs 1999, 72 .

⁶⁰ Alman Hukukunda işverenin olağanüstü fesih hakkının sınırlanmasının mümkün olmakla birlikte tamamen ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmektedir (*Schaub*, 1683).

⁶¹ *R. Atabek*, Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul 1938, 164; *Çelik*, İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlanması, Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 228.

⁶² Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 38-39; *Çelik*, İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlanması, 228.

⁶³ Bkz. P. *Soyer*, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 363 vd; E. *Özdemir*, İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, Çalışma ve Toplum, 2005/1, sayı:4, 143 vd.

⁶⁴ Y.9HD, 11.5.1984, 4638/5209, Yasa Dergisi, Kasım 1985, 1601-1602; Y.9HD, 4.3.1998, 564/3399, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 1999, 15.

artırımın her iki taraf için de geçerli olması gerekir⁶⁵. Bir diğer görüşe göre ise, bildirim süreleri sözleşmelerle aynı uzunlukta arttırılabileceği gibi, işverenin uyacağı bildirim süresi işçinin tabi olacağı bildirim süresinden daha uzun olabilecek, ancak işçinin uyacağı ihbar öneli işvereninkinden daha uzun olamayacaktır⁶⁶.

İş yasasının 17. maddesinde düzenlenen ihbar önellerinin niteliğinin belirlenebilmesi yukarıda da belirtilen esaslar dikkate alınarak maddenin amacının incelenmesi ile mümkün bulunmaktadır. Öncelikle, ihbar önellerinin sadece işçiyi korumaya yönelik bir nitelikte olmadığı açıktır. Gerçekten, işçinin herhangi bir neden yokken işten derhal ayrılması işletmenin menfaatlerine zarar verebilir. Dolayısıyla, ihbar önellerinde işletmenin menfaatlerinin gözetilmesi düşüncesi de vardır. Bu anlamda ihbar önelleri taraflar arasında denge sağlayan bir norm olarak görülebilir. Ancak ihbar önellerinin sözleşmelerle arttırılabilmesi söz konusu olduğunda, fesih hakkının taraflar açısından taşıdığı anlam farkı gözden uzak tutulmamalıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, fesih hakkı işçi bakımından, doğrudan çalışma özgürlüğü ile ilintili iken, işveren açısından daha ziyade ekonomik bir anlam taşır. Buna göre, taraflar arasında mutlak anlamda bir eşitlik kurulması gereğinden söz edilemez. İşçinin iş sözleşmesini feshetmesiyle birlikte işveren, eğer bu işçi için derhal yeni bir işçi bulması mümkün değilse zarara uğrayabilir. Ancak bu zarar, özellikle işsizliğin yoğun olduğu bir ortamda işçinin işini kaybetmesi sonucu içine düşeceği ekonomik sarsıntı ile kıyaslanamaz⁶⁷. Dolayısıyla, ihbar önelleri taraflar bakımından ayrı ayrı ele alınabilir. Nitekim, ihbar önellerinin arttırılması, işçinin feshe karşı korunmasına yönelik bir işlev icra eder. İşveren yüksek ihbar tazminatıyla karşılaşmak kaygısıyla, işçiyi kolayca işten çıkaramaz. Buna karşılık, işçinin ihbar önellerinin arttırılmasında işletmenin aynı düzeyde korunmaya değer bir menfaatten söz etmek kolay değildir. Yasal ihbar önelleri, işten ayrılan işçinin yerine yeni bir işçi bulunması için yeterince uzundur. Dolayısıyla, ihbar önellerinin sadece işçi lehinde olmak üzere arttırılabileceğini kabul eden, yani hükmü bu anlamda nispi emredici olarak yorumlayan yargı içtihadı isabetli bulunmaktadır. Kanımızca *Aliprantis*'in isabetli olarak belirttiği gibi, işçinin ve işverenin uymak zorunda olduğu ihbar öneli tek bir norm olarak görünmekle birlikte, burada aslında iki ayrı norm vardır. Buna göre, işçinin uymak zorunda olduğu önel ile işverenin uymak zorunda olduğu önel birbirinden bağımsız iki ayrı normdur⁶⁸. Bu normların koruduğu menfaatler arasında da belirgin bir nitelik farkı vardır. Nitekim, işverenin

⁶⁵ *Atabek*, İş Akdinin Feshi, 60-61; *Oğuzman*, Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş)

Akdinin Feshi, İstanbul 1955,192; *Saymen*, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 558.

⁶⁶ *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, 181-182; *Ekonomi*, İş Hukuku, 170; *Esener*, İş Hukuku, 225; *Şahlanan*, Toplu İş Sözleşmesi, 138 dn.25; *Süzek*, İş Hukuku, 407-408

⁶⁷ *S.Süzek*, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, 29-30.

⁶⁸ *Aliprantis*, La Place de la Convention Collective dans la Hiérarchie des Normes, 62-64.

uymak zorunda olduğu önel işçiyi koruma düşüncesi gözetilerek nispi emredici olarak nitelenebilir ve yararlılık ilkesi uyarınca arttırmaya konu olabilir⁶⁹.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, ihbar önellerine ilişkin olarak, işverenin uymak zorunda olduğu ihbar süresi nispi emredici olarak yorumlanmalıdır. Buna karşılık, işçinin uymak zorunda olduğu ihbar önelinin niteliği tartışılabilir. Yasanın ifadesine göre, ihbar önelleri asgari olup, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile yalnızca arttırılması mümkündür. Dolayısıyla, işçinin uymak zorunda olduğu ihbar öneli azaltılamayacaktır. İşçinin uymak zorunda olduğu ihbar önelinin azaltılmasının ise işçi lehine olduğu açıktır. Dolayısıyla, burada işçi açısından daha lehte bir değişiklik yapılmasını engelleyen bir hükümden, yani mutlak emredici bir düzenlemeden söz etmek mümkündür.

İşçinin uymak zorunda olduğu ihbar önelinin mutlak emredici biçimde düzenlenmiş olmasının isabetli olup olmadığı tartışılabilir niteliktedir. İşçinin nedensiz bir biçimde, derhal sözleşmeyi sona erdirebileceğinin kabulü işletmenin menfaatlerine zarar verici olabilir. İşveren bu işçinin yerine hemen bir işçi bulmakta zorlanabilir. Dolayısıyla, işçi bakımından da ihbar önellerinin söz konusu olmasını doğal karşılamak gerekir. Ancak, işçi bakımından geçerli olan ihbar önellerinin, mutlak emredici bir hükümle düzenlenmiş olması tartışmaya açıktır. Kanımızca, yasakoyucunun işçi bakımından öngörülen bildirim sürelerinin taraflarca azaltılabileceğini öngören bir düzenlemeye yer vermemiş olması isabetli olmamıştır. Nitekim, *Ekonomi*'nin de haklı olarak vurguladığı gibi, ülkemizde sözleşmelerle arttırılmış da olsa, işçilerin genellikle bildirim süresine uymadıkları, işverenlerin de ihbar tazminatı isteği ile dava açmadıkları, hatta işçilerin, işverenin kabulü dahilinde bildirim sürelerine uymaksızın işten ayrıldıkları bilinen bir gerçektir. Bu hususta Kanuna uygun düşmeyen davranışlara devam etmek yerine, sözleşmeler veya sadece toplu iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinin kısaltılması olanağı getirildiğinde, işçinin yararına

⁶⁹ Öğretide ileri sürülen, bildirim süreleri sözleşmelerle aynı uzunlukta arttırılabileceği gibi, işverenin uyacağı bildirim süresinin işçinin tabi olacağı bildirim süresinden daha uzun olabileceği görüşü isabetli değildir. Gerçekten, ihbar öneli ya iki ayrı norm olarak ele alınır, bunlar arasında nitelik farkı gözetilerek ve işçiyi koruma ilkesi ön planda tutularak yorumlanır; ya da yasanın tarafların eşitliğini temel aldığı gibi bir düşünceyle (bu düşünceye katılmadığımızı yukarıdaki açıklamalarımızda izah etmiş bulunuyoruz) değerlendirmeye gidilir. Ancak hem işçiyi koruma ilkesi gözetilerek, ihbar öneli yalnızca işçi bakımından arttırılmaz, fakat işveren bakımından arttırılabilir derken aynı zamanda eşitlik düşüncesiyle her iki taraf için de yapılan arttırımın geçerli olacağını öne sürmek tutarlı değildir. Fesih hakkı ve bu hakkın önemli unsurlarından biri olan ihbar öneli ya tarafların eşitliğini temel alan liberal bir yaklaşımla ya da işçiyi koruma ilkesini ön planda tutan bir düşünceyle ele alınabilir. Oysa yukarıda belirtilen bu yaklaşım biçimi, ihbar önellerine ilişkin düzenlemeyi kimi zaman tarafların eşitliğini esas alan liberal bir anlayışla, kimi zaman da işçiyi koruyucu bir şekilde ele almaktadır.

olmasının yanında işverenin de kesin olarak uyulmasını bekleyeceği bir sürenin tespiti için geçerli bir çözüm yolu sağlanmış olacaktır⁷⁰. Yine yukarıda da vurguladığımız gibi, çağdaş iş hukukunun iş sözleşmesinin feshi konusuna yaklaşımı “ tarafların eşitliği” değil, “işçinin korunması” düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla, ihbar önelleri bakımından da işçinin korunması ilkesini ön plana alan bir yorum tercih edilmelidir. Nitekim Fransız Hukukunda yer alan düzenlemeler bu konuda güzel bir örnek oluşturmaktadır. Gerçekten, Fransız hukukunda, işverenin uymak zorunda olduğu ihbar öneli yasa ile düzenlenmişken, işçi bakımından bu husus yasal düzenleme konusu yapılmamış ve taraf iradelerine bırakılmıştır. Uygulamada, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri veya adete göre işçinin uymak zorunda olduğu ihbar öneli belirlenmektedir⁷¹. Dolayısıyla, yasal düzenlemelerde ihbar önellerinin işçi ve işveren bakımından eşit olarak ele alınması gibi bir zorunluluk söz konusu olmadığı gibi, aksine, bunlar arasında farklılık gözetmek daha adil bir yaklaşımdır. Buna göre, işçi bakımından öngörülen ihbar öneli nispi emredici bir biçimde düzenlenmelidir. Dolayısıyla, yasada yer alan hükmün “*sözleşmeyi fesheden işverenin yasada belirtilen bildirim süresi asgari olup, sözleşmelerle arttırılabilir*” biçiminde değiştirilmesi gerektiği kanısındayız.

İhbar önelleri gibi, ihbar tazminatına ilişkin düzenleme de nispi emredici olarak nitelendirilmelidir⁷². Buna karşılık, Yargıtay ihbar tazminatının miktarının sözleşmelerle arttırılamayacağını, bunun kamu düzeni ile ilgili olduğunu, sadece ihbar önellerinin sözleşmelerle arttırılabileceğini kabul etmiştir⁷³. İhbar önellerinin sözleşme ile arttırılabileceğini kabul ederken, ihbar tazminatını değiştirilemez bir hüküm olarak nitelemek isabetsiz ve kendi içinde çelişki taşıyan bir yaklaşımdır.

c) İş güvencesine ilişkin düzenlemeler

İş Hukukunun temel amaçlarından biri, işçinin feshe karşı korunmasıdır. 3008 sayılı İş Kanunu döneminden bu yana işçilerin feshe karşı korunmaları konusunda ülkemizde yasal düzenlemeler yapılmış ve zaman zaman bunlar geliştirilmeye çalışılmış, ancak 2002 yılında çıkartılan 4773 sayılı yasaya kadar işçinin feshe karşı korunması bakımından yeterli bir güvence sağlanamamıştır⁷⁴. Bu yasanın iş güvencesini düzenleyen

⁷⁰ Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik, Ankara 1995, 27-28.

⁷¹ *Pélissier/Supiot/Jeamnaud*, Droit du Travail, Dalloz 2002, 482-483.

⁷² A. Güzel, İHU, İş K. M.13 No: 12; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 190; aksi görüş: Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 543

⁷³ Y.9HD, 12.1.1980, 1980/15465 1981/63 ve A. Güzel’in incelemesi, İHU, İş K. m.13, (No:12).

⁷⁴ Bkz. Çelik, İşçinin Feshe Karşı Korunması, Reşat Kaynar’a Armağan, 49 vd; S.Taşkent, İş Güvencesi, *Eyrenci-Sağlam-Taşkent-Ulucan*’ın ortak yayını, Çalışma Hayatının Güncel Sorunları, İstanbul 1987, 74 vd.

hükümleri bazı değişikliklerle birlikte 4857 sayılı iş yasası kapsamına alınmıştır. 4773 sayılı yasa ve daha sonra yeni iş yasasında yer verilen iş güvencesi, Türk iş hukuku bakımından önemli bir yenilik olmakla birlikte, getirilen düzenlemelerin bazı eksiklikler taşıdığı görülen bir gerçektir. Dolayısıyla, yasal düzenlemelerde görülen eksikliklerin sözleşmelerle kapatılması hukuken mümkün ve geçerli sayılmalıdır. Nitekim, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerde açık biçimde izlendiği görülen işçiyi koruma amacı, bu düzenlemelerin kural olarak nispi emredici olarak nitelenmesini gerekli kılmaktadır. Buna karşılık, yeni iş yasasının 21. maddesinin son fıkrası, mutlak emredici niteliği ile, iş güvencesine ilişkin olarak getirilebilecek sözleşme hükümlerinin geçerliliğini tartışmalı hale sokmuş bulunmaktadır. Nitekim öğretide, geçersiz bir sebeple yapılan feshin sonuçlarına ilişkin yasal hükümlerin sözleşmeleri ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceğine ve aksi yöndeki hükümlerin geçersiz sayılacağına ilişkin bu düzenleme (m.21/son) karşısında, feshin geçersizliği halinde ödenecek tazminat, ücret ve diğer haklara ilişkin yasal sınırlamaları aşan cezai şart da dahil her türlü anlaşmanın engellenmiş olduğu ifade edilmektedir⁷⁵.

Kanımızca, 4857 sayılı yasanın 21. maddesinin son fıkrasında yer alan ve iş sözleşmesinin geçersiz şekilde feshedilmesi durumunda uygulanacak tazminatlara ilişkin olarak yapılacak anlaşmaları geçersiz sayan düzenleme isabetli değildir. sekiz aylık tazminatın üzerinde bir tazminat ödenmesi belki işverenlerin menfaatine uygun olmayabilir ama kamu düzenine aykırı bir tarafı da yoktur. Yaptığımız tespiti dayanak oluşturacak temel argümanı da bizzat yasakoyucunun kendisi vermiştir. Nitekim 2002 yılında çıkartılan ve 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı yasada, tazminatın alt sınırı altı ay, üst sınırı ise oniki ay olarak belirlenmişti. Dolayısıyla, 8 aydan daha fazla belirlenen bir tazminatın işverenin fesih hakkını ortadan kaldıracı nitelikte sayılmaması gerekir. Nitekim öğretide de haklı olarak iş yasasının bu hükme mutlak emredici bir nitelik tanıması eleştirilmektedir⁷⁶.

d) Kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler

Yukarıda da belirtildiği gibi, 1475 sayılı Yasa döneminde, kıdem tazminatını düzenleyen hükmün, Yasanın 98. maddesiyle ceza yaptırımına bağlanmış olması karşısında mutlak emredici olarak kabulü söz konusuydu. 4857 sayılı Yasada, 98. madde benzeri bir düzenlemeye yer verilmediğinden, kıdem tazminatına ilişkin düzenlemenin mutlak emredici bir nitelik taşıdığı görüşünün artık dayanağı kalmamıştır. Dolayısıyla, kıdem

⁷⁵ Çelik, İş Hukuku Dersleri, 191.

⁷⁶ A. Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı, 117-118; Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları, 2001, Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, 59; Süzek, İş Hukuku, 538.

tazminatına ilişkin olarak sözleşme taraflarının yapacakları düzenlemeler geçerli olarak kabul edilmelidir⁷⁷.

Kıdem tazminatı tavanına ilişkin hükmün de mutlak emredici nitelikte olmadığı kabul edilmelidir⁷⁸. Herşeyden önce, kıdem tazminatının neden bir tavanla sınırlandırılmış olduğu sorgulanabilir niteliktedir. Kıdem tazminatının tavanına ilişkin düzenlemenin ardında, aynı iş güvencesi hükümlerine ilişkin yasal tazminat oranını sınırlayan 21. maddenin son fıkrasında olduğu gibi, işçi ve işveren ilişkisinde bir denge sağlanması ve işverenin de çok yüksek kıdem tazminatı yüküyle karşılaşmaması düşüncesi bulunmaktadır. Ancak bu düşüncenin tartışılabilir nitelikte olduğu kanısındayız. Yasal fesih tazminatlarını işçi lehinde arttıran düzenlemelere, bunların fesih hakkının özüne zarar vermediği sürece geçerlilik tanımamanın haklı bir gerekçesi yoktur. Buna karşılık, sözleşmesel tazminatların aşırı boyutlara ulaşması işverenin fesih hakkının özüne zarar verecek boyutlara ulaşması söz konusu olabilir. Ancak bu durumda da ortaya çıkan sorunun çözümünü yasakoyucuya değil, Mahkemelere bırakmak gerekir. Nitekim Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi aşırı miktarlara ulaşan sözleşmesel fesih tazminatlarını (ihbar ve kıdem tazminatı) attıran sözleşme hükümlerini cezai şart olarak nitelemekte ve aşırı miktarları tenkise tabi tutmaktadır⁷⁹. Kanımızca, yasa yolu ile sınırlama getirmek yerine, yargısal denetimle çözüme gitmek daha isabetli ve çağdaş bir yoldur.

3. İşin düzenlenmesine ilişkin hükümler

İş mevzuatımızda yer alan işin düzenlenmesine ilişkin hükümler de genel olarak işçiyi koruma amacına yönelmiş düzenlemelerdir. Dolayısıyla, işin düzenlenmesine ilişkin hükümlerin de nispi emredici olarak nitelendirilmesi gerekir. Buna göre, çalışma süresi, fazla mesai, hafta tatili, resmi ve dini bayram tatilleri, yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemeler, işçiyi

⁷⁷ Bkz. *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, 293; *Mollamahmutoğlu*, İş Hukuku, 613; *F.Demir*, İş Hukuku Uygulaması, İzmir 2003, 192-193; *Caniklioğlu/Canbolat*, 4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu İş, Cilt: 7, 2004, Sayı:3, 222.

⁷⁸ Öğretide, 1475 sayılı yasanın 98. maddesinin yürürlükten kaldırılmasından hareketle, kıdem tazminatına ilişkin düzenlemelerin nispi emredici olarak nitelendirilmesini belirten yazarların da, tavana ilişkin hükmü mutlak emredici olarak yorumlamaya devam ettikleri görülmektedir. Bkz. *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, 293; *Mollamahmutoğlu*, İş Hukuku, 613; *Caniklioğlu/Canbolat*, 4857 sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu İş, Cilt: 7, 2004, Sayı:3, 222. Oysa, 98. maddenin yürürlükten kalkması sonucunda kıdem tazminatına ilişkin diğer düzenlemelerin nispi emredici olması gerektiğini kabul ederken, diğer yandan tavana ilişkin hükmü mutlak emredici saymanın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

⁷⁹ *I.Chevalier*, La Clause Pénale dans le Contrat de Travail, SS.Lamy, No.662, 13.9.1993, 4; *D. Mazeaud*, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, Droit Social Avril 1994, 348.

koruma amacına yöneldiği dikkate alınarak nispi emredici olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık, öğreti ve uygulamada nispi emredici olarak nitelenmesi gereken bazı düzenlemelerin amaçları gözardı edilerek mutlak emredici biçimde yorumlandığı da görülmektedir. Nitekim, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, fazla çalışmayı belirleyen ölçütü düzenleyen kural mutlak emredicidir⁸⁰. Buna göre, 4857 sayılı yasanın fazla çalışmaya ilişkin hüküm gerekçesinde, “..getirilen bu düzenleme ile fazla çalışma ve fazla süreli çalışmanın belirlenmesinde, artık günlük yerine haftalık çalışma süresinin esas alınması kabul edilmiştir. Haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır” anlatımına yer verilmiştir. Söz konusu ifadenin kesin ve mutlak olduğunu noktasından hareket eden bu görüşe göre, artık haftalık çalışma süresinden başka bir ölçütün, örneğin günlük çalışma süresi ölçütünün uygulanması söz konusu olmayacaktır. Yine bu görüşün dayanak aldığı bir diğer gerekçe, haftalık çalışma süresi ölçütünün dışına çıkılması durumunda, örneğin günlük çalışma süresinin ölçüt alınması durumunda, işveren yönünden esnek çalışma süresinin hiçbir biçimde uygulanmasına imkan kalmayacaktır⁸¹. Kanımıza, bu görüşe katılmak mümkün bulunmamaktadır. Öncelikle, esnek çalışma sistemi, ekonomik ve teknolojik ihtiyaçlar nedeniyle işveren açısından sunulan bir olanak olup, konu ile ilgili Batıdaki tartışma ve uygulamalara bakıldığında bu olanağın birçok açıdan sınırlandırıldığı görülür. Nitekim Fransa’da esneklik ile ilgili düzenlemeler, esas olarak iş sözleşmeleri ile değil, toplu iş sözleşmeleri ile getirilebilmektedir⁸². Buradaki temel düşünce, bir yandan esnek çalışma düzenine karşı işçinin en iyi şekilde korunması, öte yandan da menfaat dengesinin sağlanmasıdır. Buna göre esneklik ancak sıkı biçimde sınırlandırılmış bir sözleşme özgürlüğü ile hayata geçirilebilen bir sistemdir. Esnekliğin mutlak emredici hükümlerle korunması gereken ideal bir iş hukuku düzeni olarak algılanması isabetli değildir. Sonuç olarak, menfaatler dengesi açısından bakıldığında, haftalık çalışma süresi yerine günlük çalışma süresini temel alan bir fazla çalışma sisteminin işçinin lehinde olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla, somut olayda işçi lehinde olduğu tespit edilmesi koşulu ile fazla çalışma konusunda günlük çalışma süresi ölçütünü alan bir düzenleme geçerli sayılabilecektir⁸³.

Çalışma süreleri konusunda tartışılabilir bir diğer hüküm, İş Yasasının 66. maddesinin II. fıkrasıdır. Bu hükme göre “*İşin niteliğinden*

⁸⁰ M.*Ekonomi*, 4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma Kavramı, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu İş, Cilt: 7, 2004, Sayı:3, 160-161.

⁸¹ *Ekonomi*, 4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma Kavramı, 160.

⁸² Bkz. *Saramito*, Les Accords Dérogatoires, 253 vd.

⁸³ Türkiye, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası tarafından 21-25 Eylül 2005 tarihinde düzenlenen, “III. Yılında İş yasası” Seminerinde de konu tartışılmış, genel görüşmelerde Ö.*Eyrenci*, fazla çalışma ölçütüne ilişkin hükmün mutlak emredici olduğu yolunda görüş beyan ederken, F. *Şahlanan* düzenlemenin mutlak emredici sayılamayacağını belirtmiştir (Seminer henüz yayınlanmamıştır).

doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz". Uygulamada Yargıtay bu hükme mutlak emredici bir anlam yüklemiş bulunmaktadır. Gerçekten Yüksek mahkemeye göre, bu düzenleme emredici bir nitelik taşımakta olup, toplu iş sözleşmesinin yolda geçen sürelerin iş süresinden sayılacağı yolundaki hükmü geçersizdir⁸⁴. Yargıtayın bu görüşüne katılmaya olanak bulunmamaktadır. İş Yasasının 66. maddesinin 2. fıkrası, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça uygulanabilecek bir yedek hukuk kuralı olarak nitelendirilmelidir⁸⁵.

⁸⁴ Y.9HD, 27.11.1980, 14117/12267, TÜTİS Mart 1981, 12-13.

⁸⁵ Bkz. *Tunçomağ/Centel*, İş Hukukunun Esasları, 146-147.